

July-December 2016  
Colombia  
ISSN 2216-0965

 **EAFIT**  
Journal of International Law

02



Vol. 7





**JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

02 | Volume 7 | July - December 2016

Colombia

ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

**EDITORIAL BOARD**

**Rafael Eduardo Tamayo Franco (PhD)**

Editor in chief

**Susana Saldarriaga Jiménez, BL.**

Assistant

**José Alberto Toro Valencia (PhD)**

Advisory editor

**María Alejandra Calle Saldarriaga (PhD)**

Advisory editor

**GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT**

Design Division

**Comunicación Creativa Universidad EAFIT**

**OPEN JOURNAL SYSTEMS**

**Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas**

**WEBSITE**

[www.eafit.edu.co/ejil](http://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](mailto:ejil@eafit.edu.co)

# Contenido

- 4** EDITORIAL  
RAFAEL TAMAYO-FRANCO (PHD)
- 6** INTERNATIONAL RULE OF LAW OR RULE OF LAW AMONG NATIONS? THE GENERAL ASSEMBLY OF UN AND THE RULE OF LAW  
CÉSAR VILLEGAS DELGADO
- 20** DESCENTRALIZACIÓN Y GOBERNANZA EN AMÉRICA LATINA  
ANA VICTORIA VÁSQUEZ-CÁRDENAS  
MARIO ALBERTO MONTOYA-BRAND
- 33** GLOBALIZACIÓN DESARROLLO ECONÓMICO, COLOMBIA COMO CASO DE ESTUDIO  
ANA CRISTINA GÓMEZ ARANGO
- 68** EL CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y DE LA PRÁCTICA COMERCIAL EN COLOMBIA  
ESTEFANÍA ARIAS MOLINA
- 96** REFLEXIONES SOBRE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL  
DIEGO GARCÍA-SAYÁN  
MARCELA GIRALDO MUÑOZ
- 144** LA PROTECCIÓN DE DD.HH. POR PARTE DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES  
SIMÓN MEJÍA TORO
- 182** DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

# Editorial

**Rafael Tamayo-Franco (PhD)**

Editor y profesor  
Coordinador del área de  
Derecho Internacional.  
Escuela de Derecho  
Universidad EAFIT

Como cada semestre, la comunidad internacional se ha caracterizado por una actividad incesante. Las últimas elecciones presidenciales de los Estados Unidos son, tal vez, uno de los hechos políticos más importantes del semestre. Estas elecciones han demostrado que en opiniones políticas y democracia nada es previsible. Francia inicia la primera etapa de sus próximas elecciones que auguran ser decisivas para el futuro de la Unión Europea.

En este nuevo número del *EAFIT Journal of Interanational Law* podrán encontrar análisis que dan cuenta de la constante construcción del sistema internacional y sus efectos en Colombia y otros países de la región. Un primer bloque temático, dedicado a asuntos que son una intersección entre lo jurídico y lo político, está conformado por los artículos “*International Rule of Law or Rule of Law Among Nations?*” del profesor Cesar Villegas, “Descentralización y Gobernanza en América Latina” de los profesores Ana Victoria Vázquez Cárdenas y Mario Alberto Montoya Brand, así como por el artículo “Globalización y Desarrollo Económico, el caso colombiano” de la abogada Ana Cristina Gómez Arango. El área del derecho comercial internacional está representado en este número por el artículo de la abogada Estefanía Arias Molina, quien ha realizado un análisis sobre el Contrato de Franquicia Internacional en Colombia, tanto desde la perspectiva normativa como práctica. Por último y en relación con asuntos relacionados con los estándares internacionales de los Derechos Humanos, el artículo del ex-presidente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos Dr. Diego García Sayán y de la abogada Marcela

Giraldo Muñoz titulado “Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional”, da cuenta de un análisis riguroso en la materia. También en asuntos relacionados con los Derechos Humanos pero desde otra perspectiva, el abogado Simón Mejía analiza el tema de las cadenas de valor de global y la protección de los Derechos Humanos en las compañías multinacionales.

Queremos agradecer a nuestros lectores y a quienes a través del correo electrónico de la revista han hecho llegar sus comentarios y apreciaciones sobre los artículos de los números anteriores; e invitarlos a someter sus escritos a la evaluación de nuestros pares colaboradores.

Como siempre, esperamos que este nuevo número del *EAFIT Journal of International Law* sea de su agrado.

# INTERNATIONAL RULE OF LAW OR RULE OF LAW AMONG NATIONS? THE GENERAL ASSEMBLY OF UN AND THE RULE OF LAW

---

¿IMPERIO DEL DERECHO INTERNACIONAL O IMPERIO DEL DERECHO ENTRE NACIONES?  
LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU Y EL IMPERIO DEL DERECHO

---

✉ BY CÉSAR VILLEGAS DELGADO<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2016  
Fecha de aprobación: 28 de noviembre de 2016

## Abstract

*Ten years ago with the adoption of the Resolution 61/39 the Rule of Law at the national and international levels, the General Assembly of UN established –for the first time– an express distinction between domestic and international aspects of the Rule of Law and its promotion. Since the adoption of this resolution, the General Assembly has focused the debate on the study of the international aspects of the Rule of Law from the definition proposed by the Secretary General in his Report the Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict Societies. From this perspective, the General Assembly has been trying to externalize to the international realm some elements of the Rule of Law in order to be applied directly to the field of international relations. On this context we will identify those elements of the Rule of Law which have been extrapolated to the international level, within the practice of the General Assembly, in order to highlight the Rule of Law among Nations which is different from the International Rule of Law that has been developed by the Anglo-American doctrine.*

---

<sup>1</sup> LLM, PhD, Lecturer of Public International Law and International Relations. Faculty of Law, University of Seville (Spain). Member of the European Society of International Law.



**Key words:** *General Assembly of UN, Rule of Law, International Rule of Law, Rule of Law Among Nations.*

## **Resumen**

*Con la adopción de la Resolución 61/39 titulada “el Estado de Derecho en el plano interno e internacional”, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció, por vez primera a finales del año 2006, una distinción expresa entre la vertiente interna e internacional de este principio. Desde la adopción de dicha resolución, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha venido centrando su atención en el estudio de la vertiente internacional del Estado de Derecho a partir de la definición que propusiera de tal principio el antiguo Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en su informe titulado “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en aquellas sociedades que han sufrido un conflicto armado”. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas habría extrapolado al ámbito internacional algunos de los elementos clave del principio del Estado de Derecho para ser aplicados directamente al ámbito de las relaciones internacionales. En este contexto, procederemos a identificar dichos elementos con el propósito de demostrar que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha venido promoviendo en el plano internacional lo que hemos denominado “Preeminencia del Derecho” frente al “International Rule of Law” defendido mayoritariamente por la doctrina anglo-americana, toda vez que, desde nuestro particular punto de vista, entre ambas acepciones existen diferencias sustanciales que es preciso puntualizar.*

**Palabras clave:** *Asamblea General de la ONU, Estado de Derecho, Estado de Derecho Internacional, Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional.*



## I. Introduction

While the quest for the Rule of Law beyond nation-state is as old as international law itself, there is ample evidence that this quest, as pointed out by Nollkaemper, will continue be strengthened in the next few decades<sup>2</sup>. Globally, as we know, the Heads of State and Government of Member States of the United Nations granted a strong political support to the promotion and strengthening of the Rule of Law worldwide in the final document approved in the 2005 World Summit<sup>3</sup>.

This principle constituted the vertebral column of such document, in which it was explicitly recognized “the need of the existence of a universal adherence to the Rule of Law and its application in both the National and International level”<sup>4</sup>. The idea regarding the Rule of Law actually pervaded entirely the Summit’s final document: it was considered a decisive component for the accomplishments of several objectives, such as the economic growth, the sustainable development and the eradication of hunger and poverty. Furthermore, it was recognized as an objective by itself, fundamental for the peaceful coexistence and cooperation among the States.

Nevertheless, despite the relevance of the Rule of Law, both at national as well as at international level, it is surprising that –in light of the doctrine and the practice of the States, the International Organizations and the International Court’s jurisprudence– there is not, nowadays, a generally accepted concept of what it should or could be understood by Rule of Law.

This situation is particularly obvious at international level where it results, at least, complicated to apply the conception of the “Rule of Law” as an expression of the supremacy of law over the –arbitrary– power of States. The idea of the States power submission to the law, as we know, has gone beyond the State borders and, progressively, made its way inside international scenario by means of a principle called by Anglo-American doctrine the *International Rule of Law* that, for the purpose of the present paper, shall be called *Rule of Law among nations*<sup>5</sup> since the *International Rule of Law* refers only to the submission of

---

2 André Nollkaemper, “The bifurcation of international law: two futures for the international rule of law”, in *Amsterdam Center of International Law Research Paper*, n° 4, 2011, p. 1.

3 For further information, see: [http://www.un.org/en/events/pastevents/worldsummit\\_2005.shtml](http://www.un.org/en/events/pastevents/worldsummit_2005.shtml), visited on September, 2016.

4 See paragraph 9 of the *Millennium Declaration*, document A/RES/55/2, September 8, 2000.

5 In light of the reference stated in the fourth paragraph of the preamble of the Resolution 2625 (XXV) of the General Assembly (that is “the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States... would contribute to the strengthening of world peace and constitute a landmark in the development of international law and of relations among States, in promoting *the Rule of Law among nations*”).



public power to the law in its formal aspect and the idea proposed by us, according to the international practice of the United Nations, specifically the General Assembly, refers to both formal and substantive sense, that is to say including the protection of human rights as one of its essential elements.

## II. The classical doctrinal debate: Is the Rule of Law applicable beyond national States?

The roots for the application of the principle of the Rule of Law to interstate relationships within international society, as pointed out by professor Koskenniemi, could date back to the XVIII century<sup>6</sup>. However, it was until a few years ago that the Rule of Law analysis, from a strictly international point of view, started to take off.

In that sense, it is possible to prove that the study of the States power submission to the law, in the international practice, has been an object of constant attention. Inside the institutional framework of United Nations, for example, the principle of Rule of Law has been a fundamental part in the contents of particular resolutions that have been adopted within the General Assembly. Also, it has played an important role on several reports that the Secretary-General has presented to that Organization's General Assembly.

On the other hand, it has become a recurrent topic of study by the doctrine all over the world<sup>7</sup>.

Nevertheless, despite the frequent allusions to this principle in the international realm, it is appropriate to mention that nowadays there is not any consensus regarding its meaning

6 Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law", in *European Journal of International Law*, vol. 1, n° 4, 1990, p. 4.

7 See, i.e André Nollkaemper, "The bifurcation of international law: two futures for the international rule of law", *op. cit.* Arthur Watts, "The International Rule of Law", in *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993, pp. 15-45. Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Charles Sampford, "Reconceiving the Rule of Law for a Globalizing World", in S. Zifcak, ed, *Globalisation and the Rule of Law*, London, Routledge, 2005, pp. 9-31. Dennis Jacobs, "What is an International Rule of Law?", in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n° 1, 2007, pp. 3-6. Duan Jielong, "Statement on the Rule of Law at the National and International levels", in *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, n° 1, 2007, pp. 185-188. Ernst Petersmann, "How to Promote the International Rule of Law?", in *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 25-48. Gian Luigi Palombella, "The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, and Theory", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 3, 2009, pp. 442-467. Gordon Christenson, "World Civil Society and the International Rule of Law", in *Human Rights Law Quarterly*, vol. 19, n° 4, 1997, pp. 724-737. Jean Morin, "L'État de Droit: émergence d'un principe du Droit international", in *Recueil des Cours Académie de Droit International*, 1995, Tomo 254, pp. 1-462. Robert Goodin, "Toward an international Rule of Law: distinguishing international Law-breakers from World-be Law-makers", in the *Journal of Ethics*, vol. 9, 2005, pp. 225-246. Simon Chesterman, "An International Rule of Law", in *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, n° 56, 2008, pp. 331-362. Stephane Beaulac, "An Inquiry into the International Rule of Law", *European University Institute Working Papers*, n° 14 (2007), 1-29.



and scope. Consequently, when analyzing the States power submission to the law –from an international perspective–, we find ourselves before a vast spectrum of notions and ideas related to the meaning of the Rule of Law.

In this regard, it is possible to affirm that the use of the *International Rule of Law*, as an expression of the idea of the States power submission to the law at international level, generates, in some sector of the doctrine, certain skepticism (i.e. Endicott, Franck, Marmor, Silverstein, Waldron and Williams)<sup>8</sup>. For these authors, the structural differences that exist between domestic and international legal orders represent a great obstacle for the construction of a Rule of Law theory in the international realm. Such differences could be reflected, for example, in the absence of an executive, legislative and judicial power at international level, in the imminent political nature of the solution of international disputes and in the lack of compulsory jurisdiction of the International Court of Justice. Likewise, the asymmetric and vertical relationship that exists between State and who they govern at national level –essential in the theories of Rule of Law–, takes its shape, inside the international social environment, of a horizontal form among sovereign States. From that perspective, as pointed out by R. Higgins, the conception of an *International Rule of Law* would be, at least, complicated<sup>9</sup>.

On the other hand, and against this position, it would be possible to identify –at doctrinal level– another school of thought whose thesis would justify the application of this notion at international level (i.e. Beaulac, Christenson, Goodin, Jacobs, Jielong, Köchler, Noallkaemper, Petersmann, Teitel, Watts, etc.)<sup>10</sup>. From their particular appreciation, the international version of the Rule of Law would basically act in accordance with the same objectives than the Rule of Law in the national legal order.

In the first place, the international version of the Rule of Law would act as a break to the arbitrary exercise of States power –both at national and international level–. On one side the international law limits the external sovereignty of States by means of a group of legal norms that restrict certain acts the State can execute against another or against the general interests of the international community of the States as a whole.

---

8 Andrei Marmor, “The Rule of Law and its limits”, in *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 1-43. Gordon Silverstein, “Globalization and the Rule of Law: a machine that runs of itself?”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 3, 2003, pp. 427-445. Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, in *Law and Philosophy*, vol. 21, n° 2, 2002, pp. 137-164. S. Williams, “Indeterminacy and the Rule of Law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 3, 2004, pp. 539-562. Thomas Franck, *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, Princeton University Press, New Jersey, 1992. Timothy Endicott, “The impossibility of the Rule of Law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, pp. 1-18.

9 See Rosalyn Higgins, “The International Court of Justice and the Rule of Law”, 2007, speech available in: [http://www.unu.edu/events/files/2007/20070411\\_Higgins\\_speech.pdf](http://www.unu.edu/events/files/2007/20070411_Higgins_speech.pdf), visited on September 2016.

10 See footnote 7 *supra*.



As an example, we could point out the general prohibition of the use of force in the international relations regulated by the United Nations Charter, developed by the Resolution 2625 (XXV) of the General Assembly and devoted as an imperative norm of general international law.

On the other hand, the international law, limits the internal sovereignty of States by means of several legal dispositions that circumscribe the exercise of States power over their nationals –or any other person under their jurisdiction– with respect certain fundamental rights. So it happens, for example, in the field of the legal instruments related to the international protection of human rights, notwithstanding that both the international protection of human rights as well as the prohibition of the use of force in the international relations has a quality of *ius cogens* norms.

Secondly, the international version of the Rule of Law would keep the order and would coordinate the behavior of the States and other subjects of international law. That is, the international version of the Rule of Law would increase the security, contributing for the relationships established among different subjects of international law to be more foreseeable and stable. By making international relations more foreseeable, the discretion would be restricted and, therefore, the arbitrariness of the States would be reduced, thus favoring the existence of a more stable international order and relations.

In any case and beyond this doctrinal debate the truth is that from the General Assembly of the United Nations, especially since the adoption of the resolution 61/39 at the end of the year 2006 –as we will see in the next section of this article– some structural elements or analytical parameters of the domestic Rule of Law were externalized to the international level in order to be applied to the international relations itself.

### **III. Beyond the doctrinal debate: the General Assembly of UN and the international version of the Rule of Law**

As we know ten years ago the General Assembly of the United Nations adopted the resolution 61/39 entitled “The Rule of Law at national and international levels”<sup>11</sup>.

This resolution was included into the agenda of the Organization by a request made by the Permanent Representatives of Mexico and Liechtenstein<sup>12</sup>. On this document, the General Assembly of the United Nations, following the guidelines set by the Secretary- General in his

<sup>11</sup> See A/RES/61/39, December 4, 2006.

<sup>12</sup> See letter attached to the document A/61/142. May 22, 2006.



Report “In larger freedom: towards development, security and human rights for all”<sup>13</sup> and by the “Final Document of the 2005 World Summit”<sup>14</sup>, the study of the Rule of Law, both domestically and internationally, raised from a holistic perspective, emancipated, in addition, from the framework of the international protection of human rights and peace- building in post-conflict societies.

On this regard, resolution 61/39 was the precedent from which the General Assembly of the United Nations began to study the principle of the Rule of Law in a broadly international perspective.

In the preamble of the Resolution 61/39, the General Assembly of the United Nations highlighted the promotion of the Rule of Law as a cross-cutting element to the maintenance of peace and international security, the realization of sustained economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the protection of all human rights and fundamental freedoms. Similarly, the General Assembly pointed out that human rights, the Rule of Law and democracy are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the universal and indivisible core values and principles of the Organization.

In resolution 61/39, the General Assembly of the United Nations introduced for the first time into the practice of the Organization, a specific distinction between the Rule of Law domestically and the Rule of Law internationally. In other words, the General Assembly of the United Nations applied the notion of Rule of Law, this time, into the field of international relations. Speaking of the Rule of Law went beyond the national legal connotation that until now had been granted to such legal institution into the practice of the Organization. In resolution 61/39, the General Assembly referred to an international order based on the Rule of Law and international law.

Despite the explicit title of this resolution, the General Assembly of the United Nations did not take a definition of that principle domestically or internationally. The lack of such definition was due basically to the big difference of views and approaches that the delegations participating in the discussions preceding the adoption of Resolution 61/39 had about the meaning and scope of this principle, especially in its international aspect. At the end of the day it was, therefore, the adoption of a vague resolution in which, given the wide divergence of views and approaches that existed among the delegations participating in the general debate,

---

13 Document A/59/2005. March 21, 2005.

14 Document A/RES/60/1, October 24, 2005.



it was impossible to determine the meaning and scope of the principle of the Rule of Law, especially in its international aspect. In this regard, the General Assembly of the United Nations simply noted, for example, that the principle of Rule of Law at international level was closely related to the peaceful coexistence and cooperation among States, the jurisdiction of the International Court of Justice in accordance with its Statute, the international legality principle, the maintenance of peace and international security, the realization of sustained economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the protection of all human rights and fundamental freedoms<sup>15</sup>.

It should be noted also that in order to take forward the resolution 61/39, the General Assembly of the United Nations had to resort to the use of a very general formula to invoke the principle of the Rule of Law. This was accentuated in the international aspect of this principle, since delegations had not yet assumed that a basic definition of this principle was well defined and generally accepted at international level.

In light of the foregoing, the General Assembly of the United Nations in its resolution 61/39, gave a very broad approach to the study of the Rule of Law, particularly at international level. In this context, such principle was associated with a whole range of central issues for the international legal order, such as the peaceful coexistence and cooperation among States, the jurisdiction of the International Court of Justice in accordance with its Statute, the international legality principle, the maintenance of peace and international security, the realization of sustained economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the protection of all human rights and fundamental freedoms, but did not specify anything about the concrete definition of the Rule of Law.

Despite not having elaborated deep enough into the scope of the Rule of Law, the merit of the resolution 61/39 was to have established the precedent that laid the foundation for the study of this principle within the Organization outside international protection of human rights as well as the consolidation of peace in post-conflict societies and even its national dimension. In sum, throughout the adoption of resolution 61/39, the United Nations launched the machinery to try to establish the meaning and scope of the Rule of Law at international level.

---

<sup>15</sup> See the Preamble of the document A/RES/60/1, October 24, 2005.



From the precedent set by resolution 61/39, resolutions 62/70<sup>16</sup>, 63/128<sup>17</sup>, 64/116<sup>18</sup>, 65/32<sup>19</sup>, 66/102<sup>20</sup>, 67/97<sup>21</sup>, 68/116<sup>22</sup>, 69/123<sup>23</sup>, 70/118<sup>24</sup> and 71/148<sup>25</sup> have been approved within the General Assembly of United Nations that are also entitled: “the Rule of Law at national and international levels”.

Currently, the general debate continues within the Sixth Committee of the General Assembly and it is expected that in the following sessions it keeps on working to build consensus around the definition of the principle of the Rule of Law at international level, which is essential to determine the mechanisms and concrete actions that must be implemented to ensure an international order based on law<sup>26</sup>.

Although even today, there is still no precise definition of the international version of the Rule of Law the debates that have arisen within the Sixth Committee of the General Assembly on the study of this issue have allowed to identify some common characters to the different conceptions and approaches expressed by Member States of the United Nations.

Among these common characters, would include ideas such as, for example, the basic role of international law in regulating international relations, the need to prevent arbitrary and selective application of its rules, the strengthening of the work of the United Nations at international level, the need to implement mechanisms for accountability by States and international organizations, and so on.

It could be perceived, in the same way, a common understanding among Member States of the United Nations about the promotion of an international order based

---

16 Document A/RES/62/70, December 6, 2007.

17 Document A/RES/63/128, December 11, 2008.

18 Document A/RES/64/116, December 16, 2009

19 Document A/RES/65/32, December 6, 2010.

20 Document A/RES/66/102/, December 4, 2011.

21 Document A/RES/67/97/, December 14, 2012.

22 Document A/RES/68/116, December 16, 2013.

23 Document A/RES/69/123, December 10, 2014.

24 Document A/RES/70/118, December 14, 2015.

25 Document A/RES/71/148, December 13, 2016.

26 See the website of UN on the Rule of Law: <http://es.unrol.org/>. Specially, see the Declaration of the High-level Meeting of the 67th Session of the General Assembly on the Rule of Law at the national and international levels. Document A/RES/67/1, September 24, 2012.



on international law (including fundamental rights of the human beings) against a model of international order governed by the claims of power of a few States over other States. It is on this context that the international version of the Rule of Law, in light of its both formal and substantive dimensions would not only be identified with the *International Rule of Law* but, rather, with the *Rule of Law among nations* in the sense described for us in the introduction of this paper<sup>27</sup>.

Furthermore, is possible to identify those structural elements of the Rule of Law –as defined by the Secretary General of the United Nations in his Report “the Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict Societies”– that, in our view, the General Assembly has extrapolated, *mutatis mutandis*, to international level in order to emphasize the pre-eminence of law in international relations.

#### **IV. The basic elements of the domestic Rule of Law extrapolated to the international level by the General Assembly of UN**

The basic elements of the domestic Rule of Law that the General Assembly of UN has externalized to the international realm in order to highlight the pre-eminence of law over the power of States would be:

1. an international order based on law;
2. uniformity of application of international law to all subjects equally;
3. prevention of the arbitrary exercise of power of States;
4. independent and effective implementation of rules of international law; and
5. compatibility of rules of international law with the principle of inherent dignity of human being.

These five basic elements, in our opinion, would capture the essence of the *Rule of Law among nations* that United Nations has projected towards international realm supplementing the *International Rule of Law* –as postulated by Anglo-American doctrine– in a substantial sense. The first four elements would approach closer to the formal theory of the Rule of Law, as it does not prejudge the contents of the rules governing international life, while the last of them is linked more with a substantive conception requiring the compatibility of the rules with the principle of the inherent dignity of human beings and consequently with the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms.

---

<sup>27</sup> As pointed out before, the International Rule of Law refers only to the submission of public power to the law in its formal aspect and the idea proposed by us, according to the international practice of the United Nations, specifically the General Assembly, refers to both formal and substantive sense (that is to say including the protection of human rights as one of its essential elements).



## V. Definition and legal nature of the *Rule of Law among nations* in light of the practice of the General Assembly of UN: our proposal.

From these elements, which have been extracted from the international practice of the General Assembly of the UN, we could define the *Rule of Law among nations* as:

“A principle in light of which the exercise of States power, and other subjects of international law, would be accountable to a legal system designed to apply to all of them independently, effectively and equally, whose provisions are consistent with international norms and principles derived from the inherent dignity of human beings. It requires, as well, that international community of States as a whole take the necessary measures to ensure adherence to the principles of primacy of peremptory norms of general international law; accountability before the international community; fairness in the application of rules of international law; international legality, non-arbitrariness and transparency”.

Following the formula used by the Secretary General of the United Nations on the Rule of Law formulation within post-conflict societies in the definition proposed by us, we can identify the structural elements of the Rule of Law among nations, all of which would set out the substance and structure of this principle and a set of principles related to it as, for example, the primacy of the peremptory norms of general international law, accountability, equity in the application of rules of international law, international legality, non-arbitrariness and transparency. The structural elements are *conditio sine qua non* to speak of the *Rule of Law among nations*, while the related principles reinforce the institution, in the sense that their presence will facilitate the achievement of its objectives but their absence or weakness does not imply the non-existence of such institution.

Thus, the principle of the *Rule of Law among nations*, from the point of view of their structural elements, imply that the exercise of States power, and the other subjects of international law, would be subject to a legal system designed to apply to all of them independently, effectively and equally, being its provisions consistent with international norms and principles derived from the inherent dignity of human beings.

In terms of its legal nature, we could say that the *Rule of Law among nations* would be a general principle of the international law at a very early stage. This would not be, in short, a general principle of law “recognized by civilized nations” in the terms established by Article 38.1.c) of the Statute of the International Court of Justice (as in the case of the Rule of Law), neither would be a general principle of international law (in the case of the *International Rule of Law*). This is in both cases a formal or auxiliary source of international law, but a general principle of the international law in *status nascendi* (the *Rule of Law among nations*) which is different because it refers to the idea of a material source of international law.



Despite the nebulous nature of this principle, derived from its early formative stage, the Rule of Law Among nations –for us– would be, in light of United Nations practice, a general principle of the international law, universal in scope, and instrumental in nature.

The principle of the Rule of Law Among nations has a universal scope. It is derived from the reference stated in the fourth paragraph of the preamble of the Resolution 2625 (XXV) of the General Assembly (that is “the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States... would contribute to the strengthening of world peace and constitute a landmark in the development of international law and of relations among States, in promoting the *Rule of Law among nations*”) as an inspiring idea driving international order based on law. A general principle of the international law (although still in formation), and its instrumental nature. Because, if that principle manages to consolidate at international level, it would be a fundamental tool to promote the pre-eminence of law in international relations. From this perspective, the *Rule of Law among nations* provides the basis and permeates almost all the international legal system.

Hence, one can speak of the incidence of this principle in areas as diverse as, for example, the international protection of human rights, the international humanitarian law, the law of the Sea, the law of Treaties, the international States responsibility, the treatment of aliens, refugees and asylum seekers, the international protection of the environment, the economic, financial and international trade, the promotion of development, the peaceful relationship between States, the maintenance of peace and international security, and so on.

## VI. Concluding remarks

At the end of these pages we can draw, by way of conclusion, the following ideas:

Although even today, there is still no precise definition of the principle of the *Rule of Law among nations*, the debates that have arisen within the Sixth Committee of the General Assembly on the study of that issue have allowed to identify some common elements to the different conceptions and approaches expressed by Member States of the United Nations on the principle of the *Rule of Law among nations*.

Among these common elements, would include ideas such as, for example, the basic role of international law in regulating international relations, the need to prevent arbitrary and selective application of its rules, the strengthening of the work of the United Nations at international level, the need to implement mechanisms for accountability by States and international organizations, and so on.

Despite the foregoing, the problem persists. While the controversial issue is the determination and scope of the meaning of the principle of the *Rule of Law among nations* in the absence



of a specific definition that can be commonly accepted by all States at international level, rather than the common acceptance of its nature as a general principle of the international law *in fieri*.

The attempt to reach a definition that can be commonly accepted by all States which is led in the heart of the International Organization by the Secretary-General and the General Assembly, has been hampered by the lack of consensus around the scope and meaning of this principle at international level.

However, the practice of the General Assembly concerning the invocation and employment of the principle of the *Rule of Law among nations* is clear that in speaking of this concept would have been externalized to the international level some structural elements of the domestic Rule of Law from the only explicit definition of this principle that exists within the Organization practice (which was created by the Secretary-General in the field of post-conflict societies).

In that sense, the five basic elements of the Rule of Law externalized –*mutatis mutandis*– to the international realm in the framework of the *Rule of Law among nations* principle would be: an international order based on law; the uniformity of application of international law to all subjects equally; the prevention of the arbitrary exercise of power of States; the independent and effective implementation of rules of international law; and the compatibility of rules of international law with the principle of inherent dignity of human being.

These five basic elements would capture the essence of the *Rule of Law among nations* principle that United Nations has projected towards international realm supplementing the *International Rule of Law* –as postulated by Anglo-American doctrine– in a substantial sense.

In the light of the foregoing, we can conclude that the General Assembly of UN, by promoting an international order based on law rather than promoting an *International Rule of Law* is promoting the *Rule of Law among nations* that is not the same.

## Bibliography

André Nollkaemper, “The bifurcation of international law: two futures for the international rule of law”, in *Amsterdam Center of International Law Research Paper*, n° 4, 2011, pp. 10.

Andrei Marmor, “The Rule of Law and its limits”, in *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 1-43.

Arthur Watts, “The International Rule of Law”, in *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993, pp. 15-45.



- Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Charles Sampford, "Reconceiving the Rule of Law for a Globalizing World", in S. Zifcak, ed, *Globalisation and the Rule of Law*, London, Routledge, 2005, pp. 9-31.
- Dennis Jacobs, "What is an International Rule of Law?", in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n° 1, 2007, pp. 1-6.
- Duan Jielong, "Statement on the Rule of Law at the National and International levels", in *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, n° 1, 2007, pp. 185-188.
- Ernst Petersmann, "How to Promote the International Rule of Law?", in *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 25-48.
- Gian Luigi Palombella, "The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, and Theory", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 3, 2009, pp. 442-467.
- Gordon Christenson, "World Civil Society and the International Rule of Law", in *Human Rights Law Quarterly*, vol. 19, n° 4, 1997, pp. 724-737.
- Gordon Silverstein, "Globalization and the Rule of Law: a machine that runs of itself?", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 3, 2003, pp. 427-445.
- Jean Morin, "L'État de Droit: émergence d'un principe du Droit international", in *Recueil des Cours Académie de Droit International*, 1995, Tomo 254, pp. 462.
- Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?", in *Law and Philosophy*, vol. 21, n° 2, 2002, pp. 137-164.
- Robert Goodin, "Toward an international Rule of Law: distinguishing international Law-breakers from World-be Law- makers", in the *Journal of Ethics*, vol. 9, 2005, pp. 225-246.
- S. Williams, "Indeterminacy and the Rule of Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 3, 2004, pp. 539-562.
- Simon Chesterman, "An International Rule of Law", in *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, n° 56, 2008, pp. 331-362.
- Stephane Beaulac, "An Inquiry into the International Rule of Law", European University Institute Working Papers, n° 14 (2007), 1-29.
- Thomas Franck, *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.
- Timothy Endicott, "The impossibility of the Rule of Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, pp. 1-18.

# DESCENTRALIZACIÓN Y GOBERNANZA EN AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

---

DECENTRALIZATION AND GOVERNANCE IN LATIN AMERICA

---

✉ POR: ANA VICTORIA VÁSQUEZ-CÁRDENAS<sup>2</sup> Y MARIO ALBERTO MONTOYA-BRAND<sup>3</sup>

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2016

## Resumen

*Las características predominantes de la descentralización en América Latina condicionan el ejercicio y alcance del poder político regional y local, y por consiguiente las prácticas de gobernanza en las unidades subnacionales. Este artículo analiza cómo las dimensiones política, administrativa y fiscal de la descentralización determinan rasgos específicos de la gobernanza en los municipios. En términos generales, a mayor grado de descentralización, mayores pueden ser los alcances de la gobernanza en las unidades subnacionales*

- 
- 1 Artículo de investigación, producto del proyecto “Análisis de las políticas públicas de regeneración urbana en el municipio de Medellín: las prácticas de gobernanza y formas de participación, 2004-2015”. La investigación terminó el 7 de diciembre de 2015; fue financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia (Colciencias), Programa nacional de ciencias sociales y humanas, Convocatoria 611-2013, código del proyecto 1115-611-38306, cofinanciada y adelantada por las Universidades de Antioquia y EAFIT y por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP); Ana Victoria Vásquez Cárdenas, del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos, fue investigadora principal y Mario Montoya Brand, del grupo de investigación Derecho y Poder, fue coinvestigador. También es producto de la tesis doctoral “Gobernanza y metagobernanza en políticas públicas de regeneración urbana: el caso de la ciudad de Medellín (Colombia), 2004-2011”, elaborada por Ana Victoria Vásquez Cárdenas.
  - 2 Ana Victoria Vásquez-Cárdenas es Doctora de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, [ana.vasquez@udea.edu.co](mailto:ana.vasquez@udea.edu.co)
  - 3 Mario Alberto Montoya-Brand es Doctor de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Colombia, [mbrand@eafit.edu.co](mailto:mbrand@eafit.edu.co)



*descentralizadas. Adicionalmente, examina las implicaciones que tienen para la gobernanza las dos orientaciones predominantes de la descentralización en América Latina: una, con énfasis en aspectos económicos; y otra, con tendencias sociales y democratizadoras.*

**Palabras claves:** *descentralización, gobernanza, América Latina*

## Abstract

*The predominant characteristics of decentralization in Latin America condition the exercise and scope of regional and local political power, and therefore the governance practices in subnational units. This article discusses how political, administrative and fiscal aspects of decentralization determine specific features of governance in municipalities and cities. Generally speaking, the greater the degree of decentralization, greater may be the scope of governance in decentralized subnational units. Additionally, examines the implications that the two dominant orientations of decentralization in Latin America: one, with emphasis on economics; and other, with social and democratizing trends, have for governance.*

**Key words:** *decentralization, Latin America, governance.*

## Introducción

La descentralización territorial en América Latina es un proceso todavía inacabado y en ocasiones con fuertes retrocesos. También es irregular, evidenciándose en desarrollos diferenciados en los distintos países. Los procesos de descentralización incluyen tres dimensiones: política, administrativa y fiscal, que pueden existir conjuntamente o no. Estas dimensiones o formas de la descentralización determinan a su vez ciertas características en la configuración de la gobernanza en las unidades subnacionales.

La descentralización ha sido un proceso complejo y ambivalente, en tanto ha sido producto de la convergencia de diferentes causas: se inscribe tanto en el contexto de transformaciones económicas e institucionales impulsadas por el neoliberalismo<sup>4</sup> como por los procesos de

---

4 Darío Indalecio Restrepo, "Historias comparadas. Las fracturas del Estado en América Latina", en: Darío Restrepo, ed., *Historias de descentralización. Transformación del régimen político y cambio en el modelo de desarrollo. América Latina, Europa y EUA*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 25-52.



democratización<sup>5</sup>. Tanto una orientación como la otra suponen el involucramiento de actores privados en las dinámicas de las unidades subnacionales, de ahí que la descentralización esté fuertemente vinculada a la emergencia de diversas expresiones de gobernanza, entendida esta última como la interacción-público privada en los asuntos públicos<sup>6</sup>.

## Las dimensiones de la descentralización

Los procesos de descentralización en América Latina incluyen tres dimensiones: política, administrativa y fiscal, a partir de las cuales usualmente se alude a tipos o formas de descentralización.

**Descentralización política** refiere a la elección directa de gobernantes en las unidades subnacionales y al fortalecimiento de su legitimidad.<sup>7</sup> Así como a la capacidad para decidir autónomamente sobre asuntos de interés propio.

**Descentralización fiscal** consiste en la distribución de recursos desde el nivel central hacia los niveles inferiores, según criterios estandarizados de reparto. Para 2004, la descentralización del gasto en América Latina había alcanzado un 19,3%, en contraste con el 29,1% de los países de la OCDE<sup>8</sup>.

**Descentralización administrativa** implica la asignación de competencias a las unidades subnacionales. La mayoría de países latinoamericanos han descentralizado las siguientes funciones: servicios de salud y educación básicos, servicios públicos domiciliarios, infraestructura, transporte y ordenamiento del espacio físico<sup>9</sup>.

---

5 Darío Indalecio Restrepo, "Paradojas de la descentralización", en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 361-370.

Fernando Carrión, "Interrogatorio a la descentralización latinoamericana", en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 77-96.

Robert Daughters & Leslie Harper, "Reformas de descentralización fiscal y política", en: Eduardo Lora, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.

6 Ismael Blanco & Ricard Gomà, "Del gobierno a la gobernanza: retos y oportunidades de un nuevo paradigma", en: *Politika: Revista de Ciencias Sociales*, num. 2, 2006, pp. 11-27.

7 Darío Restrepo & Ricardo Agudelo, "Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Lecciones aprendidas", disponible en: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/RIGyDescAL2011.pdf>, 2011.

8 Robert Daughters & Leslie Harper, "Reformas de descentralización fiscal y política", en: Eduardo Lora, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.

9 Darío Restrepo & Ricardo Agudelo, "Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Lecciones aprendidas", disponible en: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/RIGyDescAL2011.pdf>, 2011.



Ahora, estas distintas dimensiones de descentralización pueden existir conjuntamente o no. En Colombia, que se ha caracterizado en América Latina como uno de los países que más ha avanzado en materia de descentralización,<sup>10</sup> las tres dimensiones mencionadas coexisten simultáneamente. Sin embargo, es observable que han cambiado los énfasis: en principio (a finales de la década del sesenta en el siglo XX) fue un proceso eminentemente político, con el paso del tiempo ha primado una visión fiscal, acompañada de un énfasis en la eficiencia y en la moralidad de la gestión pública, reduciendo la descentralización a una cuestión administrativa y financiera.<sup>11</sup> Tal tendencia también es observable en América Latina en su conjunto.<sup>12</sup>

Las características predominantes de la descentralización en América Latina condicionan el ejercicio y alcance del poder político regional y local, y por consiguiente las prácticas de gobernanza. En términos generales, a mayor grado de descentralización, mayores pueden ser los alcances de la gobernanza. Al especificar cada dimensión de la descentralización pueden encontrarse situaciones particulares:

## 1. La descentralización política y la gobernanza

El núcleo central de la descentralización política está en la elección directa de los gobernantes del correspondiente nivel territorial, ello redundando en una mayor legitimidad en el origen del poder. Tal condición facilita la existencia de prácticas de gobernanza, en tanto el gobernante puede contar con arraigo en el territorio, relaciones de proximidad con los intereses sociales y mayores incentivos para rendir cuentas a sus electores.

No obstante, la fundamentación y seguridad que imprime la representación podría hacer que el gobernante elegido por votación popular considere que la participación a través de prácticas de gobernanza no cuenta con la misma legitimidad de su propia elección; situación en la cual podría optar por no propiciar dichas prácticas e incluso restringirlas.

El hecho de que la descentralización política implique un mayor margen de autonomía para la decisión de los asuntos propios, sin duda significa a su vez que los actores presentes en el territorio tengan mayores posibilidades para participar en la toma de decisiones que más

---

Robert Daughters & Leslie Harper, "Reformas de descentralización fiscal y política", en: Eduardo Lora, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.

10 Stefan Jost, "Presentación", en: Konrad Adenauer Stiftung, *25 años de la descentralización en Colombia*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 5-6.

11 Armando Estrada, "La lenta agonía de la descentralización", en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 143-158.

12 Robert Daughters & Leslie Harper, "Reformas de descentralización fiscal y política", en: Eduardo Lora, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.



los afectan. Ello concentra las relaciones de gobernanza en el ámbito local o regional, y simultáneamente las hace susceptibles al control ciudadano y al control de los organismos locales o regionales, y menos susceptibles al control de organismos centrales.

Pero si los ciudadanos y organismos locales o regionales no poseen suficientes capacidades para ejercer la veeduría necesaria, o han sido cooptados por el gobierno respectivo, se configura un escenario que facilita la corrupción. Fenómeno que ha tenido lugar en Colombia, la mayoría de las veces en municipios y departamentos que no cuentan con fortalezas institucionales ni con ciudadanos bien informados<sup>13</sup>.

Si los asuntos propios de mayor interés son objeto de decisión en niveles superiores, debido a que no se trasladan las competencias respectivas, se requerirá un mayor esfuerzo de parte de los actores interesados para acceder a las instancias políticas superiores. Solo podrán acceder a éstas quienes cuenten con suficientes capacidades y recursos, configurándose de este modo una gobernanza con tintes elitistas y, por lo regular, exenta de controles ciudadanos. Un ejemplo de prácticas de gobernanza de esta índole operan en el campo de políticas relativas al modelo de desarrollo económico en los países latinoamericanos.

## 2. La descentralización administrativa y la gobernanza

Entre más competencias hayan sido descentralizadas, mayor alcance podrían tener las prácticas de gobernanza en los niveles subnacionales, pues cada competencia supone un nicho posible para las redes de gobernanza.

Si existen competencias compartidas entre distintos niveles subnacionales se requerirá del establecimiento de mecanismos para el manejo adecuado de las relaciones intergubernamentales. En este punto es necesario tener en cuenta, tal como lo explica Leyva<sup>14</sup>, que en Colombia el ordenamiento jurídico ha hecho más énfasis en la distribución de competencias que en mecanismos que garanticen un adecuado funcionamiento de las relaciones intergubernamentales; en este sentido, las normas relativas a descentralización han buscado fundamentalmente establecer límites en materia fiscal, dejando de lado la regulación de mecanismos de coordinación<sup>15</sup>.

13 Mauricio García Villegas & Javier Eduardo Revelo Rebolledo, *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

14 Santiago Leyva. "Hacia un nuevo debate sobre la descentralización en Colombia: el análisis intergubernamental desde una lectura institucional", en: *Revista CS en Ciencias Sociales*, 8, 2011, pp. 211-243.

15 Según Leyva en Colombia, ante la inexistencia de mecanismos de coordinación, se abrió un espacio para el oportunismo político. Entonces, la ausencia de mecanismos reguladores de las relaciones



Por otra parte, si conectados con los gobiernos de los distintos niveles comprometidos es necesario el concurso de otras instituciones, agencias o actores económicos y sociales en la hechura de políticas, se requerirá del empleo de la gobernanza multinivel. En América Latina este tipo de gobernanza tiene su mayor relevancia en materia de desarrollo económico territorial y en las áreas de políticas locales y regionales que son objeto de cooperación internacional.

Las funciones o sectores descentralizados en América Latina son más o menos los mismos. Si las prácticas de gobernanza se circunscriben a las competencias jurídicamente establecidas para la unidad territorial, tendrían un alcance restringido, pues las competencias descentralizadas no cubren todos los ámbitos de interés.

Si los temas abordados por las prácticas de gobernanza desbordaran los límites de las competencias asignadas a la unidad subnacional, ello tendría como consecuencia que no fuera posible la toma de decisiones jurídicamente válidas con base en los acuerdos o decisiones surgidas a partir de dichas prácticas de gobernanza. Estos acuerdos y decisiones no podrían seguir el canal del derecho y se quedarían en el campo de lo político. Un ejemplo de este tipo de situación es verificable en materia de orden público en Colombia, pues los gobernantes locales y departamentales, aunque constituyen autoridades de policía en su territorio, están sujetos a la autoridad presidencial en esta materia<sup>16</sup>. Sin embargo, es bastante común que la ciudadanía continuamente reclame a los gobernantes de los niveles inferiores el ejercicio de competencias que corresponden al presidente. Y que en ocasiones algunos gobernantes de las unidades subnacionales hayan sido impelidos a llegar a acuerdos con grupos armados ilegales para garantizar el orden público y la seguridad en su territorio<sup>17</sup>.

### 3. La descentralización fiscal y la gobernanza

Los recursos de transferencias en América Latina han venido reglamentándose de tal manera que los gobernantes subnacionales no cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para el gasto.<sup>18</sup> Esto implica una fuerte restricción a las prácticas de gobernanza.

---

intergubernamentales abrió una ventana de oportunidades para formas de gobernanza verticales, como en el caso de los consejos comunitarios, o incluso perversas, como es el caso de las prácticas de corrupción facilitadas con la discrecionalidad en el gasto.

16 Jairo Libreros, “Descentralización y orden público en Colombia”, en: *Revista Opera*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, num. 1, 2001, pp.199 – 211.

17 Mauricio García Villegas, *Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.

18 En este punto hay que establecer diferencias en relación con el caso colombiano, pues las transferencias provienen de dos fuentes: del Sistema General de Participaciones (SGP) - destinadas a salud, educación, agua potable y saneamiento básico - y de las regalías por la explotación de minerales e hidrocarburos.



Si la unidad subnacional, además de los recursos provenientes de transferencias, dispone de recursos propios, el margen de maniobra se amplía. El caso del municipio de Medellín en Colombia es ilustrativo en ese sentido: el hecho de contar con recursos propios provenientes de un sistema impositivo eficiente y de ser propietario de la empresa de servicios públicos domiciliarios de mayor fortaleza en el país, le garantiza la posibilidad de contar con recursos económicos suficientes para impulsar diversas prácticas de gobernanza, entre ellas, por ejemplo, la planeación local participativa y el presupuesto participativo.

La precariedad de los recursos también puede actuar como incentivo para el impulso de prácticas de gobernanza, sobre todo de aquellas que involucran a las propias comunidades en la ejecución de las políticas de manera voluntaria y aquellas que invitan a los actores económicamente fuertes a hacerse corresponsables de políticas públicas y proyectos de ciudad a través de donaciones o mediante alianzas público-privadas.

Un asunto sin duda importante para los resultados de la descentralización es el de la capacidad institucional, en el sentido que una débil capacidad institucional propicia formas de gobernanza perversas. Esto es, la captura o cooptación de las entidades subnacionales por parte de intereses privados o actores ilegales tal como sucedió en Colombia con mafias, guerrillas y grupos paramilitares.<sup>19</sup> Puede existir el riesgo de que los poderes fácticos y las élites capturen el poder “y corrompan el proceso de toma de decisiones”<sup>20</sup>.

Finalmente, se hará hincapié en las orientaciones predominantes de la descentralización en América Latina y sus implicaciones para la gobernanza.

## Las orientaciones de la descentralización y la gobernanza

Dentro de las tendencias u orientaciones posibles en materia de descentralización, se identifican los siguientes como relevantes para la gobernanza, en tanto suponen el involucramiento de actores privados en las dinámicas de las unidades subnacionales.

---

Mientras el SGP ha operado de acuerdo con estipulaciones estrictas y limitaciones en su crecimiento, las transferencias por regalías tuvieron menos reglamentaciones y controles, solo recientemente, su uso ha sido objeto de regulación en términos más detallados y estrictos. Sin embargo, tanto una fuente de recursos como la otra han sido objeto de desviaciones a través de prácticas corruptas, que en diversas ocasiones han beneficiado a los grupos armados.

19 Francisco Gutierrez, “Instituciones y territorio: la Descentralización en Colombia”, en: Konrad Adenauer Stiftung, *25 años de la descentralización en Colombia*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 11-55.

20 Robert Daughters & Leslie Harper, “Reformas de descentralización fiscal y política”, en: Eduardo Lora, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.

-Sanín afirma que la descentralización en Colombia si bien en un espectro amplio fue modernizadora, “abrió ventanas de oportunidad y creó sistemas de incentivos que permitieron a nuevos poderes regionales reemplazar en el modelo de intermediación a los dos grandes partidos tradicionales, por otro nuevo en el que viejos y nuevos actores (terratenientes, ganaderos, notablatos locales, gentes enriquecidas con la guerra y las economías ilegales) se articularon con narcos y paras” (2010, p. 31).



En la orientación económica, la descentralización es propuesta desde la perspectiva de las reformas neoliberales y tiene un acento en el ajuste fiscal y en las privatizaciones. Su intención es disminuir la intervención estatal en la economía, el gasto público y el tamaño de las burocracias. La parte del presupuesto nacional que se transfiere a las entidades subnacionales debe ser inferior o al menos igual a las funciones que son descentralizadas. El éxito es mayor si además hay externalización o subcontratación de las funciones públicas con el sector privado y respecto de asuntos de baja complejidad, con organizaciones sociales y solidarias<sup>21</sup>. Además, facilita la privatización en la medida de que, si los recursos son insuficientes para atender las funciones transferidas, los mandatarios se pueden ver obligados a privatizar las empresas municipales<sup>22</sup>.

Entre los principios aplicados está el de separación entre política y administración. Se asume la unidad territorial como si fuese una empresa de carácter competitivo, esto sustrae a la política del escenario local. En cuanto a la inclusión de la ciudadanía, es necesaria para construir un poder local consecuente con la visión gerencial y empresarial<sup>23</sup>.

La gobernanza tiene entonces lugar a partir de la interacción entre: lo que queda del sector público, los nuevos actores que asumen las empresas privatizadas y las actividades externalizadas, y la ciudadanía que asume funciones de veeduría.

Con el paso del tiempo esta orientación potenció además la descentralización como una estrategia de consolidación del desarrollo regional y local para enfrentar los retos de la globalización<sup>24</sup>. El objetivo era generar “territorios competitivos”, lo cual suponía la concertación y el trabajo conjunto entre el sector público y el sector privado. La descentralización es importante, en tanto garantiza que los gobiernos subnacionales puedan asumir un nuevo rol como promotores de tales dinámicas tendientes a fortalecer el desarrollo local y regional. Opera así un traslado del eje de las políticas de desarrollo desde el centro hacia las unidades subnacionales.

La adopción de esta reorientación trae aparejada la asunción de más funciones a cargo de los gobiernos territoriales, las cuales son necesarias para adoptar el papel de promotores del desarrollo económico. Así mismo, los actores privados privilegiados en los espacios de

21 Darío Indalecio Restrepo Botero, “Descentralización para la equidad”, en: Peter Charles Brand, Comp y ed., *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. (pp 309-330). Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Egon Montecinos, “Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática”, en: *Revista Eure*, Santiago de Chile, vol. XXI, num. 93, 2005, pp. 77-88.

Carlos A. De Mattos, *Globalización y metamorfosis urbana en América Latina*, num. 4, Quito, Olachi.



concertación pública-privada son preponderantemente los actores económicos de mayor incidencia en el territorio, esto es, particularmente el sector empresarial más fuerte.

Es importante reconocer que el sentido que se ha dado a la descentralización que cuenta con este tipo de orientación cambia dependiendo de que se instale en ciudades o regiones ricas y pujantes, o ciudades o regiones pobres.<sup>25</sup> En el primer caso, existirán promotores de la descentralización que consideran que la dependencia respecto de la capital del país y del Estado constituyen un freno al desarrollo, se aboga por menor presencia del Estado central y una mayor autonomía de las regiones o ciudades, de modo que puedan integrarse a los mercados internacionales y sea posible una mayor acumulación de recursos. Ejemplos de estas demandas están presentes en Santa Cruz (Bolivia), Guayaquil (Ecuador) y, en algún grado, en Medellín. Por el contrario, las regiones o ciudades pobres reclaman mayor presencia del Estado central en la satisfacción de sus necesidades, “la construcción de una mayor representación política o el impulso a las políticas públicas”<sup>26</sup>.

Además de la orientación económica de la descentralización, una segunda orientación que interesa resaltar es de carácter socio-político. Asocia la descentralización con la profundización de la democracia y en particular con el aumento de la participación social y ciudadana. De este modo la descentralización implica una cierta socialización del bienestar y del poder económico, y en general una “socialización del poder”, que Restrepo caracteriza así:

“No se trata sólo de la elección popular de alcaldes y gobernadores, sino de la construcción de mandatos populares durante la campaña electoral; no es suficiente conocer las intenciones de los gobernantes, ahora muchos aspiran a definir planes y presupuestos participativos; además del derecho a la alternancia partidista una vez concluido el periodo de gobierno, se reclama la posibilidad de revocatoria de los mandatos por incumplimiento de los programas de gobierno; es creciente la exigencia de gestiones honestas, para cuya garantía se presionan rendiciones públicas de cuentas de la administración y el Poder Ejecutivo; se aspira a incrementos en la calidad y eficiencia de la administración y los servicios públicos, para cuyo fin la participación ciudadana y comunitaria en las instancias y programas públicos tiene una importancia definitiva”<sup>27</sup>.

25 Fernando Carrión, “Interrogatorio a la descentralización latinoamericana”, en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 77-96.

Darío Restrepo & Ricardo Agudelo, “Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Lecciones aprendidas”, disponible en: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/RIGyDescAL2011.pdf>, 2011.

26 Fernando Carrión, “Interrogatorio a la descentralización latinoamericana”, en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, p. 85

27 Darío Indalecio Restrepo Botero, “Descentralización para la equidad”, en: *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. xii, núm. 40, 2012, p. 800.



Esta orientación de carácter socio-político supone la reemergencia de la sociedad civil en el ámbito local y por consiguiente la articulación entre organizaciones no gubernamentales y gobiernos municipales. La descentralización, incluso llevada a territorios más específicos que las municipalidades, garantiza una mayor proximidad entre el gobierno y la sociedad, y por ende, el acercamiento de los ciudadanos a la gestión pública. Para ello son adoptadas nuevas instancias de representación política y nuevos canales de consulta y participación respecto de temas de interés público. Visualizada en términos de gobernanza, esta orientación implica la articulación de los gobiernos locales con las organizaciones no gubernamentales, los movimientos sociales y la ciudadanía en general.

Según Montecinos<sup>28</sup>, los estudios que se centran en esta perspectiva han identificado varios problemas y riesgos:

- Los objetivos de los procesos de descentralización pueden no coincidir con las capacidades de los gobiernos locales. El poder puede caer en manos de caciques locales y se pueden facilitar redes y relaciones clientelares. Así mismo, puede haber un mal uso de los recursos públicos.
- La descentralización no ha promovido una tendencia generalizada a la participación ciudadana, ni un incremento con ésta de la eficiencia de la gestión pública.
- Los actores políticos y los movimientos sociales son débiles en algunos países.
- Los mecanismos de participación ligados a la descentralización no cumplen un papel efectivo en la discusión y solución de los principales problemas de la comunidad.

Por su parte, Brand observa que, si bien la descentralización ha implicado socializar el poder, las expectativas de los grupos sociales tradicionalmente marginados de éste no son satisfechas, dado que los resultados sociales y materiales han sido limitados. Esto es debido a que el espacio de maniobra de las nuevas fuerzas políticas está condicionado por las restricciones que imponen los agentes privados de la economía global a través de los Estados nacionales y por el entorno de competencia territorial.<sup>29</sup> En sentido similar, Restrepo ha mostrado que si bien la descentralización en América Latina ha incidido en una ampliación de la democracia, se trata de una ampliación restringida al campo electoral, pero no ha incidido en el aumento de la democracia en términos materiales, porque los poderes

28 Egon Montecinos, “Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática”, en: *Revista Eure*, Santiago de Chile, vol. XXI, num. 93, 2005, pp. 77-88.

29 Peter Charles Brand, “La globalización neoliberal y la planeación urbana: perspectivas para América Latina”, en: Peter Charles Brand, Comp y ed., *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. (pp 7-33). Medellín: Universidad Nacional de Colombia.



económicos y políticos siguen concentrados y además los asuntos más importantes se sustraen a su órbita:

“La descentralización amplía la presencia y la difusión del Estado y del mercado, así como las oportunidades de participación política, y canaliza esfuerzos de millones de personas y miles de organizaciones sociales latinoamericanas hacia las estructuras descentralizadas. Pero debe reconocerse que no permite definir las privatizaciones, los impuestos regresivos, la lucha por la propiedad, el modelo de desarrollo, las aperturas y la financiación de la economía. Estas decisiones no se descentralizan, se transnacionalizan, escapan así a la lógica local, por lo que se limita el alcance transformador de los alcaldes que practican la transparencia, la rendición de cuentas y los planes y los presupuestos participativos”<sup>30</sup>.

Las dos orientaciones examinadas, tanto la que expresa un énfasis en aspectos económicos como la que expresa tendencias más sociales, constituyen dos lógicas diferentes, pero coincidentes en la emergencia de la gobernanza en América Latina. Estas dos tendencias pueden entrar en tensión, pues en tanto sean promovidas de manera simultánea implican una cierta ambivalencia. En esta tensión, un punto de especial importancia es el relativo a los frentes a los que sean destinados los recursos presupuestales y de distinta índole de los municipios, esto es, al mejoramiento del bienestar de la población con mayores necesidades, o al empuje del crecimiento económico.

Elo implica ciertamente un dilema: los países latinoamericanos, al igual que los países desarrollados, se enfrentan a una situación que “supone que el Estado tendrá más dificultades para reconciliar las respuestas que da a unos imperativos económicos cada vez más acuciantes con las demandas más generales de legitimidad política general y de cohesión social”<sup>31</sup>. (Jessop, 2008: 162).

## Bibliografía

Blanco, Ismale, & Gomà, Ricard, “Del gobierno a la gobernanza: retos y oportunidades de un nuevo paradigma”, en: *Politika: Revista de Ciencias Sociales*, num. 2, 2006, pp. 11-27.

Brand, Peter Charles “La globalización neoliberal y la planeación urbana: perspectivas para América Latina”, en: Brand, Peter Charles, Comp y ed., *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. (pp 7-33). Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

30 Darío Indalecio Restrepo, “La descentralización en América Latina: 20 años después”, en: Darío Restrepo, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, p. 300.

31 Robert Jessop, *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Catarata, 2008, p.162.



- Carrión, Fernando, “Interrogatorio a la descentralización latinoamericana”, en: Restrepo, Darío, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 77-96.
- Daughters, Robert, & Harper, Leslie “Reformas de descentralización fiscal y política”, en: Lora, Eduardo, ed., *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, Bogotá: Banco Mundial, 2007, pp. 243-296.
- De Mattos, Carlos A., *Globalización y metamorfosis urbana en América Latina*, num. 4, Quito, Olachi.
- Estrada, Armando “La lenta agonía de la descentralización”, en: Restrepo, Darío, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 143-158.
- García Villegas, Mauricio, *Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- García Villegas, Mauricio, & Revelo Rebolledo, Javier Eduardo, *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.
- Gutierrez, Francisco, “Instituciones y territorio: la Descentralización en Colombia”, en: Konrad Adenauer Stiftung, *25 años de la descentralización en Colombia*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 11-55.
- Jost, Stefan, “Presentación”, en: Konrad Adenauer Stiftung, *25 años de la descentralización en Colombia*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 5-6.
- Libreros, Jairo, “Descentralización y orden público en Colombia”, en: *Revista Opera*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, num. 1, 2001, pp.199-211.
- Montecinos, Egon “Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática”, en: *Revista Eure*, Santiago de Chile, vol. XXI, num. 93, 2005, pp. 77-88.
- , “Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática”, en: *Revista Eure*, Santiago de Chile, vol. XXI, num. 93, 2005, pp. 77-88.
- Restrepo, Darío, & Agudelo, Ricardo, “Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Lecciones aprendidas”, disponible en: <http://www.cebem.org/cmsfiles/publicaciones/RIGyDescAL2011.pdf>, 2011.



Restrepo, Darío Indalecio, “Historias comparadas. Las fracturas del Estado en América Latina”, en: Restrepo, Darío, ed., *Historias de descentralización. Transformación del régimen político y cambio en el modelo de desarrollo. América Latina, Europa y EUA*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 25-52.

-----, “La descentralización en América Latina: 20 años después”, en: Restrepo, Darío ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, p. 300.

-----, “Paradojas de la descentralización”, en: Restrepo, Darío, ed., *20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro*, Bogotá: RINDE, 2007, pp. 361-370.

-----, “Descentralización para la equidad”, en: Peter Charles Brand, Comp y ed., *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. (pp 309-330). Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

-----, “Descentralización para la equidad”, en: *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. xii, núm. 40, 2012, 793-821.

# GLOBALIZACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, COLOMBIA COMO CASO DE ESTUDIO

---

GLOBALIZATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT, COLOMBIA AS A STUDY CASE

---

POR: ANA CRISTINA GÓMEZ ARANGO<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2016

## Resumen

*El actual fenómeno de la globalización, entendida como la liberalización de los mercados, junto con el concepto de desarrollo económico como objetivo primordial de los países, conlleva a que las normatividades internas de estos deban estar en constante cambio, para así lograr aumentar la competitividad y brindar beneficios y oportunidades a los individuos. Se hace entonces necesario un trabajo interdisciplinario, especialmente la interacción del desarrollo económico con el derecho, para realizar creaciones o modificaciones normativas y administrativas, que permitan la efectiva actuación económica de los Estados en un mundo globalizado. No obstante, al existir la brecha diferenciadora entre los mismos, hace que los beneficios, efecto de la globalización, no sean homogéneos y, por el contrario, permite que algunos países se vean más beneficiados que otros, inclusive, a pesar de los esfuerzos de adaptación de sus ordenamientos al escenario global, lo que puede llegar a representar un atraso económico y social. Todo esto se da debido a la diversidad de características y necesidades de los países, las cuales se deben tener en cuenta para la creación de políticas o adopción de modelos económicos que busquen el desarrollo económico. Colombia, como*

---

<sup>1</sup> Abogada, Universidad EAFIT, Medellín Colombia. Email: agomeza7@eafit.edu.co



*caso de estudio, es un claro ejemplo del esfuerzo por adaptar su ordenamiento a través de la relación entre el desarrollo económico y el derecho en contextos de globalización, esfuerzo que si bien, en algunos casos ha ayudado al país, en otros, ha representado efectos negativos para el mismo.*

**Palabras Claves:** *Globalización, Desarrollo Económico, Derecho, Relación, Colombia.*

### **Abstract**

*The current phenomenon of globalization, understood as the liberalization of the markets, linked with the concept of economic development as a primary objective of the countries, entails the constant change of their internal normativity to increase competitiveness and achieve benefits and opportunities for the individuals. It is needed then, an interdisciplinary work, especially the interaction between economic development and law, to create or modify, both normative and administrative aspects, that leads to the effective economic performance of the countries in a globalized world. However, the existence of the differentiating gap between countries, makes the benefits, as an effect of globalization, not homogeneous, and instead, allows that some countries receive more benefits than the other ones, which in despite their efforts of adaptation of their systems to the global scenario, represent not only an economic delay, but also social. All of this occurs due to the diversity of characteristics and needs of the countries, which must be taken into account for the creation of policies and the adoption of economic models that leads them to economic development. Colombia as a case of study, is a clear example of the effort to adapt its system through the relationship between economic development and law in contexts of globalization, efforts that even though, in some cases has helped the country, in others, has represented negative effects for itself.*

**Key words:** *Globalization, Economic Development, Law, Relationship, Colombia.*



## Introducción

La globalización, entendida como la interconexión económica de los países, es uno de los efectos del denominado modelo de liberalización económica. Este fenómeno, al ser inevitable, y junto con la diferenciación de los países, conlleva a que estos se vean obligados a enfrentarlo de diferentes maneras, dependiendo de su capacidad de cambio, políticas económicas y demás factores que influyen tanto en la implementación de las nuevas políticas comerciales, como en la eficiente participación en la economía global.

Debido a esto, la globalización bien afrontada atrae efectos positivos como el crecimiento, la investigación y la generación de nuevas oportunidades, sin embargo, este fenómeno mal enfrentado, conlleva consecuencias negativas que pueden verse reflejadas en pobreza, atraso tecnológico, endeudamiento y aumento de la brecha diferenciadora entre países ricos y pobres conocida como “división Norte-Sur”.<sup>2</sup>

Colombia, un país de renta media alta, interesado en el constante crecimiento y con miras al desarrollo tanto económico como social, es un país que está abierto al cambio, el cual desarrolla políticas económicas y sociales, celebra tratados bilaterales y multilaterales de inversión, así como acuerdos para la reducción de aranceles, entre otros; permitiendo la integración comercial del mismo con el resto del mundo. Es por tal razón que, desde que se integró a la Organización Mundial del Comercio –OMC-, en 1995, antecedida por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -GATT-, por sus siglas en inglés,<sup>3</sup> tuvo que modificar algunas de sus disposiciones comerciales, así como la creación de políticas nuevas que permitieran el reconocimiento y la eficiente participación económica a nivel mundial.<sup>4</sup>

En la actualidad, Colombia se encuentra en proceso de inserción en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, -OCDE-, por lo cual deberá, según lo solicitado por el organismo, adecuar su estructura interna para cumplir con los requisitos establecidos y poder pertenecer al mismo.<sup>5</sup> Igualmente, en el mes de junio y julio de 2016, entraron en vigor

---

2 Joseph Stiglitz, “Globalization and its discontents”, United States, W.W. Norton & Company, 2002, 4-5.

3 Colombia fue Estado Contratante del GATT en octubre 3 de 1981 y parte de la OMC desde el 30 de abril de 1995.

4 Las normas generales y los compromisos específicos adquiridos, están dispuestos en las “Listas de Concesiones” y “Listas de compromisos y exenciones”, disponibles en la página web de la OMC: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/countries\\_s/colombia\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/colombia_s.htm)

5 Entre los requisitos se encuentran temas como: impuestos, empleo, medio ambiente, ciencia, tecnología, inversión y competencia. Estos se pueden consultar en: Organisation for Economic Co-operation and Development, Council, Unclassified, Roadmap for the accession of Colombia to the OECD convention, C (2013) 110/FINAL, 24-sept-2013, disponible en: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=c%282013%29110/final&doclanguage=en>



los Acuerdos de Libre Comercio con Corea del Sur<sup>6</sup> y Costa Rica,<sup>7</sup> respectivamente, lo cual demuestra el constante crecimiento económico de Colombia, que, sin lugar a dudas, ayuda al desarrollo económico del mismo y, con un adecuado y eficiente modelo de distribución de recursos, brinda bienestar económico y social a sus ciudadanos.

Se hace evidente entonces la relación existente entre el campo económico y el campo legal, pues, el primero está sustentado por el segundo, y es la esfera normativa y legal, la encargada de realizar modificaciones al ordenamiento jurídico y a la normatividad interna, con el propósito, entre otros, de mejorar la economía.

El presente artículo es una adaptación de la investigación presentada para optar el título de abogado, por lo cual aborda, de manera resumida, el concepto de globalización económica y su relación con el desarrollo económico, que, con sus modelos y teorías, cumple un papel fundamental en el crecimiento de los países. Posteriormente, teniendo en cuenta que el enfoque de la investigación fue prevalentemente jurídico más que económico o econométrico, se hace mención al papel que cumple el derecho en relación al desarrollo económico y, finalmente, se hace un estudio del caso colombiano sobre los diversos cambios y adaptaciones normativas realizadas, como por ejemplo, el sistema económico acogido y los acuerdos regionales y tratados de libre comercio celebrados, los cuales dan cuenta de la relación y función del derecho respecto al desarrollo económico en contextos de globalización.

## 1. Globalización y Desarrollo Económico

Para iniciar, los conceptos de “globalización” y “desarrollo económico” se desarrollan a manera de marco terminológico para utilizarlos en el análisis objeto de este artículo.

En un diccionario económico, el concepto de globalización es: “un movimiento mundial hacia la integración económica, financiera, del comercio y las comunicaciones. Implica la apertura de una perspectiva local y nacionalista, hacia una perspectiva más amplia de un mundo interconectado e interdependiente, por medio de la libre transferencia de capitales, bienes y servicios a través de las fronteras nacionales”.<sup>8</sup>

6 República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto, *Por el cual se desarrollan los compromisos arancelarios adquiridos por Colombia en virtud del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea*, 1078, 30 de junio de 2016, [en línea], Disponible en: <http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=733>, consulta: 20 de agosto de 2016.

7 República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto, “Por el cual se desarrollan los compromisos de acceso a los mercados adquiridos por Colombia en virtud del *Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica*”, 1231, 29 de julio de 2016, [en línea], Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201231%20DEL%2029%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>, consulta: 20 de agosto de 2016.

8 Business Dictionary, s.v “globalization”, sitio web *BusinessDictionary*, [en línea], disponible en: <http://>



Éste según Rosenau, es un fenómeno antiguo que surgió más o menos entre el paso de la Edad Media y la modernidad, años 1500-1600, el cual constituye una ruptura de fronteras, donde se pasa de lo local a lo global,<sup>9</sup> y que, con el pasar del tiempo y los avances tecnológicos, se ha ido fortaleciendo cada vez más.

Por su lado, el concepto de desarrollo económico, a pesar de ser universal, tiempo atrás, la concepción del mismo variaba entre estudiantes y académicos. Por un lado, para los estudiantes de países desarrollados, éste era definido como un proyecto de ajuste técnico y manejo económico; mientras que, para los estudiantes de países en vía de desarrollo, consistía en una lucha política nacional e internacional. Así mismo, para los teóricos del “Norte”, significó el ajuste de las sociedades en vía de desarrollo a axiomas económicos de validez universal, donde todo era permitido para lograr el desarrollo; mientras que para los teóricos del “Sur”, significó la realización de preguntas generales sobre las teorías políticas, económicas y sociales, que debían ser tratadas y consideradas en todas las sociedades, sin importar el lugar ocupado en el sistema global.<sup>10</sup>

No obstante, el concepto se popularizó y se fortaleció después de la II Guerra Mundial, debido al debate político y académico en torno a cómo solucionar la pobreza y el atraso de los países del Tercer Mundo y de los países recién independizados.<sup>11</sup> Es así, como el concepto de desarrollo económico en el contexto de la globalización económica, conllevó a la creación de teorías para promover el mismo en los países que carecían de este, especialmente, en términos de comercio internacional y crecimiento económico.

En esta primera sección, se hará pues mención de las principales teorías formuladas con relación al desarrollo económico, así como del papel que cumplió el derecho, como sistema jurídico, en la implementación de las mismas.

---

[www.businessdictionary.com/definition/globalization.html#ixzz3iThbuMR](http://www.businessdictionary.com/definition/globalization.html#ixzz3iThbuMR), consulta: 22 julio de 2016. (T. del A.)

- 9 David Held, Antony McGrew, “The Great Globalization Debate: An Introduction”, en David Held, Antony McGrew ed., *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, 2 ed, Cambridge, United Kingdom, Polity Press, 2002
- 10 David Kennedy, “Laws and Developments” en: John Hatchard & Amanda Perry-Kessaris (eds.), *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century*, London: Cavendish, 2003, p 2 (T. del A.)
- 11 H. W. Arndt, *Economic development: the history of an idea*, citado en: Joel R. Paul, estudio preliminar Helena Alviar García, “La búsqueda del desarrollo”, en: *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto pensar, 2006, p 17.



## 1.1 Principales corrientes teóricas del desarrollo económico en contextos de globalización

En la historia reciente han predominado ciertas teorías enfocadas al desarrollo económico, las cuales surgen con la necesidad de recuperación de los países después de las guerras mundiales y los procesos de descolonización.

La primera teoría relevante fue el Liberalismo Clásico, que predominó hasta la década del 50 del siglo XX, y sus máximos exponentes eran Adam Smith y David Ricardo. Ésta consideraba que el desarrollo económico se media a partir del crecimiento económico basado en el libre comercio, el cual se fundamentaba en la “ventaja comparativa.”<sup>12</sup>

Existía un cambio sin restricciones<sup>13</sup> permitiendo la integración comercial,<sup>14</sup> por lo cual el Estado se enfocaba en levantar las tarifas y trabas al comercio e impulsar la exportación de bienes producidos de manera eficiente. Su papel consistía en: sostener la administración de justicia, mantener el orden interno y proteger las fronteras nacionales. Se permitía la libertad individual y la competencia, y se respetaban las leyes de la oferta y la demanda para asignar y distribuir los bienes producidos por la misma sociedad.<sup>15</sup>

Adicionalmente, mediante el *Acuerdo Bretton Woods*,<sup>16</sup> se crean instituciones enfocadas al desarrollo económico y la consolidación de los mercados, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento -BIRF-, el Fondo Monetario Internacional -FMI- y el Banco Mundial, entre otros.<sup>17</sup>

Esta teoría se vio debilitada debido al escepticismo sobre los beneficios del libre mercado, junto con la creencia de que la mejor manera de obtener desarrollo era por medio de la industrialización, por lo que era el Estado quien debía intervenir para lograr el mismo.<sup>18</sup>

12 Modelo propuesto por David Ricardo, en donde una persona, empresa o país produce un bien utilizando menos recursos que el resto del mundo.

13 Las restricciones consistían en barreras arancelarias (impuestos a la importación), no arancelarias (cuotas de importación) y restricciones a la exportación (tope sobre la cantidad de exportaciones).

14 Joel R. Paul, estudio preliminar Helena Alviar García, “La búsqueda del desarrollo”, en: *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto pensar, 2006, p 22-23

15 J. R. Paul, *Op. Cit.*, p 23 y 24

16 Este Acuerdo integra las resoluciones de la conferencia monetaria y financiera de las Naciones Unidas, realizada entre el 1 y el 22 de julio de 1944 en Estados Unidos.

17 Frank J Garcia. "Global Justice and the Bretton Woods Institutions" *Journal of International Economic Law*, Vol. 10 (3), septiembre 2007, [en línea], disponible en: [http://works.bepress.com/frank\\_garcia/26/](http://works.bepress.com/frank_garcia/26/). consulta: 25 de agosto de 2016.

18 J. R. Paul, *Op. Cit.*, p 25



Es así como surgió la teoría del “liberalismo intervencionista” o “Modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones”, de ahora en adelante -ISI-. Este se implementó entre las décadas de 1950 y 1980, y sus máximos exponentes eran Raúl Prebisch, Gunnar Myrdal, Albert Hirschman y Sir Arthur Lewis, entre otros.<sup>19</sup>

Proponía que “los países en vía de desarrollo debían obtener algún nivel de industrialización antes de liberar totalmente sus fronteras; el crecimiento se obtiene a partir de la industrialización y la redistribución de recursos”.<sup>20</sup> Esto se dio después de observar, en el modelo anterior, que la mayoría de los países del Tercer Mundo exportaban básicamente productos agrícolas los cuales perdían valor frente a los bienes industriales.<sup>21</sup>

El Estado como máximo promotor intervenía directamente en los mercados, por lo cual su planificación para industrializar los mercados, consistió en la prohibición de importación de algunos productos y el aumento del nivel de los aranceles.<sup>22</sup> “La inversión extranjera era aceptada en la medida en que contribuía al proceso de industrialización, empero, era restringida en cuanto al acceso a los recursos naturales, infraestructura y servicios financieros”.<sup>23</sup> No obstante, se crearon Bloques como el “Mercado Común Centroamericano” y “Pacto Andino”, en los cuales se protegía el libre comercio entre los Miembros, pero, con medidas proteccionistas hacia el exterior, lo que se denominó “regionalismo cerrado”.<sup>24</sup>

Este modelo fue criticado, pues si bien se consideraba que la industrialización era fundamental en el desarrollo de los países, se pensaba que los medios por los cuales se obtenía, debían ser modificados.

Paralelamente, se implementó en algunos países la teoría de la dependencia o “developmental state”, basada en el proceso de industrialización de los países de Asia del Este y cuyos máximos exponentes fueron Fernando Enrique Cardoso y Enzo Faletto.<sup>25</sup>

---

19 *Ibíd, Op. Cit.*, p 26

20 *Ibíd.*

21 En palabras de Prebisch:” no es lo mismo exportar productos primarios que exportar manufacturas”.

22 Eric Tremolada Álvarez, editor, “*Repensando la integración y las integraciones*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p 131

23 José Antonio Ocampo, *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*, [en línea], disponible en: [http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUD\\_Ocampo-final.pdf](http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUD_Ocampo-final.pdf), p. 7, consulta: 26 de agosto de 2016

24 *Ibíd.*

25 *Ibíd.*



El Estado, en lugar de seguir la fuerza del mercado, debía tener un rol central en el desarrollo económico.<sup>26</sup> Su papel era liderar el proceso mediante medidas radicales, en las cuales la distribución de recursos, en especial de la tierra, se hacía de manera universal y generalizada. Se creó la clase empresarial y se diseñaron políticas industriales y proteccionistas.<sup>27</sup> Adicionalmente, debido a la desigualdad histórica de las relaciones económicas, para evitar la dependencia de los países industrializados, se crearon relaciones de intercambio con países con características históricas y de desarrollo afines,<sup>28</sup> creando un blindaje por parte del Estado respecto a las demás relaciones con los países.<sup>29</sup>

En consecuencia, el papel del Estado, preponderante y arbitrario, llevó a que el desempeño económico y las políticas de sustitución de importaciones fueran ineficientes,<sup>30</sup> lo que conllevó al surgimiento de nuevas propuestas para alcanzar el desarrollo.

Es así como en la década del 80, surgió la teoría de las reformas de mercado, con la necesidad de una reestructuración macroeconómica para eliminar la inflación e inestabilidad de la etapa anterior.<sup>31</sup> El eje se desplazó al pensamiento de las economías industriales y surge el decálogo del “Consenso de Washington” en 1989,<sup>32</sup> el cual buscaba el desarrollo institucional,<sup>33</sup> a través del libre mercado y la reducción del rol del Estado en la economía.<sup>34</sup>

La liberalización del mercado se hizo a través de reformas como: la búsqueda de los precios correctos, bajos niveles de inflación, liberalización financiera, desmonte de barreras de inversión extranjera, privatización de empresas, desregulación salarial e inversión privada en los sectores de servicios públicos y domiciliarios.<sup>35</sup>

---

26 Robert Gilpin, *Global*

27 *Ibíd.* (T del A.)

28 J. R. Paul, *Op. Cit.*, p 28

29 R Gilpin, *Op. Cit.*, 319.

30 J. R. Paul, *Op. Cit.*, p 29

31 R. Gilpin, *Op. Cit.*, p 333. (T. del A.)

32 Fue propuesto por John Williamson y consistió en un listado de diez medidas económicas, “sugerencias”, que debían adoptar los países de América Latina para enfrentar la crisis de la deuda y sus restricciones al crecimiento.

33 J. A. Ocampo, *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*, *Op. Cit.* p 11.

34 R. Gilpin, *Op. Cit.*, p 315 (T. del A.)

35 J. A. Ocampo, *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*, *Op. Cit.* p 12 y 14



Finalmente, en la década del 90, las ideas del liberalismo clásico son replanteadas dando surgimiento al “neoliberalismo” basado en el capitalismo. Sus primeros exponentes fueron: Friedrich August von Hayek y Milton Friedman.

Se basa en las ideas de liberalización comercial, pero con una implementación más fuerte y radical, conllevando a la apertura económica de los países. Ésta considera el libre comercio el principal promotor del desarrollo de una nación, por lo cual limita, hasta su mínima expresión, el papel del Estado. Éste debe entonces promover las exportaciones, consolidar Tratados de libre comercio y mejorar las relaciones comerciales entre los países.<sup>36</sup> Así mismo, busca privatizar las empresas y los servicios, liberar el mercado y el comercio y reducir el gasto público con fines sociales.<sup>37</sup>

Sin embargo, ésta teoría es criticada, pues al estar basada en el capitalismo, es considerada incapaz de ocuparse del conflicto que éste genera, así como de reducir la pobreza.<sup>38</sup>

En esta sección, se han presentado de manera general, las diversas teorías para el desarrollo económico de los países, las cuales, con sus diferencias y similitudes, definen el papel del Estado en cuanto a la promoción y alcance del mismo. Así mismo, los sistemas económicos aquí planteados, entendidos como “un conjunto de instituciones y de procesos que sirven para generar o inducir conductas por parte de los agentes que actúan en una economía, [...] son en rigor sistemas normativos, en el sentido de que están constituidos básicamente por normas o reglas de organización y conducta”,<sup>39</sup> por lo cual el papel del gobierno y los sistemas económicos a adoptar, están directamente determinados por los sistemas jurídicos de cada país.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario establecer la naturaleza de la relación entre derecho y desarrollo económico en contextos de globalización, y es en la siguiente sección que se determinará la existencia de dicha fórmula, así como sus características e implicaciones.

---

36 J. R. Paul, *Op. Cit.*, p. 30

37 Rémy Herrera, *La teoría económica neoliberal y el desarrollo*, Revista MR, vol. 58, n° 1, mayo de 2006, pp. 38-50, [en línea], Traducción de Marco Aurelio Galmarini, disponible en: [http://iepala.es/IMG/pdf/La\\_teoría\\_económica\\_neoliberal\\_y\\_el\\_desarrollo-Remy\\_Herrera.pdf](http://iepala.es/IMG/pdf/La_teoría_económica_neoliberal_y_el_desarrollo-Remy_Herrera.pdf), consulta: 10 de septiembre de 2016.

38 *Ibíd.* p 65

39 Germán Coloma. "Las funciones económicas del derecho" *Problemas del Desarrollo* Vol. 32 Núm. 126, México (2001), [en línea], Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/funciones.pdf>, consulta: 14 de septiembre de 2016.



## 1.2 Retos jurídicos de la implementación del desarrollo económico en contextos de globalización

Para establecer la naturaleza de la relación entre derecho y desarrollo económico, se debe tener en cuenta que es una “reflexión relativamente poco explorada desde el marco propio de cada disciplina”,<sup>40</sup> no obstante, han sido varios los actores nacionales e internacionales que han demostrado interés en dicha relación bajo la premisa de que “es importante conformar un marco legal jurídico que posibilite el progreso económico.”<sup>41</sup> Es así como en la teoría y en la experiencia histórica, han existido diversas maneras de relacionar estos dos conceptos, por lo cual, no existe un modelo universal o una “guía” que ayude a entender la relación sugerida.<sup>42</sup>

El contacto inicial entre los dos campos de estudio se dio en 1950, época en la cual había abogados interesados en el desarrollo y teóricos del desarrollo interesados en el derecho. Así, y para resolver los problemas del Tercer Mundo, las agencias de desarrollo comenzaron a pedir asistencia a los abogados, preocupándose por la normatividad y su alcance en estos países.<sup>43</sup>

Luego en 1960, se materializó la relación anteriormente descrita y surgió el “Movimiento Derecho y Desarrollo”,<sup>44</sup> el cual no sólo buscaba capacitar a profesores y alumnos sobre dicha relación, sino que además disponía políticas de ayuda para el desarrollo, brindadas por el Gobierno de Estados Unidos hacia países de África, Asia y América Latina.<sup>45</sup>

Igualmente, el carácter universal del desarrollo, conllevaba un inevitable y evolutivo proceso de diferenciación social, por lo cual se comenzó a trabajar el concepto

---

40 Germán Burgos Silva, *El derecho y su impacto en el desarrollo, líneas analíticas dominantes*, Centro de investigaciones socio-jurídicas de la facultad de derecho de la universidad libre, Estado, derecho y territorio, Diálogos de saberes, Bogotá, julio-diciembre de 2009, [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3224919.pdf>, consulta: 12 de septiembre de 2016.

41 G. Burgos, *Op. Cit.*

42 Germán Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional*, Revista de economía institucional, Vol. 4, No. 7, Bogotá, Jul-Dic 2002, [en línea], disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962002000200010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962002000200010), consulta: 12 de septiembre de 2016.

43 David M. Trubek and Marc Galanter, *Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the united states*, Wisconsin Law Review 1062, 1974, p. 1066 (T. del A).

44 Conjunto de prácticas para integrar el uso de las Leyes como medio de transformación socioeconómica.

45 G. Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional*, Op, Cit.



de “Modernización”, que buscaba transformar socialmente a los países en vía de desarrollo para que alcanzaran un desarrollo que tenía como modelo el del Primer Mundo.<sup>46</sup> Para esto, se establecieron en los países del Tercer Mundo, instituciones jurídico-políticas, provenientes de los países desarrollados, así como la adopción de leyes y códigos derivados de estos países.<sup>47</sup>

El derecho era utilizado como instrumento para la reforma social, estableciendo metas y objetivos socioeconómicos para lograr el cometido.<sup>48</sup> Por lo tanto, jueces y abogados eran considerados “ingenieros sociales”, pues promovían el desarrollo político y económico, logrando una transformación social.<sup>49</sup>

Más adelante, en los años 70, surgió una teoría mixta llamada “legalismo liberal”, en la que se mezclaban las ideas de la ingeniería social con el concepto de Estado de Derecho. Se pensaba que un sistema legal moderno era esencial para el desarrollo; por lo que tenerlo ayudaría a conseguir una democracia liberal, que junto al Estado de Derecho restringiría la acción arbitraria grupos y los programas se hicieron insostenibles.<sup>50</sup>

Posteriormente, a finales de la década del 80, en el contexto del fin de la guerra fría y el colapso del comunismo y la Unión Soviética, resurgió la necesidad de entablar la relación, ya que se requería asistencia externa para la reforma legal y judicial que necesitaban los países.<sup>51</sup> Se creó pues un movimiento para ayudar a los países en vía de desarrollo a ingresar al orden económico internacional, en el cual el comercio y la inversión eran libres y se gozaba de la existencia de sistemas jurídicos confiables.<sup>52</sup>

Este nuevo movimiento se construyó a partir del “proyecto de democracia” basado en los derechos humanos y la Nueva Economía Institucional -NEI-.<sup>53</sup> El enfoque migró entonces

---

46 *Ibid.*

47 Germán Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, Centro de investigaciones socio-jurídicas de la facultad de derecho de la universidad libre, Estado, derecho y territorio, Diálogos de saberes, Bogotá, 2010, disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo%204.pdf>, consulta: 10 de septiembre de 2016.

48 G. Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional*, *Op. cit.*

David M. Trubek, *Law and development*, [en línea], disponible en: <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/lad.pdf>, consulta: 10 de septiembre de 2016 (T. del A.).

50 G. Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, *Op. Cit.*, p. 3

51 D. M. Trubek, *Op. Cit.* (T. del A.).

52 J. Linarelli, *Op. Cit.* (T. del A.).

53 Propuesta por Douglas North, Ronald Coase y Oliver Williamson. Se debían crear instituciones que



hacia el desarrollo y crecimiento económico por medio de las instituciones,<sup>54</sup> y el sistema jurídico pasó de establecer objetivos socioeconómicos, a establecer las reglas del juego para la acción económica; donde las normas se convierten en incentivos que favorecen los comportamientos eficientes y la estructura de precios se vuelve fundamental para el funcionamiento del mercado.<sup>55</sup>

Se comienza a garantizar la propiedad privada y la ejecución judicial de los contratos públicos y privados. El derecho deja de ser un instrumento del Estado y se convierte en su propio límite en el ámbito económico,<sup>56</sup> y por medio de las instituciones y el Estado de Derecho, se vuelve más predecible y establece el comportamiento económico.<sup>57</sup>

Adicionalmente, la relación propuesta se vio nuevamente evidenciada en el Nuevo Orden Económico,<sup>58</sup> pues al disponer que los Estados tenían el derecho y el deber de implementar el desarrollo de cierta forma que promoviera el orden económico internacional, provocó el surgimiento de la Declaración del Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986. Este derecho es catalogado de tercera generación y es caracterizado como un derecho de grupo. Sin embargo, no es una norma vinculante por lo que hace parte del grupo de “*soft law*”.<sup>59</sup>

Hoy en día, el panorama es distinto ya que el concepto de desarrollo es más completo y tiene un enfoque más amplio, pues abarca el desarrollo humano y sus capacidades.<sup>60</sup> En este contexto, se busca implantar un gobierno eficiente, donde opere el Estado de Derecho y se refuercen los Derechos Humanos, por lo que se establece el derecho como algo fundamental para el desarrollo, pues “el mercado se apoya en un conjunto de acuerdos

---

protegerían los derechos de propiedad y reducirían los costos de transacción mediante la proporción de medios creíbles y eficientes para la ejecución de los contratos.

54 J. Linarelli, *Op. Cit* (T. del A.)

55 G. Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional, Op. Cit.*

56 *Ibíd.*

57 G. Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional, Op. Cit.*

58 Establecido en 1974 por el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación.

59 Alicia Chicharro, *el carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible*, [en línea], disponible en: <http://congresoreedes.unican.es/actas/PDFs/69.pdf>, consulta: 28 de agosto de 2016

60 J. Linarelli, *Op. Cit* (T. del A.)



legales, formales e informales, y el Estado de Derecho es una colección de distribuciones respaldadas por la Ley”.<sup>61</sup>

Esta relación permite entonces “crear condiciones institucionales favorables para la acumulación privada, integrar las metas socioeconómicas y promover cambios deseados por el Estado”.<sup>62</sup> No obstante, estas características sólo se pueden dar en un contexto con condiciones específicas, pues de lo contrario, pueden producir inequidad e ineficiencia.<sup>63</sup> Es por esto que es menester tener en cuenta no sólo las condiciones culturales y sociales de los países, sino también sus características internas para la creación de políticas orientadas al desarrollo.<sup>64</sup>

Otro de los asuntos novedosos de la relación, es que tanto el desarrollo como el derecho tienen objetivos diferentes a los tradicionales. Por un lado, a nivel interno de los países, alcanzar el desarrollo requiere una formalización del derecho y la eliminación de la corrupción. La formalización, es necesaria para la transparencia, la información y el establecimiento de precios, lo que inspira seguridad y confianza a los actores económicos. Por su parte, la eliminación de la corrupción, evita que los recursos se malgasten, promueve una eficiente distribución de recursos y brinda igualmente seguridad y confianza a la sociedad.<sup>65</sup> Entre tanto, las principales funciones del derecho son: elaboración de normas de carácter general y abstracto por una institución especializada, transparente, independiente y eficiente, enunciación de un derecho contractual que asegure la libertad de los contratantes y mantenga las expectativas de los actores privados, y la restricción de la intervención económica directa del Estado por medio del sometimiento a un marco jurídico previo.<sup>66</sup>

A nivel internacional, esta relación constituye uno de los temas de la Agenda de Cooperación y Reforma Institucional del mundo en desarrollo,<sup>67</sup> donde actores nacionales e internacionales, reconocen y apoyan la conformación de instituciones para el desarrollo económico, político

61 D. Kennedy, *Op. Cit.* p. 13, (T. del A.)

62 G. Burgos Silva, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional*, *Op. Cit.*

63 G. Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, *Op. Cit.* p. 4

64 J. Linarelli, *Op. Cit.* (T. del A.)

65 D. Kennedy, *Op. Cit.* p. 9, (T. del A.)

66 G. Burgos Silva, *El derecho y su impacto en el desarrollo, líneas analíticas dominantes*, *Op. Cit.* 14

67 *Ibid.* p 21



y social.<sup>68</sup> Finalmente, en el contexto de la globalización, en cuanto al desarrollo económico, “el rol del derecho y el sistema jurídico se basa en el establecimiento de la “gobernanza global”,<sup>69</sup> la cual es necesaria para la atracción de inversión nacional y extranjera. Se busca pues, la efectividad de la administración de la justicia, el manejo eficiente de los casos y el aumento del acceso a la justicia mediante la construcción de mecanismos alternativos de solución de controversias”.<sup>70</sup>

En este escenario, y teniendo en cuenta lo desarrollado en este acápite, se hace evidente que no existe un consenso teórico-práctico en cuanto al tipo de relación entre los conceptos de desarrollo y derecho, pues para algunos la relación es de instrumentalización, para otros de interdependencia y para otros de dependencia. Así mismo, el marco legal se ha usado como instrumento para el desarrollo, como incentivador del desarrollo y/o como una realidad neutra. Debido a esto, se afirma entonces que el tipo de relación obedece a diversas formas dependiendo de las necesidades y el contexto de los países y que ha gozado de mayor o menor fuerza dependiendo del momento histórico que se considere.<sup>71</sup>

Con el fin de profundizar en el análisis, se hace pertinente utilizar algunos de los conceptos expuestos de manera general en esta sección, a la luz de establecer casos concretos. El caso colombiano permite realizar un estudio en este sentido y constituirá el tema central de la siguiente sección.

## 2. Colombia, caso de estudio en la relación entre el desarrollo y el derecho

Después de haber establecido en el capítulo anterior las generalidades de la relación entre globalización y desarrollo económico, junto con las diversas teorías que los Estados adoptan para lograr el mismo, haciendo especial énfasis en el papel que tiene allí el derecho, se considera relevante analizar el caso de Colombia, debido a que es un claro ejemplo de los efectos que genera la globalización en términos de desarrollo económico, en cuanto a la relación con el derecho, específicamente en la reestructuración y modificación de las disposiciones internas; teniendo siempre en cuenta la capacidad de cambio y adaptación no sólo económica, sino social de los Estados.

68 G. Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, Op. Cit., p 13

69 Cooperación de actores internacionales, los cuales administran, manejan o solucionan un determinado tema o problema de interés global.

70 D. M. Trubek, Op. Cit. (T. del A.)

71 G. Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, Op. Cit. p 11



Colombia, como diversos países, ha sido parte del proceso de transformación al cual han sido sometidos los Estados debido a la globalización y el acelerado “crecimiento” de esta. Estos, para evitar la desconexión del mundo y buscar una participación activa en los diferentes escenarios globales, han adoptado instituciones, teorías y modelos de desarrollo económico, provenientes de países desarrollados, con miras a obtener los mismos resultados. Así mismo, han reestructurado sus ordenamientos y han buscado, de diversas maneras, aumentar el bienestar social y económico de su comunidad.

En el caso de Colombia, estos esfuerzos no han sido en vano, pues hoy en día, según el Índice Global de Innovación 2016,<sup>72</sup> Colombia ocupa el 5° lugar en la región y el puesto 63 en el *ranking* global. Sin embargo, a pesar de la fortaleza de los fundamentos de su economía,<sup>73</sup> la existencia de factores internos y externos, como el desplome de los precios del petróleo, la reciente apreciación del dólar y el conflicto armado, corresponden a situaciones que generan fragilidad en las economías avanzadas y emergentes, lo que hace que estas últimas, especialmente, presenten desaceleración en el crecimiento y desarrollo.<sup>74</sup>

En este capítulo, se abordarán las teorías de desarrollo económico adoptadas por Colombia a lo largo de la historia, las cuales incluyen como herramientas, dependiendo del contexto y las necesidades, políticas públicas y modelos económicos específicos. Seguido a esto, se hará una revisión del rol del derecho en la adopción de dichas teorías, lo que corresponde a creaciones y modificaciones del ordenamiento jurídico colombiano, enmarcadas en la era de la globalización.

## 2.1 Políticas públicas para el desarrollo económico y sistema económico colombiano

Colombia, como la mayoría de países con economías emergentes, ha adoptado diversas teorías o modelos económicos con el fin de adaptarse a los cambios históricos y contrarrestar los efectos que estos producen. Como se verá en esta sección, en algunos casos, se adoptaron teorías específicas, pero en otros, se optó por una mezcla de las mismas, según las características y necesidades de cada época.

72 Índice que realiza Johnson Cornell University, The Business School for the World -INSEAD- y World Intellectual Property Organization -WIPO-. Este indicador mide la inversión en ciencia, tecnología e innovación y analiza la sofisticación de mercados, infraestructura y producción con valor agregado, entre otros.

73 Colombia en el 2010, pasó de ser catalogado como un país de renta media baja a un país de renta media alta debido al crecimiento del PIB per cápita.

74 Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*, Presidente Juan Manuel Santos, Tomo 2, p. 940.



A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, bajo el modelo del liberalismo clásico, Colombia consolidó una política exportadora de gran alcance, la cual se basaba principalmente en la exportación de café y materias primas, lo que constituía su ventaja comparativa. Sin embargo, el Estado, en su función de proteger las fronteras nacionales, creó una serie de medidas consistentes en el aumento de aranceles sobre los productos finales y la reducción de los mismos sobre las materias primas. Los recursos obtenidos de las exportaciones y los aranceles, permitió entonces al Estado ser el protagonista de la ampliación del mercado interno y dar inicio al desarrollo industrial a través de la construcción de una red extensa de carreteras y la ampliación de la vía férrea.<sup>75</sup>

No obstante, esta política se vio debilitada con la crisis económica mundial de 1929. En consecuencia, se dificultó continuar con las exportaciones, así como con la importación de productos para el consumo interno, por lo cual, teniendo como base el liberalismo, se hizo necesario un replanteamiento del papel del Estado, el cual pasó de ser neutro respecto a la economía, a un papel intervencionista dedicado a tomar control sobre las bases de producción y la distribución económica por medio de la creación de bancos centrales, juntas reguladoras y el control de precios.<sup>76</sup>

En los años 30, con el inicio de la industrialización en Colombia a través de la industria manufacturera, especialmente con la producción de bienes de consumo, las medidas proteccionistas estuvieron enfocadas en evitar la competencia contra el sector textil, aumentando la protección del mercado y de la industria del país.<sup>77</sup>

Entre tanto, la II Guerra Mundial trajo nuevamente consecuencias negativas para la economía de los países debido a las restricciones del flujo comercial, reduciendo nuevamente el intercambio de bienes y las importaciones de materias primas.<sup>78</sup>

Esta situación, junto con las medidas proteccionistas del Estado, desestimuló en gran medida las exportaciones, por lo cual, a finales de la década del 50, bajo el gobierno de la Junta Militar, se creó un modelo mixto, en el cual se emplearon mecanismos para promover las

---

75 Humberto Franco González, *Modelos de crecimiento y de desarrollo económico en Colombia 1960-2010: cincuenta años de teoría y evidencia empírica*, impreso por L. Vieco S.A.S, 2012, p. 205

76 Roberto Gargarella, "El constitucionalismo a mediados del siglo XX y el retorno de la cuestión social", en: *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina*, Buenos Aires: Katz, 2014, p 199

77 Luis Jorge Garay, *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*, Biblioteca Virtual del Banco de la República, 2004, [en línea], disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industriatina/041.htm>, consulta: 15 de septiembre de 2016.

78 *Ibíd.*



exportaciones, aumentando la exportación manufacturera<sup>79</sup> y la expansión de la agricultura no cafetera.<sup>80</sup>

Posteriormente, en 1966, en el gobierno de Lleras Restrepo, y como estrategia de recuperación y crecimiento económico, se implementó en el país el modelo ISI para proteger la producción interna e industrializar el país.<sup>81</sup> Se empieza entonces, a través de la conformación de una base obrera industrial, a reemplazar las manufacturas que las economías centrales no podían producir. Se comenzó pues con la producción de bienes de consumo,<sup>82</sup> luego bienes intermedios<sup>83</sup> y finalmente bienes de sustitución tardía.<sup>84</sup> Al mismo tiempo, con el fin de limitar las importaciones, se crearon restricciones cuantitativas (cuotas de importación y licencias previas) y se aumentaron los aranceles.<sup>85</sup>

Años más tarde, en el gobierno de Betancur Cuartas, la economía se vio nuevamente afectada debido a la crisis de la deuda externa de los países latinoamericanos, que, junto a las fallas de la política económica del momento, hizo que Colombia entrara en un período de reestructuración industrial, donde el Estado era el principal promotor del desarrollo económico. Esta época consistió en la disminución del gasto público, la devaluación real del peso, el perfeccionamiento de instrumentos de promoción de exportaciones y el debilitamiento parcial de algunos mecanismos de protección. Sin embargo, esto no fue suficiente, y a finales de la década del 80, en el gobierno de Barco Vargas, se comenzó a hablar nuevamente de la importancia de la liberalización económica junto con la ejecución de un programa de apertura gradual.<sup>86</sup>

Es así como a principios de la década del 90, luego de las diversas crisis económicas, junto con la acentuación de la globalización, Colombia buscó el desarrollo a través de acciones

---

79 Exportación de aceites, pulpa, papel, aluminio y acero, así como confecciones y productos del cuero. Las exportaciones de productos agropecuarios, forestales, combustibles y minerales, constituyeron entre el 95 y 99% de las exportaciones totales.

80 José Antonio Ocampo, *Un futuro económico para Colombia*, Alfaomega, 2001, [en línea], disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6194/colombiafuturo2.pdf>, p 20, consulta: 26 de agosto de 2016.

81 L. J. Garay, *Op. Cit*

82 Productos alimenticios, bebidas, tabacos, vestuario, calzado, muebles, entre otros.

83 Textiles, cauchos y minerales no metálicos.

84 Papel, productos químicos, derivados del petróleo y el carbón, así como metales básicos, entre otros.

85 H. Franco González, *Op. Cit.* p. 213-214

86 L. J. Garay, *Op. Cit*



orientadas no sólo a la liberalización, sino también a brindar servicios sociales a grupos más amplios de personas y a profundizar la democracia. Sin embargo, fue un reto ambicioso ya que, para lograr el desarrollo de la sociedad, no sólo se debía modernizar la economía, sino también, hacerla compatible con la equidad social y la democracia, objetivo que, en el contexto colombiano,<sup>87</sup> fue complicado.<sup>88</sup>

Es entonces como en el gobierno de Gaviria Trujillo, sobre la base de que el modelo ISI se había vuelto un obstáculo al desarrollo económico<sup>89</sup> y con el objetivo de lograr una mayor y mejor inserción del país al escenario internacional, se adoptó el modelo de “apertura económica” por medio del cual se planteó la liberalización de importaciones<sup>90</sup> y la promoción de Acuerdos de Integración Comercial. Además, se comenzó un proceso de privatización de servicios y empresas estatales, se permitió el acceso directo e igualitario a la inversión extranjera, se flexibilizó la actividad financiera y se iniciaron reformas al mercado de trabajo y de capitales.<sup>91</sup> No obstante, la liberalización no fue absoluta pues paradójicamente, las medidas regulatorias aumentaron un 47%,<sup>92</sup> sin embargo, se logró un significativo crecimiento económico del país.<sup>93</sup>

En el ámbito político, en el contexto de las negociaciones de desmovilización de grupos guerrilleros, como el M-19, un grupo de estudiantes que se hicieron llamar “la séptima papeleta”, y la posterior convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, se logró expedir la nueva Constitución Política de 1991.<sup>94</sup> Ésta no sólo modificó la función del Estado<sup>95</sup>

87 Desigualdades sociales, incapacidad de los sistemas políticos de canalizar las demandas sociales, falta de conciencia de lo “público”, el narcotráfico y la fragmentación del poder sin mecanismos apropiados de gobernabilidad democrática.

88 J. A. Ocampo, *Un futuro económico para Colombia*, *Op. Cit.* p. 2

89 La economía cerrada generó precios altos, baja calidad de los productos y pocos incentivos para la innovación.

90 Por medio de la reducción gradual de los aranceles, la eliminación de las restricciones cuantitativas y las licencias de importación.

91 L. J. Garay, *Op. Cit.*

92 Jorge García, García, *Et. al, Una visión general de la política comercial colombiana entre 1950 y 2012*, abril 30 de 2014, Borrador de economía Núm. 817, Banco de la República de Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be\\_817.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_817.pdf), consulta: 15 de septiembre de 2016.

93 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*, OECD Publishing, 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>, consulta: 17 de agosto de 2016.

94 Universidad de Antioquia, “Antecedentes y contexto del surgimiento de la Constitución de 1991”, *Formación ciudadana y constitucional, facultad de derecho, vicerrectoría de docencia*, [en línea], 2003, disponible en: <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/antecedentes.html>, consulta: 28 de septiembre de 2016.

95 Se pasó de un Estado intervencionista, a promover la participación del sector privado en la economía.



sino que también promulgó los derechos económicos, sociales y culturales, así como los mecanismos para asegurarlos y protegerlos.<sup>96</sup>

La “nueva Carta”, no establece un modelo económico específico o una teoría de desarrollo a seguir, en consecuencia, admite diversas políticas públicas,<sup>97</sup> siempre y cuando estén dentro de los límites constitucionales.<sup>98</sup> Sin embargo, fundamenta la economía en los principios de libertad económica y de empresa, la sana competencia y el respeto de la propiedad privada. Para esto establece un sistema nacional de planeación y desarrollo, distribuye territorialmente competencias y recursos<sup>99</sup> impulsa y orienta la integración comercial, especialmente Latinoamericana, y promueve la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas.<sup>100</sup>

Hoy en día, la búsqueda del desarrollo económico, no es una tarea exclusiva del Estado, por el contrario, es un trabajo que se hace en cooperación con diversos organismos públicos, así como a través de alianzas público-privadas.<sup>101</sup> Esto hace que el desarrollo no sólo se busque mediante estrategias del gobierno de turno, sino también por medio de Leyes, políticas económicas y sociales y documentos CONPES como se explicará en las próximas líneas.

A nivel de gobierno, por mandato constitucional, éste debe realizar un “Plan Nacional de Desarrollo” -PND-, en el cual dispone los lineamientos a trabajar durante su periodo presidencial.<sup>102</sup> El actual PND “Todos por un nuevo país”, de Juan Manuel Santos, tiene como pilares fundamentales incrementar la productividad y competitividad de las empresas

---

Hoy en día es un Estado Social de Derecho, encargado de promulgar políticas públicas y regulaciones, de supervisar y controlar.

96 Estos se encuentran en el título II, capítulo 2 y 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

97 Conjunto de acciones planeadas, ejecutadas y evaluadas por actores públicos y privados que, a partir de demandas sociales, estructuran un conjunto de planes y proyectos para mitigar o erradicar problemas de interés general.

98 Luis Eduardo Pérez, Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre los derechos y políticas públicas*, 2da Edición, Bogotá, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2012, p. 27.

99 Carlos Jorge Caicedo, *Políticas e instituciones para el desarrollo económico territorial en América Latina y el Caribe, caso Colombia*, Publicación de las Naciones Unidas, CEPAL, Serie Desarrollo territorial N° 3, Santiago de Chile, julio de 2008, [en línea], disponible en: <http://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/4/33874/sdt3.pdf>, consulta: 20 de septiembre de 2016.

100 Lineamientos establecidos en el preámbulo y artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

101 El régimen de estas alianzas lo establece la Ley 1508 de 2012.

102 Dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Política de Colombia.



colombianas a partir de la diversificación del aparato productivo, así como la solución de desafíos sociales, a través de la ciencia, tecnología e innovación.<sup>103</sup>

Estos pilares están enfocados al desarrollo del país, por lo cual, existen diversas políticas públicas orientadas a lograr dichos objetivos, entre las cuales se encuentran la Política Exterior, Política Comercial y Política de Desarrollo Productivo.

La Política Exterior, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, se enfoca en la consolidación y fortalecimiento de instituciones y políticas que, a su vez, respondan al ritmo de los cambios que se perfilan en el sistema internacional, haciendo énfasis en el crecimiento y competitividad, igualdad de oportunidades y consolidación de paz, para lograr una mayor integración regional. Así mismo, busca fomentar las relaciones bilaterales y profundizar aquellas con los socios tradicionales y estratégicos del país.<sup>104</sup>

Por su parte, la Política Comercial, en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “está encaminada a identificar nuevas e innovadoras iniciativas para que las exportaciones crezcan,<sup>105</sup> aumentando la proporción de exportaciones de valor agregado preferiblemente en sectores ganaderos de empleo y aprovechando nuevos acuerdos comerciales y mercados de destinos”.<sup>106</sup>

Finalmente, la Política de Desarrollo Productivo, propuesta mediante documento CONPES, la cual se encuentra a la espera de ser aprobada en la actualidad, nace debido a la existencia de problemas en cuanto a la productividad, lo que dificulta alcanzar el crecimiento y desarrollo deseado. Esta política, de ser aprobada, propone un conjunto de instrumentos para resolver las fallas del mercado y de gobierno, por medio del aumento de la actividad innovadora y el impulso de emprendimiento para aprovechar la transferencia de conocimiento y tecnología, conduciendo así, a la sofisticación del aparato productivo colombiano.<sup>107</sup>

---

103 República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”, Presidente Juan Manuel Santos, Aprobado por la Ley 1753 de 2015, Tomo 1 y 2.

104 Página web del Ministerio de Relaciones Exteriores, disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/internacional>, consulta: 30 de agosto de 2016

105 En el año 2015, los productos que más se exportaron fueron: petróleo crudo (36%), hullas (11,9%), café, (7,2%), flores y capullos (3,6%), petróleo refinado (3,6%) y Bananos (3,1%). Así mismo, a los países que más se exportó fueron: Estados Unidos. (27,6%), Panamá. (6,7%), China. (6,3%), España (4,4%), Países Bajos. (4,2%) y Ecuador (4%).

106 Página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, disponible en: <http://www.mincit.gov.co/mincomercioexterior/index.php>, consulta: 30 de agosto de 2016

107 El borrador del Documento, con fecha para discusión 21 de junio de 2016, se puede consultar en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Documents/Pol%C3%ADtica%20nacional%20de%20desarrollo%20productivo.%20Vdiscusi%C3%B3n.pdf>



Finalmente, el Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES-, como organismo asesor del Gobierno, elabora conceptos técnicos, los cuales, en algunos casos, terminan siendo políticas públicas enfocadas al desarrollo del país.<sup>108</sup> Algunos ejemplos de CONPES que han promovido el desarrollo económico son: CONPES 2968, el cual consagra un “nuevo enfoque de la cooperación internacional”;<sup>109</sup> CONPES 3135 sobre “lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera”;<sup>110</sup> CONPES 3527 sobre el “Plan Nacional de Competitividad y Productividad”;<sup>111</sup> y CONPES 3771 sobre “estrategia de promoción de la inversión extranjera directa colombiana en el exterior”.<sup>112</sup>

Teniendo en cuenta lo tratado en este acápite, se puede concluir que, en Colombia, la perpetua búsqueda de desarrollo se hace evidente en la constante adopción de teorías para lograr el cometido. Esto ha hecho inevitable no sólo la alteración de las disposiciones internas del país, sino también el papel del Estado en cuanto a las mismas, pues no sólo la realidad y el contexto en el que se piensan y se adoptan son variables sino también las características propias de las teorías requieren dichos cambios. En el siguiente acápite, se abordarán de manera más profunda, algunas de las modificaciones y creaciones jurídicas del ordenamiento colombiano en el contexto de la globalización.

## 1.2. Ejemplos de la relación entre Desarrollo Económico y Derecho

Como se ha indicado, han sido varias las medidas adoptadas y reformas legales fruto esfuerzo de Colombia por adaptar su economía a los cambios globales. Así mismo, el derecho, como se ha mencionado, ha contribuido a la obtención del mismo de una u otra manera. En este aparte se hará mención a las creaciones y reformas más significativas desde comienzo del siglo XX, al igual que algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a los cambios en los temas objeto de estudio y sus respectivos exámenes de constitucionalidad.

---

108 República de Colombia, Ministerio de Defensa y Seguridad Privada, Superintendencia de Vigilancia y Control, *Construyendo un documento CONPES para el sector*, Bogotá, junio 26 de 2007, [en línea], disponible en: [supervigilancia.gov.co](http://supervigilancia.gov.co), consulta: 7 de septiembre de 2016.

109 Aprobado el 1° de noviembre de 1997, [en línea], Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2968.pdf>, consulta: 1 de septiembre de 2016.

110 Aprobado el 9 de octubre de 2001, [en línea], Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3135.pdf>, consulta: 1 de septiembre de 2016.

111 Aprobado el 23 de junio de 2008, [en línea], Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3527.pdf>, consulta: 1 de septiembre de 2016.

112 Aprobado el 23 de septiembre de 2013, [en línea], Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3771.pdf>, consulta: 1 de septiembre de 2016.



En primer lugar, sobre la posibilidad que tienen los actores económicos y políticos de establecer políticas económicas y sociales, así como diversas medidas para lograr el desarrollo económico, la Corte en sentencia C-040 de 1993 dispuso: la Constitución no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben [...] respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos”.<sup>113</sup> Es así como se ratifica los límites y principios a los cuales están sometidas las decisiones económicas, políticas y sociales del país, para la creación de Leyes y políticas públicas, como herramientas para lograr determinados objetivos.

Teniendo en cuenta lo anterior, unas de las primeras modificaciones al ordenamiento interno se dieron en la época proteccionista, dada en consecuencia a la crisis del 29. Es así como en la administración de Olaya Herrera, por medio de la Ley 62, “sobre los derechos de aduana y arancel”, se prohibió la importación de numerosas mercancías, se elevaron los derechos de aduanas aplicables a otras, y se prohibió el libre comercio del oro. Luego, mediante Decreto 2092 del mismo año, se reorganizó el mecanismo institucional de control de comercio de oro y se dispuso que todas las transacciones de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras serían hechas únicamente por el Banco de la República o con su intervención, por lo que se estableció como dependencia, la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones.<sup>114</sup>

Luego, en el modelo mixto, junto a las medidas proteccionistas, el Estado en la administración de la Junta Militar, creó una serie de mecanismos para promover las exportaciones. En primer lugar, creó una nueva estructura administrativa lo que implicó un gran cambio, pues hasta 1957 el Banco de la República, a través de la Oficina de Registro de Cambios, controlaba las importaciones y los pagos al exterior.<sup>115</sup> Sin embargo, mediante Decreto 115 de 1957, se creó la Superintendencia de Importaciones<sup>116</sup> la cual, años más tarde, fue reemplazada por la Superintendencia de Comercio Exterior mediante Decreto-Ley 1733 de 1964.

En segundo lugar, en 1957, como estrategia al estímulo de exportaciones diferentes al oro, café, banano y petróleo, se creó el “Plan “Vallejo”<sup>117</sup>; y Proexpo.<sup>118</sup>

---

113 L. E. Pérez, Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez, *Op. Cit.* p. 27

114 J. García García, *Et. al, Op. Cit.* p. 3

115 J. García *Op. Cit.*, p. 15.

116 Ésta aprobaba, renovaba o denegaba licencias para importar bienes, asesoraba al M. de Hacienda sobre los cambios a hacerse en las listas de prohibida importación y licencia previa, y autorizaba la importación de maquinaria necesaria para la expansión o modernización de la industria.

117 Por medio del Decreto-Ley 688 de 1957. Se buscaba la importación de materias primas, insumos y bienes de capital, sin arancel, con el objeto de ser utilizados en la producción de bienes exportables.

118 Hoy en día Proexport. Se creó como un banco de fomento para promover las exportaciones mediante el financiamiento, la promoción y el transporte de las mismas.



Igualmente, el tema arancelario estuvo sujeto a modificaciones en cuanto a sus lineamientos, por medio de Decretos-Ley. El 2218 de 1950, creó un nuevo arancel y por su parte el 1345 de 1959, creó el arancel de aduanas. Más adelante los mismos fueron reformados nuevamente.<sup>119</sup>

En el ámbito político, los miembros de las élites hicieron un esfuerzo por brindar estabilidad política repartíendose el poder. Es así como nace el “pacto democrático excluyente”, por medio del cual “se buscaba salir de los años de crisis política y extrema violencia, para así alentar el desarrollo económico pacífico a través de un nuevo pacto social en el que se excluían las fuerzas de desafío provenientes desde la izquierda”.<sup>120</sup>

De esta iniciativa nace el Frente Nacional en 1958, protagonizado por Laureano Gómez y Lleras Camargo, el cual consistió, teniendo en cuenta los objetivos anteriormente mencionados, en la firma de un acuerdo como mecanismo para compartir el poder y las responsabilidades. El convenio se hizo entonces entre liberales y conservadores, y se pactó que, por un periodo inicial de 12 años, ambos partidos se alternarían la presidencia del país.<sup>121</sup>

Años más tarde, bajo el modelo ISI, la administración de Lleras Restrepo “modificó frecuentemente el sistema sin cambiar la esencia de las restricciones. Éste realizó numerosos cambios como, por ejemplo, publicar una lista de los artículos que se podían importar por fuera de las cuotas previamente establecidas, expandió la lista y finalmente prohibió las importaciones por fuera de la misma. Se trató pues, de una revisión completa al sistema de control de cambios y restricciones a las importaciones”.<sup>122</sup>

Igualmente, con la idea de recuperar el crecimiento nacional por medio de la estabilidad cambiaria y así incentivar la producción de bienes para la exportación, se expidió El Decreto-Ley 444 de 1967 “sobre el régimen de cambios internacionales y comercio exterior” y se estableció el Certificado de Abono Tributario -CAT-.<sup>123</sup> Éstos mejoraron los planes de promoción de exportaciones de la época anterior, acompañándolos del sistema

---

119 J. García, *Op. Cit.*, p. 20.

120 R. Gargarella, *Op. Cit.* pp. 202-203

121 El acuerdo se fundaba en los principios de paridad y alternancia. El primero se refería a la igualdad de participación de cada partido en los puestos de gobierno y el segundo al acceso sucesivo de cada partido a la presidencia.

122 J. García, *Op. Cit.*, p. 7.

123 Establecido en 1967 como un subsidio uniforme y generalizado del 15% para todas las exportaciones menores. El certificado se podía negociar libremente en la bolsa de valores y se usaba para cancelar impuestos.



de “gota a gota” o *crawling peg*,<sup>124</sup> como sistema de devaluación.<sup>125</sup>

Así mismo, el sistema arancelario sufrió nuevamente modificaciones por medio del “nuevo estatuto arancelario”- Decreto-Ley 3168 de 1964. Finalmente, en 1971, por medio de la Ley 6°, se le da la facultad al Gobierno para reformar los aranceles sin trámite legislativo, respetando lo establecido en dicha Ley, lo que facilitó la modificación de los mismos y la introducción de cambios en la estructura y niveles de estos.<sup>126</sup>

El rigor restrictivo de esta época se reflejó en 1984 cuando la cobertura de las restricciones alcanzó el 100% y las posiciones arancelarias en la lista de prohibida importación alcanzaban el 17% del total de las mismas.<sup>127</sup> Sin embargo, a mediados de 1985, el gobierno de Betancur comenzó a dejar las restricciones debido a la excesiva devaluación, y ya en 1986, con la administración Barco Vargas, y debido al aumento de los precios del café, se revirtieron las restricciones cayendo un 62%, aumentando las tasas de aprobación entre un 96 y 99%.<sup>128</sup>

Desde ese momento se volvió a hablar más decididamente de la apertura económica, la cual se acentuó en 1990 con la administración Gaviria Trujillo cuando “eliminó la lista de prohibida importación y dispuso el 99% de las posiciones arancelarias en la lista de libre importación. Es así cuando finalmente se comienza a liberar el comercio y se reduce el papel del Estado.”<sup>129</sup>

No obstante, la reforma más significativa de este período, es la expedición de la Constitución de 1991, la cual, como se dijo en el apartado anterior, trajo consigo innumerables cambios y disposiciones, orientados a mejorar la calidad de vida de la sociedad. Éste cambio de visión y la idea de apertura económica, conllevó a un “crecimiento explosivo de Decretos, Reglamentos y Resoluciones”.<sup>130</sup>

Los primeros mercados en sufrir modificaciones fueron el laboral y de capitales. El mercado de trabajo se modificó por medio de la Ley 50 de 1990, la cual buscaba la flexibilización del mismo para así reducir los costos de contratación al igual que

---

124 Sistema que reforzó el control de cambios y la unificación del tipo de cambio mediante la abolición del sistema de tasas de cambio múltiples.

125 J. A. Ocampo, *Un futuro económico para Colombia*, Op. Cit.

126 *Ibíd.*

127 J. García García, *Et. al*, Op Cit. p 28

128 *Ibíd*, Op Cit. p 28-29

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*, Op. Cit, p. 34



reducir la incertidumbre de los empresarios respecto a sus obligaciones.<sup>131</sup> En cuanto a la seguridad social, la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, creó el Sistema de Seguridad Social Integral<sup>132</sup> y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.<sup>133</sup>

Por otro lado, respecto al mercado de capitales, la Ley 45 de 1990, permitió el libre ingreso de extranjeros al sector, siempre y cuando el interesado cumpliera con los niveles mínimos de disponibilidad de capital. Así mismo, la Resolución 49 de 1991 del CONPES, permitió al capital extranjero, ingresar al sector con un trato similar al del capital nacional, bajo el principio de igualdad. A la par, se realizaron reformas comerciales en el período de 1990 y 1992, en el cual se redujeron las barreras administrativas y arancelarias.<sup>134</sup>

Más adelante, debido a la reestructuración administrativa dispuesta en la nueva Constitución., la Ley 60 de 1993, derogada por el art. 113 de la Ley 715 de 2001, estableció la descentralización administrativa, política y fiscal, para lo cual se definieron las responsabilidades sociales a nivel Nacional, Departamental y Municipal, así como el proceso de traslado de responsabilidades y funciones desde el Gobierno central a los mismos.

Es así como el Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX- desapareció mediante Decreto 2868 de 1999 y sus funciones fueron subrogadas al Ministerio de Comercio Exterior.<sup>135</sup> Hoy en día opera el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, creado mediante Decreto 210 de 2003, el cual nace de la fusión de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio exterior.<sup>136</sup>

Más adelante, de acuerdo a los objetivos de la apertura económica, y con fines de atraer la inversión extranjera para aumentar la competencia y promover el desarrollo, “se expide un

---

131 H. Franco González, *Op. Cit.* p. 245

132 Éste incluye el Sistema general de Pensiones, el Sistema general de Seguridad Social en Salud y el Sistema general de Riesgos Laborales, todos estos aumentando la calidad de vida del trabajador.

133 Se crea en contraposición al Régimen de “prima media con prestación definida”. Es manejado por entidades administradoras de fondos de pensiones, y consiste en que a través de cuentas de ahorro individual se financian proyectos de inversión privada de largo plazo.

134 H. Franco, González, *Op. Cit.* p. 246

135 Encargado de desarrollar la estrategia de las negociaciones comerciales del país, promocionar exportaciones y fomentar la inversión extranjera.

136 Su función es: “dirigir y coordinar las políticas en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo y finalmente, ejecutar las políticas y proyectos de comercio exterior”.



nuevo Estatuto de Inversiones Internacionales,<sup>137</sup> conformado por la Ley 9 de 1991, y las resoluciones 49/1991, 57/1991, y 21/1993 del Banco de la República”.<sup>138</sup> Así mismo, se disminuye paulatinamente la tarifa de impuesto de remesas mediante la Ley 6 de 1992.<sup>139</sup>

Una vez se atraía la inversión extranjera, se debían proporcionar los elementos necesarios para brindarles un ambiente de seguridad y confianza en el país, por lo cual, en primer lugar, en el gobierno de Pastrana Arango, y mediante el Acto Legislativo 1 de 1999, se derogó el artículo 58 de la Constitución, el cual disponía la derogatoria constitucional sin compensación alguna.<sup>140</sup> Posteriormente, se estableció un régimen de estabilidad tributaria para los inversionistas extranjeros plasmados en las Leyes 223 de 1995 y 633 de 2000. Finalmente, el gobierno de Uribe Vélez, mediante la Ley 963 de 2005 brindó seguridad a los inversores con la figura de contratos de estabilidad jurídica<sup>141</sup> y, mediante la Ley 1004 de 2005, se eliminó, para las empresas usuarias de zonas francas, el impuesto complementario de remesas y se fija una tarifa única en el impuesto a la renta.<sup>142</sup>

Sin embargo, la apertura no fue totalmente positiva y en consecuencia trajo efectos no muy favorables para el país, por lo que, en el 2002, también en el gobierno de Uribe Vélez, se elevó nuevamente la protección arancelaria sobre productos como el arroz, la leche y derivados, la carne y el maíz, pues estaban siendo afectados por la revaluación del peso, la competencia externa y los nuevos acuerdos comerciales.<sup>143</sup>

Dichas consecuencias, se reflejan también en las trece reformas tributarias que el país, a lo largo de 26 años, se vio obligado a hacer para financiar el gasto público. Estas son: Ley

---

137 El estatuto otorga libertad al manejo de divisas, permite que las fuerzas del mercado desempeñen un papel importante en la determinación de la tasa de cambio y precisa los requisitos que deben cumplir los inversionistas extranjeros en Colombia y los nacionales en el exterior.

138 Rafael Orduña, “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia. 2006”, [en línea], disponible en <http://www.dian.gov.co/descargas/servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/InversionExtranjera Y Tributacion En Colombia.pdf>, Consulta: 28 de agosto de 2016.

139 Dicha reducción se da así: 30% en 1986, 19% en 1992, 12% en 1993 y 7% desde 1996 hasta el 2006.

140 R. Orduña, *Op. Cit.*

141 Con esta norma se garantiza que, si se modifican negativamente algunas de las normas identificadas en el contrato como determinantes de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando las mismas por el término de duración del respectivo contrato.

142 Rafael Orduña, “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia. 2006”, [en línea], disponible en <http://www.dian.gov.co/descargas/servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/InversionExtranjera Y Tributacion En Colombia.pdf>, Consulta: 28 de agosto de 2016.

143 J. García García, *Et. al, Op Cit.* p 55



49 de 1990, Ley 6 de 1992, Ley 223 de 1995, Ley 488 de 1998, Ley 633 de 2000, Ley 788 de 2002, Ley 863 de 2003, Ley 1111 de 2006, Ley 1370 de 2009, Ley 1430 de 2010, Ley 1607 de 2012, Ley 1607 de 2013 y Ley 1607 de 2014.<sup>144</sup> Estas acciones demuestran el afán del gobierno de turno por recuperar la economía y reducir las brechas sociales, sin embargo, estos métodos demostraron con el tiempo ser poco asertivos en el cumplimiento del objetivo.

Hoy en día, gracias al modelo del neoliberalismo plasmado en la apertura económica adoptada por Colombia y fruto de las diversas políticas y Documentos previamente nombrados, el país cuenta con Acuerdos Comerciales y Tratados de Libre Comercio con diversos países, los cuales, al ser de obligatorio cumplimiento para las partes, constituyen creaciones legislativas. Además, por mandato constitucional,<sup>145</sup> estos Acuerdos deben ser aprobados por el Congreso e insertados al ordenamiento jurídico interno por medio de Leyes Aprobatorias, para finalmente, ser sometidos a examen de constitucionalidad, donde la Corte Constitucional determina si el Tratado y su respectiva Ley Aprobatoria, son acordes a la norma máxima.

En este sentido, Colombia tiene tratados internacionales bilaterales en materia comercial con: Cuba,<sup>146</sup> México,<sup>147</sup> Mercosur,<sup>148</sup> Chile,<sup>149</sup> Triángulo Norte de Centro América (El Salvador, Guatemala y Honduras),<sup>150</sup> Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein),<sup>151</sup> Canadá,<sup>152</sup> Estados Unidos,<sup>153</sup> Acuerdo de Alcance Parcial Con Venezuela,<sup>154</sup>

---

144 “Las 12 reformas tributarias”, *Revista Dinero*, (27 de febrero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/economia/articulo/cuantas-reformas-tributarias-ha-tenido-colombia/206248>, consulta: 5 de septiembre de 2016.

145 Artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política de Colombia.

146 En vigor desde el 10 de julio de 2001.

147 En vigor desde el 1 de enero de 1995, antiguamente denominado G3 cuando Venezuela era miembro, sin embargo, denunció el acuerdo en 2006.

148 Entre Colombia y Uruguay, Colombia y Argentina y Colombia y Brasil, en vigor desde el 1 de febrero de 2005; y entre Colombia, Ecuador, Venezuela y Paraguay en vigor desde el 19 de abril de 2005.

149 En vigor desde el 8 de mayo de 2009.

150 En vigor entre Colombia y Guatemala desde 12 de noviembre de 2009, Colombia y El Salvador desde el 1 de febrero de 2010 y Colombia y Honduras desde el 27 de marzo de 2010.

151 En vigor entre Colombia, Suiza y Liechtenstein desde el 1 de julio de 2011.

152 En vigor desde el 15 de agosto de 2011.

153 En vigor desde el 15 de mayo de 2011.

154 En vigor desde el 19 de octubre de 2012.



Acuerdo Comercial con la Unión Europea,<sup>155</sup> y los recientes Tratados de Libre Comercio con Corea del Sur<sup>156</sup> y Costa Rica.<sup>157</sup> Adicionalmente, tiene Acuerdos suscritos con Panamá<sup>158</sup> e Israel<sup>159</sup> y se encuentra en fase de negociación con Turquía y Japón.<sup>160</sup>

Como se dijo anteriormente, algunas de las Leyes Aprobatorias de los Tratados son: 172 de 1995, Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela; 1000 de 2005, Acuerdo de Complementación económica CAN Mercosur; 1143 de 2005, Acuerdo de promoción comercial entre Colombia y Estados Unidos; 1241 de 2008, TLC entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras; 1363 de 2009, ALC entre Canadá y Colombia; 1721 de 2014, Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, entre otras.<sup>161</sup> Sus respectivas sentencias de constitucionalidad son: C-178 de 1995, C-864 de 2006, C-750 de 2008, C-446 de 2009, C-608 de 2010, C-163 de 2015.<sup>162</sup>

Finalmente, como ejemplo de la importancia de la integración económica del país, la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 2004, “señaló que los tratados podían imponer exenciones a los tributos territoriales, (no sólo a los nacionales según lo dispuesto en sentencia C-160 de 2000), por la importancia de promover las relaciones internacionales. En estos eventos, sin embargo, la Corte aclaró que la Nación debe compensar a la entidad territorial por las pérdidas de ingresos que puedan derivar de dichas exenciones”.<sup>163</sup>

Esta sección da cuenta de la cantidad de cambios legislativos que ha tenido el Estado a lo largo de la historia, respecto a la relación entre derecho y desarrollo en contextos de globalización. Si bien se puede afirmar que estos han sido necesarios debido a las necesidades y características en contextos específicos, habría que analizar, en próximas investigaciones,

---

155 En vigor desde el 1 de agosto de 2013.

156 Mediante Decreto 1078 del 30 de junio de 2016.

157 Mediante Decreto 1231 del 29 de julio de 2016.

158 Suscrito el 20 de septiembre de 2013.

159 Suscrito el 30 de septiembre de 2013.

160 Igualmente, Colombia tiene Acuerdos Internacionales de Inversión que pueden ser consultados en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6420>

161 Eric Tremolada Álvarez, editor, “*Repensando la integración y las integraciones*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 397 y 398.

162 *Ibíd.* p. 393.

163 L. E. Pérez, Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez, *Op. Cit.* p 31



si estas herramientas han sido efectivas, pues a simple vista, se puede observar que la diversidad de métodos utilizados para lograr el cometido y el constante cambio de los mismos, podría interpretarse como ineficaz.

## Conclusiones

Teniendo en cuenta el objeto de la investigación y lo aquí planteado, en primer lugar, se puede observar que las diferentes teorías de desarrollo económico fueron creadas en contextos específicos, los cuales requerían cierta acción para evitar, en algunos casos, el atraso de los países y en otros, mejorar el mercado interno, todo esto en un escenario de liberalización e integración económica, características propias del fenómeno de la globalización.

Así, los países se esfuerzan constantemente por adoptar teorías y realizar las modificaciones y creaciones necesarias para beneficiarse de la globalización, sin embargo, la globalización ligada al desarrollo económico pocas veces beneficia de igual forma a todos los países, pues los del Primer Mundo, en varias ocasiones han impuesto el orden económico mundial junto con las instituciones encargadas de éste, por lo cual, los países del Tercer Mundo, no logran adaptar efectivamente sus disposiciones internas debido a la diferencia de contextos, lo que conlleva a aumentar el atraso y la inequidad en estos.

Así mismo, pese a los esfuerzos por conectarse con el mundo, en la mayoría de los casos resultan insuficientes, ya que por lo general los países menos desarrollados, carecen de herramientas y métodos para lograrlo. Así, al tener una ventaja comparativa en productos primarios y mano de obra no calificada, hace que sus productos entren a competir en el mercado global contra productos altamente calificados, por lo cual, los precios son mucho menores, conllevando a un desarrollo más lento. En conclusión, la búsqueda del desarrollo implica otras variables, por lo cual la falta de presupuesto, mano de obra, innovación, cantidad y calidad de las empresas, son factores que entorpecen el proceso, afectando directamente la competitividad y el desarrollo de un país.

En segundo lugar, se hace evidente en estas teorías y modelos económicos, la relación entre desarrollo y derecho, en donde este último interviene en mayor o menor medida en la economía dependiendo de la teoría adoptada. Se observa pues, que en algunos casos éste fue utilizado como instrumento para lograr la reforma social, el cual establecía objetivos socioeconómicos a cumplir, mientras que, en otros casos, el papel del derecho pasó a ser un límite de la actividad económica, y así, con determinadas medidas, no sólo protegía la economía, sino que también establecía el marco y los principios a los cuales se debían ajustar las decisiones.



Hoy en día, se puede afirmar que dicha relación obedece a una mezcla de las funciones del derecho, el cual, si bien es fundamental para el desarrollo económico, no sólo establece objetivos socioeconómicos específicos, sino que también establece los límites y los principios aplicables a las acciones económicas, políticas y sociales dentro de un país. Sin embargo, y teniendo en cuenta la nueva concepción de la relación desarrollo y derecho, hay algunas prácticas, como la corrupción, que entorpecen el trabajo eficiente, transparente y legal del derecho, lo que impide entonces una relación armónica entre ambos campos.

En tercer lugar, se puede observar que, en el caso de Colombia, si bien en algunos casos se adoptaron teorías específicas debido a cambios y crisis mundiales, en otros se hizo evidente la necesidad de mezclar las mismas para la adecuada implementación al contexto colombiano y así conseguir los objetivos planteados. Sin embargo, aunque Colombia ha hecho innumerables intentos de enfrentar la globalización para que sus efectos beneficien a los ciudadanos, esto no siempre ha traído consecuencias positivas.

Por ejemplo, mientras en la teoría se afirma que la globalización conlleva diversos beneficios, entre ellos la disminución de la desigualdad del ingreso en los países, en la práctica, la realidad es otra, pues en el caso colombiano, la globalización afectó, de cierta manera, la inequidad y la pobreza del país, aumentando así la desigualdad. Esto se reflejó en el coeficiente de *Gini*, el cual, según el Banco Mundial, tuvo un incremento del 3% desde el año 1992 hasta el 2014. Esto se dio a pesar de las reformas realizadas sobre la apertura comercial, las cuales, si bien incrementaron las exportaciones e importaciones del país, “no han contribuido a la disminución de la desigualdad, y, por el contrario, Colombia continua con niveles altos en comparación a otros países, no sólo desarrollados sino también con aquellos de similar grado de desarrollo”.<sup>164</sup>

Igualmente, como se pudo observar, otro de los problemas surgidos a partir del constante cambio de los países, es la inflación normativa. Este problema es común en América Latina ya que, “los cambios en las leyes han sido utilizados por los gobiernos como una forma de distraer formalmente diversos problemas políticos, sociales o económicos”.<sup>165</sup> En Colombia, según el Sistema Único de Información Normativa, se han expedido 20 mil leyes y 7 mil Sentencias de las Altas Cortes.<sup>166</sup> Esta inflación normativa, si bien no es sólo fruto de la liberalización económica

164 Camilo Almanza, “La teoría y la realidad de la globalización en Colombia”, *El Heraldo*, (12 de abril de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/la-teoria-y-la-realidad-de-la-globalizacion-en-colombia-191072>, consulta: 20 de septiembre de 2016.

165 G. Burgos Silva, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, Op. Cit, p. 72.

166 Ministerio de Justicia y del Derecho, *SUIN- Juriscol, Sistema Único de Información Normativa*, [en línea], 29 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/index.html>, consulta: 19 de septiembre de 2016.



y la búsqueda del desarrollo económico, ha perjudicado no sólo la seguridad jurídica en el país sino también la claridad legislativa, debido a la existencia de leyes obsoletas o absurdas,<sup>167</sup> por lo cual entorpece, igualmente, el efectivo desarrollo del país.

Finalmente, pese a lo anterior, Colombia es hoy en día un referente mundial por su alto índice de innovación y su facilidad de hacer negocios,<sup>168</sup> entre otras características. Éste, no sólo tiene su economía abierta a los mercados globales, sino que goza de diversos acuerdos comerciales lo que facilita y enriquece las relaciones internacionales del país. Adicionalmente, si Colombia logra culminar el proceso de inserción a la OCDE de manera positiva, el país ya no solo será un referente económico, sino que atraerá más inversión extranjera y acuerdos de integración económica, lo que sin duda alguna conllevará, con las disposiciones internas adecuadas, a un aumento del crecimiento y del desarrollo económico del país.

## Bibliografía

Almanza, Camilo, "La teoría y la realidad de la globalización en Colombia", *El Heraldo*, (12 de abril de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/la-teoria-y-la-realidad-de-la-globalizacion-en-colombia-191072>, consulta: 20 de septiembre de 2016

Arndt, H. W, *Economic development: the history of an idea*, citado en: Joel R. Paul, estudio preliminar Helena Alviar García, "La búsqueda del desarrollo", en: *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto pensar, 2006

Burgos Silva, Germán, *Derecho y desarrollo económico: teoría de la modernización a la nueva economía institucional*, Revista de economía institucional, Vol. 4, No. 7, Bogotá, Jul-Dic 2002, [en línea], disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962002000200010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962002000200010), consulta: 12 de septiembre de 2016.

\_\_\_\_\_, *El derecho y su impacto en el desarrollo, líneas analíticas dominantes*, Centro de investigaciones socio-jurídicas de la facultad de derecho de la universidad libre, Estado, derecho y territorio, Diálogos de saberes, Bogotá, julio-diciembre de 2009, [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3224919.pdf>, consulta: 12 de septiembre de 2016.

167 Carlos Parra, "Inflación legislativa", *La República*, (17 de julio de 2015), [en línea], disponible en: [http://www.larepublica.co/inflaci%C3%B3n-legislativa\\_277966](http://www.larepublica.co/inflaci%C3%B3n-legislativa_277966), consulta: 20 de septiembre de 2016

168 Banco Mundial, BIRF- AIF, "Doing Business", Midiendo regulaciones para hacer negocios, [en línea], disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/rankings>, consulta: 31 de octubre de 2016.



-----, *Qué tipo de relación existe entre derecho y desarrollo*, Centro de investigaciones socio-jurídicas de la facultad de derecho de la universidad libre, Estado, derecho y territorio, Diálogos de saberes, Bogotá, 2010, [en línea], disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo%204.pdf>, consulta: 10 de septiembre de 2016.

Business Dictionary, s.v “globalization”, *sitio web BusinessDictionary*, [en línea], disponible en: <http://www.businessdictionary.com/definition/globalization.html#ixzz3iTIhbuMR>, consulta: 22 julio de 2016

Caicedo, Carlos Jorge, *Políticas e instituciones para el desarrollo económico territorial en América Latina y el Caribe, caso Colombia*, Publicación de las Naciones Unidas, CEPAL, Serie Desarrollo territorial N° 3, Santiago de Chile, julio de 2008, [en línea], disponible en: <http://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/4/33874/sdt3.pdf>, consulta: 20 de septiembre de 2016.

Chicharro, Alicia, El carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible, [en línea], disponible en: <http://congresoreedes.unican.es/actas/PDFs/69.pdf>, consulta: 28 de agosto de 2016

Coloma, Germán, “Las funciones económicas del derecho” *Problemas del Desarrollo*. Vol. 32 Núm. 126, México (2001), [en línea], Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/funciones.pdf>, consulta: 14 de septiembre de 2016.

Doing Business, Banco Mundial, BIRF- AIF, Midiendo regulaciones para hacer negocios, [en línea], disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/rankings>, consulta: 31 de octubre de 2016.

Franco González, Humberto, Modelos de crecimiento y de desarrollo económico en Colombia 1960-2010: cincuenta años de teoría y evidencia empírica, impreso por L. Vieco S.A.S, 2012

Garay, Luis Jorge, Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996, Biblioteca Virtual del Banco de la República, 2004, [en línea], disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industralatina/041.htm>, consulta: 15 de septiembre de 2016

García, Frank J., “Global Justice and the Bretton Woods Institutions” *Journal of International Economic Law*, Vol. 10 (3), septiembre 2007, [en línea], disponible en: [http://works.bepress.com/frank\\_garcia/26/](http://works.bepress.com/frank_garcia/26/), consulta: 25 de agosto de 2016.

García García, Jorge, Et. al, Una visión general de la política comercial colombiana entre 1950 y 2012, abril 30 de 2014, Borrador de economía Núm. 817, Banco de la República



de Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be\\_817.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_817.pdf)

Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo a mediados del siglo XX y el retorno de la cuestión social”, en: *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina*, Buenos Aires: Katz, 2014

Gilpin, Robert, *Global Political Economy Understanding the International Economic Order*. Princeton: Princeton University Press, 2001

Held, David y Antony McGrew, “The Great Globalization Debate: An Introduction”, in David Held, Antony McGrew ed., *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, 2 ed, Cambridge, United Kingdom, Polity Press, 2002

Herrera, Rémy, *La teoría económica neoliberal y el desarrollo*, Revista MR, vol. 58, nº 1, mayo de 2006, pp. 38-50, [en línea], Traducción de Marco Aurelio Galmarini, disponible en: [http://iepala.es/IMG/pdf/La\\_teoría\\_económica\\_neoliberal\\_y\\_el\\_desarrollo-Remy\\_Herrera.pdf](http://iepala.es/IMG/pdf/La_teoría_económica_neoliberal_y_el_desarrollo-Remy_Herrera.pdf), consulta: 10 de septiembre de 2016.

“Las 12 reformas tributarias”, Revista Dinero, (27 de febrero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/economía/artículo/cuántas-reformas-tributarias-ha-tenido-colombia/206248>, consulta: 5 de septiembre de 2016.

Linarelli, John, “Law, rights and development”, en: John Linarelli. (ed.) *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013

Kennedy, David, “Laws and Developments” en: John Hatchard & Amanda Perry-Kessaris (eds.), *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century*, London: Cavendish, 2003

Ocampo, José Antonio, *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*, [en línea], disponible en: [http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUD\\_Ocampo-final.pdf](http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUD_Ocampo-final.pdf), consulta: 26 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_, *Un futuro económico para Colombia*, Alfaomega, 2001, [en línea], disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6194/colombiafuturo2.pdf>, consulta: 26 de agosto de 2016.

OCDE, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*, OECD Publishing, 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>



Orduña, Rafael, “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia. 2006”, [en línea], disponible en <http://www.dian.gov.co/descargas/servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/InversionExtranjeraYTributacionEnColombia.pdf>, Consulta: 28 de agosto de 2016.

Página web del Ministerio de Relaciones Exteriores, disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/international>

Página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, disponible en: <http://www.mincit.gov.co/mincomercioexterior/index.php>

Página web de la Organización Mundial del Comercio, disponible en: <https://www.wto.org/indexsp.htm>

Página web del Sistema Único de Información Normativa, Ministerio de Justicia y del Derecho, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/index.html>

Paul, Joel, R., estudio preliminar Helena Alviar García, “La búsqueda del desarrollo”, en: *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto pensar, 2006.

Pérez, Luis Eduardo, Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre los derechos y políticas públicas*, 2da Edición, Bogotá, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2012.

República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”, Presidente Juan Manuel Santos, Aprobado por la Ley 1753 de 2015, Tomo 1 y 2.

República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto, “*Por el cual se desarrollan los compromisos arancelarios adquiridos por Colombia en virtud del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea*”, 1078, 30 de junio de 2016, [en línea], Disponible en: <http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=733>, consulta: 20 de agosto de 2016.

República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto, “*Por el cual se desarrollan los compromisos de acceso a los mercados adquiridos por Colombia en virtud del “Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y la República de Costa Rica” firmado en la ciudad de Cali Colombia, el 22 de mayo de 2013*”, 1231, 29 de julio de 2016, [en línea], Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201231%20DEL%2029%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>, consulta: 20 de agosto de 2016.



República de Colombia, Ministerio de Defensa y Seguridad Privada, Superintendencia de Vigilancia y Control, *Construyendo un documento CONPES para el sector*, Bogotá, junio 26 de 2007, [en línea], disponible en: [supervigilancia.gov.co](http://supervigilancia.gov.co), consulta: 7 de septiembre de 2016.

Stiglitz, Joseph, "Globalization and its discontents", United States, W.W. Norton & Company, 2002, 4-5.

Tremolada Álvarez, Eric, editor, *Repensando la integración y las integraciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Trubek, David M, *Law and development*, disponible en: <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/lad.pdf>

Trubek, David M. and Marc Galander, *Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the united states*, Wisconsin Law Review 1062, 1974.

Universidad de Antioquia, "Antecedentes y contexto del surgimiento de la Constitución de 1991", Formación ciudadana y constitucional, facultad de derecho, vicerrectoría de docencia, 2003, [en línea], disponible en: <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/antecedentes.html>, consulta: 28 de septiembre de 2016.

# EL CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y DE LA PRÁCTICA COMERCIAL EN COLOMBIA

---

INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT: AN ANALYSIS ON COLOMBIAN  
REGULATION AND GENERAL TRADE PRACTICES

---

✉ POR: ESTEFANÍA ARIAS MOLINA<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2016  
Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2016

## Resumen

*En el contexto de la globalización y la apertura de los mercados, el contrato de franquicia internacional constituye un instrumento jurídico útil y eficiente para la incursión en nuevos mercados. No obstante, este contrato internacional no cuenta con una regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, así como tampoco se encuentra una regulación uniforme a nivel internacional. Si bien el principio de autonomía de la voluntad rige en gran medida el desarrollo de estos contratos, persiste aún la problemática de definir, ante la ausencia de estipulación de las partes del derecho aplicable a su relación contractual y la consecuente aplicación del derecho del Estado al cual se encuentre más vinculado el contrato, cuál es el marco regulador de la relación contractual transfronteriza, acudiendo en concreto al derecho colombiano, y al derecho internacional. En este orden de ideas, el presente texto abordará, en una primera sección, qué normatividad regula el contrato de franquicia internacional en Colombia, para luego considerar la práctica comercial relacionada con el mismo.*

---

1 Abogada, Universidad EAFIT, Colombia, eariasma@eafit.edu.co



**Palabras claves:** *contrato de franquicia internacional, derecho internacional, derecho colombiano, práctica comercial, lex mercatoria.*

## Abstract

*Within the context of globalization and liberation of markets, the international franchise agreement constitutes a useful and efficient legal instrument for the incursion in new markets. However, there is no specific regulation in Colombian law for this agreement, as well as it does not have a uniform international regulation. Whereas private autonomy is a major principle concerning regulation of these agreements, prevails the question to define, due to the absence of pact between the parties and the subsequent regulation by the State which the agreement has a closer connection, which is the regulatory frame for the international contractual relationship, attending to Colombian law, and international law. Therefore, this text shall approach, in its first section, to the Colombian law that may regulate international franchise agreement, and then the general trade practices related to it.*

**Key words:** *international franchise agreement, international law, Colombian law, general trade practice, lex mercatoria.*

## Introducción

Como consecuencia de la globalización iniciada a finales del siglo XX se ha producido una rápida integración económica, social y legal que ha facilitado la expansión del comercio.<sup>2</sup> Debido a este fenómeno, y de la consecuente apertura de los mercados, el derecho se ha adaptado a las nuevas necesidades del comercio mediante la creación de diversos instrumentos contractuales que son utilizados para la incursión de los negocios en los mercados extranjeros. Contratos tales como la agencia comercial, el contrato de distribución, la licencia y la franquicia internacional son algunos ejemplos de este fenómeno. Este último tipo de contrato es aquel celebrado entre nacionales de Estados diferentes y en donde una de las partes “transmite a la otra el uso del Know how y de su propiedad intelectual, con el fin de explotar económicamente un negocio o empresa dentro de determinada zona o

2 Subgerencia Cultural del Banco de la República, *Globalización* (2015), [en línea], disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>, consulta: 22 de marzo de 2016.



área geográfica”,<sup>3</sup> a cambio de una contraprestación económica.<sup>4</sup> El creciente uso dado a este tipo de contratos en tiempos recientes, refleja sus principales ventajas económicas, como lo son, la posibilidad de incursionar en un mercado mediante la explotación de una unidad productiva que ya se encuentra consolidada y que goza de reconocimiento, lo que a su vez permite la consecución de utilidades de forma flexible y eficiente frente a otros tipos de negocios que requieren de todo un desarrollo inicial, o del establecimiento de la empresa en otros mercados. Por ende, el contrato de franquicia internacional permite dinamizar las relaciones comerciales y generar un ambiente de expansión empresarial, lo cual conlleva a nuevas alternativas para el desarrollo del comercio dentro de un marco institucional de libre comercio.<sup>5</sup>

No obstante, el contrato de franquicia internacional no cuenta con una regulación uniforme a nivel internacional,<sup>6</sup> y en el caso de Colombia, el contrato de franquicia no se encuentra regulado expresamente en la ley comercial, convirtiendo este contrato en uno atípico.<sup>7</sup> Por otro lado, si bien el principio de la autonomía de la voluntad privada constituye una herramienta importante que permite a los particulares elegir la el derecho aplicable al contrato internacional, en este caso, el de franquicia, ello no elimina el problema de la ausencia de regulación de éste por parte de ordenamientos jurídicos como el colombiano, cuando el mismo resulta aplicable en virtud de la elección de las partes o de la ausencia de determinación del derecho aplicable. En consecuencia, surge la problemática de determinar, ante la aplicación del derecho del Estado al cual se encuentre más vinculado el contrato, dada la ausencia de elección del derecho aplicable al mismo, o por la misma elección de las partes, cuál es el marco regulador de la relación contractual transfronteriza,<sup>8</sup> y analizar

3 Miguel Fernando Londoño Álvarez, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 26, núm. 26, 2005, p. 139.

4 Carlos Esplugues Mota et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 254. La definición que se presenta en el presente artículo pretende ilustrar de manera general en qué consiste un contrato de franquicia. No pretende ser una definición exhaustiva de este tipo de contrato, pues el mismo conlleva una serie de elementos que sería necesario profundizar en la conceptualización del concepto de contrato de franquicia, lo cual excede objeto del presente artículo.

5 El modelo económico adoptado por el Estado colombiano en la Constitución de 1991 mediante el artículo 333, reconoce y protege la libre iniciativa privada y la libertad de empresa como desarrollo de la autonomía privada.

6 Osvaldo J. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, 3° edición, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, pp. 93-94.

7 Luis Humberto Ustariz, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm, 28, abril de 2008, p. 72.

8 Carlos Esplugues Mota et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 255.



si dicha regulación contempla vacíos que deban ser suplidos mediante la aplicación de la práctica comercial nacional e internacional, y así proveer mayor seguridad a la relación contractual.

De esta forma, en el presente artículo se describirán cuáles normas colombianas pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional (1), y se determinará cuáles de éstas siguen criterios eminentemente nacionales (1.1), y cuales siguen criterios del derecho internacional (1.2). Finalmente, se hará una descripción de la práctica comercial (2), tanto nacional (2.1) como internacional (2.2) que pueda ser útil a la regulación del contrato de franquicia internacional, para concluir si en efecto ésta es un mecanismo apto para compensar la ausencia de un marco legislativo general expreso que regule el contrato de franquicia internacional, y si otorga mayor seguridad a la relación contractual.

## 1. Descripción del marco jurídico colombiano aplicable a la regulación del contrato de franquicia internacional

El contrato de franquicia internacional es distinguible de otros acuerdos de transferencia de tecnología y de intercambio de bienes y servicios, pues se caracteriza por involucrar: i) transferencia de derechos de propiedad intelectual tales como marcas y nuevas creaciones; ii) transferencia del *Know-How*; y la provisión de iii) asistencia técnica y contable, todo lo anterior a cambio de una contraprestación que recibe la denominación de regalías.<sup>9</sup>

Ante la ausencia de una normatividad internacional general que regule el contrato de franquicia internacional, las normas del Derecho Internacional Privado permiten la aplicación del derecho interno a este tipo de contrato como una técnica de regulación supletiva.<sup>10</sup> En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano contiene normas que pueden ser aplicadas a cualquier relación contractual nacional o internacional, pues regulan aspectos generales relacionados con contratos, competencia, propiedad intelectual e inversión extranjera.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no regula de manera expresa el contrato de franquicia,<sup>11</sup> dichas disposiciones generales permiten a los operadores jurídicos construir un marco regulador de la relación contractual, adoptando aquellas disposiciones que, bien sea

9 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 6.

10 Pedro A. de Miguel Asnesio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, segunda edición, Civitas, 2000, Madrid, España, p. 208.

11 *Ibíd.*, p. 9.



de manera directa o indirecta, sean aplicables al contrato de franquicia internacional, y así brindar mayor seguridad a dicha relación jurídica.

En este sentido, aquellas normas que pueden ser aplicables al contrato de franquicia internacional son distinguibles por cuanto algunas de ellas siguen estándares internacionales derivados de la suscripción de convenciones internacionales, de la adopción de *Leyes Modelo* creadas por los diferentes organismos internacionales, o en virtud del derecho comunitario –principalmente latinoamericano-. Por otro lado, se encuentran normas que siguen criterios eminentemente nacionales, derivadas del principio de la autonomía de la voluntad privada o de normas internas imperativas, que de igual forma son aplicables al contrato de franquicia internacional. Con el fin de profundizar en estos aspectos se abordará en primera instancia en las normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios nacionales (1.1), para luego considerar el mismo asunto a la luz de los estándares internacionales (1.2).

## 1.1 Normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios nacionales

Como se ha indicado, el contrato de franquicia en Colombia es atípico, pues no cuenta con una regulación expresa. La atipicidad que envuelve el contrato de franquicia, encaja en aquella definida por Arrubla Paucar como una *de segundo grado*. Es decir, el contrato de franquicia cuenta con una *tipicidad en primer grado*, por cuanto el contrato, negocio jurídico fuente de obligaciones, se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico colombiano; y la misma ley regula la estructura y los elementos que todo contrato debe contener para dar origen a lo que Arrubla define como un “*tipo jurídico fundamental y abstracto*”.<sup>12</sup> Ahora bien, la *tipicidad en segundo grado* hace referencia a aquellos elementos naturales definidos en la ley que permiten individualizar a cada contrato y diferenciarlos entre sí.<sup>13</sup> Frente a esto, bien puede identificarse el contrato de franquicia como uno que carece de *tipicidad en segundo grado*, pues el ordenamiento jurídico no regula su marco contractual con especificación de sus elementos esenciales, su estructura y los derechos y obligaciones que corresponden a las partes.<sup>14</sup>

12 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 26-27.

13 *Ibíd.*, p. 27.

14 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 27.



Ante la presencia de éste fenómeno de atipicidad contractual, han sido bastantes los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales para lograr precisar cómo identificar el marco regulador de los contratos atípicos en el ordenamiento colombiano. En ese sentido, los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Guillermo Ospina Acosta, apoyados en el criterio acogido por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1938, afirman que “*el orden de prelación normativa en los actos atípicos debe ser el siguiente: 1) las leyes imperativas; 2) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5) la doctrina constitucional y los principios generales del derecho.*”<sup>15</sup> Sin embargo, el doctrinante Arrubla Paucar difiere de la conclusión a la que llegan Ospina Fernández y Ospina Acosta, pues en materia de contratos mercantiles, considera Arrubla, debe identificarse una graduación normativa diferente que atienda a lo preceptuado en el Código de Comercio.<sup>16</sup> De esta forma, la prelación se conformaría por: i) las disposiciones contractuales; ii) las normas generales de los contratos y obligaciones; iii) la analogía de la ley mercantil; iv) la costumbre mercantil; v) los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia; vi) la costumbre internacional; vii) los principios generales del derecho comercial; y viii) la analogía general.<sup>17</sup> Ahora bien, acogiendo la prelación normativa que propone Arrubla Paucar, es preciso realizar algunas observaciones en relación con el tema que nos ocupa en la presente sección; advirtiendo que para efectos del objeto del presente texto, no serán abordados todos los elementos de la prelación normativa propuesta por el citado autor.

En primer lugar, especial atención merece el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual es principio general en materia contractual, y el fundamento de los contratos atípicos. Así, el artículo cuarto del Código de Comercio prescribe: “*Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.*”; y en concordancia con lo anterior, el artículo 1602 del Código Civil establece: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

15 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 51.

16 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 37.

17 Esta misma prelación normativa es igualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En esta ocasión, la Corte manifiesta que debe tenerse en cuenta, en primer término, las cláusulas del contrato que han pactado las partes y que no sean contrarias al orden público. En un segundo momento, serán entonces aplicables las normas generales de los contratos y obligaciones, así como los usos y prácticas sociales, y en último momento, las normas del contrato típico con el que guarde relación.



El reconocimiento de este principio permite que sean los particulares quienes definan en un primer momento el contenido y alcance de sus relaciones jurídicas, siempre dentro del marco imperativo del orden público, las buenas costumbres y el interés general.<sup>18</sup> Los efectos de este principio aplicados a la determinación del marco regulador del contrato de franquicia, implican que el franquiciante y el franquiciado gocen de una libertad reconocida legalmente para determinar a su arbitrio el contenido, las condiciones y el alcance de su relación jurídica.

Es preciso advertir que el principio de la autonomía de la voluntad privada está limitado por aquellas normas imperativas que son de obligatorio cumplimiento por los particulares, y que obedecen a principios superiores como el orden público y las buenas costumbres.<sup>19</sup> En este sentido, las partes del contrato de franquicia, estarán obligadas a que el contrato contenga en un primer momento los elementos de existencia, validez y oponibilidad de los actos jurídicos para que el contrato se reputa como uno existente y produzca efectos jurídicos, y que se relacionan en el artículo 1502 del Código Civil.<sup>20</sup> Los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, a partir de la crítica que hacen a dicha disposición legal, indican que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos, sin los cuales “(...) *son nada frente al derecho.*” son los que se enumeran a continuación: “*la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto, y la forma solemne*”, siendo este último elemento uno excepcional cuando lo prescriba la ley para que los actos jurídicos se perfeccionen.<sup>21</sup>

Por otro lado, Ospina Fernández y Ospina Acosta, precisan que, a pesar de que un acto jurídico exista, este puede ser “*inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que lo condene a muerte*”, y para ello el acto debe cumplir además con unos requisitos de validez que son: “*la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.*”<sup>22</sup>

18 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 11-15.

19 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 13.

20 “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí mismo sin el ministerio o la autorización de otra.*”

21 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 83-84.

22 *Ibíd.*, p 84-85.



En este contexto, el contrato de franquicia, deberá estar sujeto de igual forma a los principios de oponibilidad y de eficacia de los negocios jurídicos. El primero, hace alusión al deber que tienen los terceros de respetar y no desconocer los negocios jurídicos celebrados por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. No obstante, de manera excepcional podrán desconocer e impugnar dichos negocios cuando se presente que el mismo no ha dado cumplimiento a las formalidades para la publicidad del negocio, cuando no se cumplen los requisitos de existencia y validez del negocio jurídico, o cuando cumpliendo los requisitos de existencia, validez y oponibilidad, dicho negocio jurídico lesiona los derechos ajenos.<sup>23</sup> En relación con la eficacia de los negocios jurídicos, concretamente los de carácter mercantil, el contrato de franquicia deberá someterse dicho régimen, pues el artículo 897 del Código de Comercio establece que *“cuando es este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

Adicionalmente, la ley comercial contiene una serie de disposiciones imperativas relacionadas con el contrato en general, dentro de las cuales se identifican principalmente: reglas relativas a los plazos (art. 829), cláusula penal (art. 867), y el régimen de ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad de los negocios jurídicos (art. 897 a 904). De otro lado, el Código de Comercio colombiano prescribe otras disposiciones imperativas que pueden ser aplicables al contrato de franquicia, y que son principios generales del derecho mercantil<sup>24</sup> como: el abuso del derecho (art. 830) y la buena fe contractual (art. 871).

No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico propugna por mantener una sutil intervención en la conformación y ejecución de las relaciones jurídicas a través de disposiciones de carácter supletivo o dispositivas que son aplicables a las relaciones jurídicas ante la falta de estipulación de los particulares, o por remisión expresa de estos a la ley contractual, las cuales conforman un marco específico para la regulación de las relaciones jurídicas.<sup>25</sup>

De esta forma, el Código de Comercio regula asuntos aplicables a la relación contractual que conforma el contrato de franquicia, las cuales constituyen normas generales del contrato mercantil como: el principio de consensualidad (art. 824) lugar de celebración del contrato

---

23 *Ibíd.*, p 388-389.

24 Es pertinente observar que, en virtud del artículo 822 del Código de Comercio, los principios del derecho civil en materia de contratos y obligaciones son igualmente aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles. Dichos principios están referidos principalmente a la formación del contrato, obligaciones de las partes y sus efectos, interpretación del contrato, y sobre la extinción, anulación o rescisión del contrato (ver artículos 1527 y siguientes).

25 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 14.



(art. 864), la posibilidad de solicitar la revisión del contrato ante circunstancias imprevistas (art. 868), acciones alternativas en caso de mora de alguna de las partes (art. 870), disposiciones relativas al pago de las prestaciones (art. 873 a 886), y la cesión del contrato (art. 887 a 896).

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico colombiano también contiene disposiciones normativas que bien pueden entrar a regular el contrato de franquicia en lo relacionado con cada ámbito específico que abarca este tipo de contrato a saber: el Estatuto Tributario, el régimen cambiario (Ley 9 de 1991), de protección a la competencia (Ley 155 de 1959), y el régimen de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011).

Como ha podido observarse, el ordenamiento jurídico colombiano contiene disposiciones normativas generales aplicables los contratos, que son útiles para la identificación del marco regulador, tanto de la estructura del contrato de franquicia, como de los derechos y obligaciones que derivan de dicho contrato. Sin embargo, estas disposiciones, comunes a todos los contratos, no son suficientes para identificar claramente cuál es la normatividad propia que regula el contrato de franquicia, cuál es su estructura específica, y los derechos y obligaciones que surgen para el franquiciante y franquiciado. Por lo tanto, se hace pertinente el estudio de otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano que siguen criterios internacionales, las cuales pueden otorgar una mayor claridad en la identificación del marco regulador del contrato de franquicia.

Ahora bien, una vez consideradas las generalidades el marco normativo colombiano que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional con base en normas eminentemente nacionales, es pertinente ahora entrar a explorar cuáles normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano, que pueden de igual forma entrar a regular el contrato de franquicia internacional, siguen criterios internacionales.

## **1.2 Normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios internacionales**

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encuentran normas aplicables a las relaciones jurídicas entre particulares que derivan de la ratificación de instrumentos internacionales (Tratados o Convenciones en adelante) relacionadas con aspectos generales tales como: los contratos, la propiedad intelectual y la inversión extranjera. Dichos instrumentos hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, pero al mismo tiempo son producto de los esfuerzos de las organizaciones internacionales por unificar y armonizar el derecho internacional. En este sentido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encontrarán disposiciones normativas que contienen estándares de regulación internacional.



Si bien no existe una regulación internacional uniforme aplicable al contrato de franquicia internacional, los diversos Tratados y Convenciones que han sido ratificados por Colombia son aplicables a este contrato en razón de que regulan temas esenciales aplicables a la franquicia internacional.

En primer lugar, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena en adelante) desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ratificada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999, regula los contratos de compraventa de mercaderías de quienes tengan establecimientos en Estados diferentes.<sup>26</sup> Su contenido regula temas como la formación del contrato, las obligaciones y derechos de las partes, acciones ante el incumplimiento de una de las partes, entre otros.<sup>27</sup> Debido a que la Convención de Viena regula el intercambio internacional de bienes, ésta no es en sí misma el único instrumento idóneo para regular todos los aspectos esenciales del contrato de franquicia internacional; esta sólo resulta aplicable al contrato cuando la franquicia internacional involucre el intercambio de bienes a título de compraventa, y que no se encuentren excluidos de la misma por el artículo segundo de la Convención.<sup>28</sup>

Por otro lado, en materia de propiedad intelectual, asunto esencial para el contrato en estudio, dos tratados internacionales ratificados por Colombia son aplicables al contrato de franquicia internacional, a saber: i) Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, ratificado en Colombia mediante la Ley 178 de 1994, el cual regula temas relacionados con patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales y la competencia desleal, y cuyas disposiciones más importantes son el principio de trato nacional justo y los derechos de prioridad otorgados a los miembros del Convenio; y ii) Tratado de Cooperación en materia de Patentes (Patent Cooperation Treaty), ratificado mediante la Ley 463 de 1998, que crea un sistema internacional para la protección de patentes que incluye, entre otros asuntos, la búsqueda internacional del estado del arte, el proceso de solicitud y otorgamiento de patentes internacionales, y el examen preliminar acerca de si la invención es novedosa, de aplicación industrial y no obvia.<sup>29</sup>

26 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 1.

27 *Ibíd.*, artículo 4.

28 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 11-12.

29 Otro instrumento internacional de importancia en el marco de la regulación de la propiedad intelectual es el Acuerdo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de



Si bien los Tratados descritos anteriormente son de gran importancia para la regulación de la propiedad intelectual que se transfiere con ocasión del contrato de franquicia internacional, estos sólo abarcan un elemento de este contrato y no se refieren al conjunto de derechos y obligaciones generales y primigenias que regulan la relación contractual entre el franquiciante y el franquiciado. Por lo tanto, su aplicabilidad resulta siendo también parcial y específica.

Finalmente, es pertinente hacer referencia a las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN en adelante) que son vinculantes para Colombia en virtud de su membresía derivada del Acuerdo de Cartagena, y que constituyen un sistema jurídico supranacional para el desarrollo e integración del mercado latinoamericano.<sup>30</sup> La CAN ha establecido regímenes comunes sobre el tratamiento de diversos temas, cuyas disposiciones no ingresan al ordenamiento interno colombiano a través de leyes de ratificación; por el contrario, son de aplicación directa y automática por tratarse de un derecho de integración.<sup>31</sup>

Si bien la CAN no regula de forma concreta el contrato de franquicia internacional, ha establecido un régimen común para los asuntos relacionados con la transferencia de tecnología, lo cual es relevante para el contrato de franquicia internacional en virtud de que su objeto involucra la transferencia de derechos de propiedad intelectual.<sup>32</sup>

En este orden de ideas, especial atención merece la Decisión 291 de 1991 de la CAN, que regula el tratamiento de capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías, y prescribe en su capítulo cuarto la importación de tecnología.<sup>33</sup> Al respecto, la antedicha decisión establece que los contratos que impliquen importación de tecnología, asistencia técnica, etc., deberán contener un mínimo de cláusulas que la misma disposición enumera en su artículo decimotercero: “a) *Identificación de las partes, con expresa consignación de su nacionalidad y domicilio; b) Identificación de las modalidades que revista la transferencia de la tecnología que se importa; c) Valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología; d) Determinación del plazo de vigencia.*”.

---

marcas, el cual establece un sistema de clasificación internacional de los bienes y servicios en diferentes clases para simplificar el sistema de registro de marcas a nivel internacional. Si bien Colombia no es parte de este Acuerdo, sí utiliza la Clasificación de Niza que deriva de dicho Acuerdo.

30 Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Artículo 54.

31 Luis Carlos Plata López, Donna Yepes Ceballos, “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla, no. 31, 2009, p. 219.

32 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 16.

33 Luis Humberto Usartiz, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm. 28, abril de 2008, p. 67.



En el mismo sentido, el artículo decimocuarto limita el uso de ciertas cláusulas relacionadas con obligaciones impuestas al receptor de la tecnología de adquirir bienes de una fuente determinada, el uso de determinada materia prima o del personal señalado por quien provee la tecnología; la reserva del derecho del proveedor de la tecnología de fijar los precios de venta o reventa de los bienes elaborados con la tecnología transferida; restricciones en la producción; prohibición del uso de tecnologías competidoras; opción de compra en favor del proveedor de la tecnología; obligación del comprador de la tecnología de transferir al proveedor las mejoras obtenidas en dicha tecnología; obligación de pagar regalías a los titulares de patentes o marcas no utilizadas o vencidas; y demás cláusulas que tengan efectos similares. También prescribe la no admisión de cláusulas que prohíban o limiten la exportación de productos elaborados con base en la tecnología adquirida.

Finalmente, el artículo decimoquinto establece que *“las contribuciones tecnológicas intangibles, en la medida en que no constituyan aportes de capital, darán derecho al pago de regalías, de conformidad con la legislación de los Países Miembros”*, norma que es de común aplicación en los contratos de franquicia y licencia internacional.

En vista de lo anterior, la referida disposición de la CAN regula temas directamente relacionados con el contrato de franquicia internacional, pues el mismo es considerado en sí un contrato de transferencia de tecnología. Así las cosas, las disposiciones mencionadas anteriormente son aplicables al contrato de franquicia internacional en lo que respecta al marco regulador de la relación contractual, pues claramente este instrumento supranacional establece el mínimo de cláusulas que debe contener el contrato y limita el uso de otras. En consecuencia, la decisión 291 de la CAN requiere aplicación directa para la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de franquicia internacional.

En síntesis, es posible observar que las disposiciones normativas que siguen estándares internacionales contienen un mayor grado de detalle en cuanto a la definición del marco regulador del contrato de franquicia, en el sentido de que las mismas establecen específicamente, cuáles disposiciones deben ser tenidas en cuenta por las partes del contrato en su relación jurídica, y cuáles cláusulas deben evitar pactar en el contrato de franquicia. No obstante, al lograr identificar este marco regulador, teniendo en cuenta no solo disposiciones normativas que siguen estándares internacionales sino también nacionales, se evidencia la necesidad de que los Estados, en el caso concreto Colombia, regulen detalladamente las condiciones generales que este contrato debe contener para así alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica de la relación contractual, dada la rápida expansión y creciente promoción de este instrumento contractual como respaldo del desarrollo de relaciones comerciales



internacionales;<sup>34</sup> no resulta entonces suficiente identificar, a partir de normas generales y disposiciones de órganos internacionales, la estructura mínima del contrato de franquicia internacional y los derechos y obligaciones para las partes que derivan del mismo. En la actualidad, se considera necesaria una eventual intervención del poder legislativo, siquiera mínima, para así tener un marco regulador mínimo de este tipo de contrato.

En esta primera sección se ha explorado el marco regulador de la estructura y los derechos y obligaciones subyacentes al contrato de franquicia internacional, identificando las normas del ordenamiento jurídico colombiano que le son aplicables ante la ausencia de determinación del derecho aplicable al contrato por las partes del mismo, y partiendo del supuesto de que el derecho colombiano es aplicable a la relación contractual. En ese sentido, se identificaron normas colombianas que siguen criterios nacionales; y por otro lado se identificaron normas que, si bien hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano vía ratificación o en virtud del derecho comunitario latinoamericano, son de creación internacional y, por ende, siguen estándares internacionales para regular este tipo de contrato.

A continuación se abordará la práctica comercial que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional (2), siguiendo los mismos criterios utilizados en la sección anterior. Es decir, explorando en un primer momento la práctica comercial colombiana que puede entrar a definir el marco regulador del contrato de franquicia (2.1); y en un segundo momento, la práctica comercial internacional que a su vez puede establecer parámetros para identificar el marco regulador del contrato de franquicia internacional (2.2).

## 2. La práctica comercial como derecho aplicable al contrato de franquicia internacional

El derecho no sólo está conformado por normas positivas; una importante fuente de derecho comercial deriva de las prácticas comerciales de los negociantes, los usos del comercio internacional, los laudos de los tribunales arbitrales y demás instrumentos normativos que constituyen un derecho positivo diferente al derecho estatal. Este derecho es lo que se ha denominado como *lex mercatoria* o práctica comercial, que no está determinada por la intervención del poder legislativo de los Estados.<sup>35</sup>

34 Sobre el particular, se destaca el auge que las franquicias han tenido en Colombia en los últimos 12 años, como se evidencia con *Subway*, *Pintacasa* y *Starbucks*, entre otros. Gabriel Forero Oliveros, “Franquicias de restaurantes y comercio, las de mejor auge en el mercado colombiano”, *La República* [en línea], edición nacional, Bogotá 28 de junio de 2014, disponible en: <[http://www.larepublica.co/franquicias-de-restaurantes-y-comercio-las-de-mejor-auge-en-el-mercado-colombiano\\_138981](http://www.larepublica.co/franquicias-de-restaurantes-y-comercio-las-de-mejor-auge-en-el-mercado-colombiano_138981)>; “Starbucks completará 10 tiendas en el primer año en Colombia”, *Portafolio* [en línea], edición nacional, agosto 05 de 2015, disponible en: <<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/starbucks-completara-10-tiendas-primer-año-colombia-35270>> consulta: 23 de septiembre de 2016.

35 *Ibíd.*



La importancia de esta fuente de derecho radica en que es un instrumento de regulación de las relaciones contractuales complementario al derecho legislado, por cuanto ofrece armonización y unificación de la forma como se desarrolla el comercio tanto en el ámbito nacional como internacional.<sup>36</sup> A su vez, la *lex mercatoria* permite reducir la incertidumbre y los conflictos que surgen en las relaciones contractuales, mediante la interpretación de los actos de las partes y la integración de asuntos como la estructura y los derechos y obligaciones derivadas del contrato de franquicia internacional. La *lex mercatoria* bien puede ser desarrollada y aplicada dentro de un Estado, o también puede ser conocida y aplicada por comerciantes de diferentes países. En este sentido, la práctica comercial colombiana y la práctica comercial internacional resultan aplicables al contrato de franquicia internacional en lo relacionado con los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciado que conforman dicha relación contractual. Así las cosas, es pertinente estudiar en detalle cómo ésta práctica comercial, tanto doméstica (2.1) como internacional (2.2) es aplicable a los contratos de franquicia internacional para suplir los vacíos normativos relacionados con la regulación del mismo.

## 2.1 Práctica comercial colombiana aplicable al contrato de franquicia internacional

Es posible identificar en un primer momento el reconocimiento que el ordenamiento jurídico colombiano hace a los usos y prácticas de los comerciantes, tal como lo prescribe el artículo 3° del Código de Comercio: “*la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella*”. En igual sentido, el artículo 5° presenta a la costumbre mercantil como fuente auxiliar de interpretación de los actos y convenios mercantiles. Las anteriores disposiciones dan cuenta de la importancia de la costumbre como fuente de derecho en las relaciones comerciales, pues ostenta el mismo rango de autoridad que la ley derivada de un proceso legislativo. En este orden de ideas, podría afirmarse que la costumbre mercantil otorga una *tipicidad social* a los contratos que “*no están individualizados ni regulados en la ley civil o comercial pero se practican en forma reiterada por parte del conglomerado social y que, por lo tanto, en esos usos tienen una función identificable e incluso una regulación*”.<sup>37</sup>

36 Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012. p. 145-146.

37 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 28.



Por lo tanto, la costumbre mercantil entra a jugar un papel importante en la identificación del marco regulador aplicable a la estructura del contrato de franquicia, y a los derechos y obligaciones que surgen con ocasión de la suscripción de este contrato.

Hasta la fecha, sólo se ha logrado identificar que la Cámara de Comercio de Bogotá ha recopilado en un listado electrónico la costumbre mercantil aplicable a los diferentes actos y negocios de naturaleza mercantil, concretamente el contrato de franquicia, que claramente aportan elementos relevantes para ser considerados como componentes del marco regulador de este contrato. De esta forma, la Cámara de comercio ha recopilado las siguientes prácticas comerciales dentro de la categoría *F- Contratos de riesgo compartido y franquicias*:

*“(...) F.3. El Know how en los contratos de franquicia. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia, que el franquiciante, para transmitir su know how, suministre al franquiciado entrenamiento inicial y capacitación permanente respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia. F.4. La entrega del Manual de operaciones en los contratos de franquicia. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en el contrato de franquicia, el franquiciante entregue al franquiciado, un manual de operaciones y procedimientos con la finalidad de que este último pueda realizar exitosamente el negocio contratado. (...) F.7. El franquiciante puede ejercer auditoría permanente sobre el negocio franquiciado. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciante realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que este implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada. F.8. El deber de confidencialidad en la franquicia. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en los contratos de franquicia, el franquiciado tiene la obligación de confidencialidad sobre el know how transferido”.*<sup>38</sup>

Como se puede observar, la práctica comercial recopilada por la Cámara de Comercio de Bogotá ofrece un contenido más detallado con relación a los elementos que estructuran y regulan el contrato de franquicia, los cuales pueden considerarse esenciales a éste, frente a las disposiciones normativas analizadas en la sección (1.1) del presente texto, las cuales constituyen normas generales aplicables a todos los contratos.

Por otra parte, en el contexto de los contratos de franquicia, se encuentran los códigos deontológicos, los cuales son un instrumento desarrollado por las asociaciones de franquicia para autorregular la estructuración y desarrollo de las relaciones contractuales derivadas del

38 Cámara de Comercio de Bogotá, “Listado de costumbres mercantiles”, [en línea], disponible en: <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>, consulta: 26 de agosto de 2016.



contrato de franquicia. Con base en este propósito, estos códigos también son una fuente importante de derechos y obligaciones que en la práctica las partes pactan en sus contratos de franquicia. En el caso de Colombia, la Cámara Colombiana de Franquicias (Colfranquicias en adelante), constituida en 2012 con la finalidad de ser una canal de expansión de la franquicia como modelo de negocio, ha creado el *Código de ética para las franquicias en Colombia*, con el propósito de que el mismo constituya un “*código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la Franquicia en Colombia*”.<sup>39</sup> En su preámbulo, hace referencia al origen del código, el cual resulta de la indagación y comparación de los diferentes códigos deontológicos que sobre la franquicia se han desarrollado en distintos Estados. El Código de ética para las franquicias en Colombia deriva, pues, de los principios contenidos en el *Código Deontológico de la Asociación Europea de Franquicias*, por considerarlo el más acorde con los postulados de Colfranquicias. Finalmente, Colfranquicias advierte, en el preámbulo del Código de ética, que la adhesión a la asociación implica el compromiso con el cumplimiento de las disposiciones que el Código de ética establece.

Así pues, en cuanto a los derechos y obligaciones entre franquiciante y franquiciado, el Código de ética, además de lo establecido con relación al concepto de franquicia, las principales obligaciones del franquiciante y franquiciado en relación con la franquicia como modelo de negocio y el deber de información que debe regir la relación precontractual, establece, en su consideración quinta,<sup>40</sup> las condiciones en las cuales el contrato de franquicia debe ser desarrollado en el territorio colombiano.

En primer término, advierte sobre el cumplimiento de la legislación colombiana vigente aplicable al contrato de franquicia, así como las disposiciones contenidas en el Código de ética. Luego, prescribe la obligación para el franquiciado de proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciado, así como el mantenimiento de la identidad y reputación del mismo. Finalmente, establece los aspectos esenciales mínimos que debe contener el contrato de franquicia, sin dejar de advertir que su contenido deberá estar libre de toda ambigüedad. Así pues, establece que el contrato de franquicia deberá contener, como mínimo:

*“I) Los derechos otorgados al franquiciante; II) Los derechos concedidos al franquiciado; III) Los productos y/o servicios y/o tecnologías a suministrar al franquiciado; IV) Las obligaciones del franquiciante; V) Las obligaciones del franquiciado; VI) Los montos, conceptos y condiciones de pago por parte del franquiciado; VII) La duración, la*

<sup>39</sup> *Código de ética para las franquicias en Colombia*, p. 1.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 5 y ss.



*cual debería ser lo suficientemente larga para permitir a los franquiciados amortizar sus inversiones iniciales específicas de la franquicia; VIII) La base para cualquier renovación del contrato; IX) En caso de preverse la posibilidad del franquiciado de ceder a terceros el negocio, el objeto de la franquicia, las condiciones bajo las cuales el franquiciado podrá hacerlo y los eventuales derechos de prioridad del franquiciante al respecto; X) Las disposiciones relacionadas con el derecho de uso del franquiciado sobre los signos distintivos, el nombre comercial, marca de productos o servicios, rótulos, logotipo u otros derechos de propiedad intelectual del franquiciante; XI) El derecho del franquiciante de adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados; XII) Las disposiciones relativas a la terminación del contrato; y XIII) Las disposiciones relativas a la inmediata entrega a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciante o a otro titular del mismo”.<sup>41</sup>*

Como puede observarse, el Código de ética logra recopilar los elementos esenciales que deben regir la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado en el marco del contrato de franquicia. Éste Código de ética resulta aplicable en gran medida a los contratos de franquicia, pues como ya se advirtió, el ordenamiento jurídico le otorga a la costumbre mercantil y las regulaciones sociales la misma autoridad que a la ley proveniente de un proceso legislativo siempre que no se oponga a lo prescrito en ella. Otro elemento relevante que conforma la práctica comercial como regulación complementaria del contrato en estudio, está conformado por las decisiones de los tribunales arbitrales que, a partir de la solución de casos concretos, desarrollan criterios uniformes de interpretación de las disposiciones contractuales y normativas.

No obstante su relevancia como práctica comercial complementaria, hasta la fecha sólo de ha logrado identificar dos laudos arbitrales, cuyo contenido normativo puede ilustrar la importancia de esta fuente de derecho. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., resolvió la controversia surgida entre el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. - Panaca S.A. y el Parque Agropecuario de la Sabana S.A.,<sup>42</sup> originada por el incumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la transferencia del *Know How* por parte del franquiciante, Panaca S.A., y del pago de las regalías a cargo del franquiciado, el Parque Agropecuario de la Sabana S.A. El tribunal procedió a analizar cada punto controvertido por las partes a la luz

41 *Código de ética para las franquicias en Colombia*, p. 6.

42 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral *Panaca v. Sabana*, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.



de los principios “*de lo que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*”, la “*buena fe*”, y “*la conservación de la empresa*”. Si bien en el marco de esta controversia el Tribunal no sometió a consideración elementos nuevos que pueden entrar a conformar el marco regulador del contrato de franquicia, el Tribunal analizó y reconoció la importancia del principio general de la *buena fe* contractual como componente del marco regulador del contrato de franquicia; en ese sentido, dicho principio fue valorado por el Tribunal como criterio de valoración de la conducta de las partes de cara a la controversia contractual. Este principio constituye la base para el reproche realizado por el Tribunal a ambas partes, por cuanto las mismas omitieron el deber de “*revisar los términos de su relación contractual y patrimonial, y proceder con los ajustes correspondientes de los términos del contrato (...) ambas partes debieron actuar con prudencia y con el propósito de conservar la ejecución del contrato sin llegar a la adopción de medidas extremas (de dar por terminado el contrato de franquicia con fundamento en el incumplimiento del pago de las regalías debidas por el franquiciado)*”.<sup>43</sup> El Tribunal decide no dar mérito a la pretensión de dar por terminado el contrato, por cuanto considera que ambas partes dificultaron el desarrollo de su relación contractual, y “*no adoptaron las medidas que ofrece el ordenamiento jurídico para asegurar o reestructurar el pago de las regalías por parte del franquiciado*”.<sup>44</sup>

En virtud de lo anterior, es posible advertir la importancia otorgada al principio de la *buena fe*, pues en toda relación contractual, sea típica o atípica, se propugna por la “*la transparencia y la reciprocidad en las relaciones contractuales*”.<sup>45</sup>

En un segundo laudo arbitral relevante para el objeto de estudio, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la ciudad de Medellín también delimita los alcances de la regulación del contrato de franquicia, haciendo alusión a las normas generales que rigen los contratos y las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano. En ese sentido, a partir de la controversia surgida entre Alba Lucía Ballesteros y Diego León Gil contra Lavacars Móvil S.A.S. ante el incumplimiento de los plazos determinados en los contratos de franquicia suscritos por las partes, el Tribunal de arbitramento desarrolla sus consideraciones jurídicas teniendo en cuenta “*las normas generales en materia de obligaciones y contratos establecidas en*

---

43 Ibid.

44 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral *Panaca v. Sabana*, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.

45 Lina María Loaiza, *Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica* (proyecto de grado), Universidad Icesi, Santiago de Cali, 2012, p. 30.



el *Código de Comercio* y en el *Código Civil*".<sup>46</sup> En igual sentido, el Tribunal se apoya en las normas para la interpretación de los contratos contenidas en el *Código Civil*, concretamente los criterios referidos a la *prevalencia de la intención* y la *interpretación sistemática por comparación y por aplicación práctica* para luego concluir que las cláusulas contractuales pactadas por las partes, y redactadas por el franquiciante, son contrarias a realidad de como el contrato fue ejecutado, y por ende, van en contravía del principio de la *buena fe*:

*"de acuerdo con la Ley los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en ese sentido encuentra el Tribunal que la parte convocada (Lavacars Móvil S.A.S), sin entrar a calificar su actuación, de un lado celebró unos contratos de franquicia con unas cláusulas contractuales, redactadas por ella, contentivas de unas obligaciones para la parte convocante cuyo cumplimiento era imposible y que contradecían la realidad, en el sentido de que el control de los puntos de venta autorizados los tenía ella -la demandada-, en razón o como consecuencia de los contratos de concesión de espacios (...), y de otro lado a sabiendas de la prohibición expresa de cesión que tenía en dichos contratos de concesión de espacio."*<sup>47</sup>

Una vez más se evidencia el reconocimiento que el Tribunal arbitral hace sobre la importancia del principio de la *buena fe* como componente regulador de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado, así como la utilidad de las normas generales sobre contratos y obligaciones aplicables al contrato de franquicia.

En consecuencia, es posible observar, a partir de los ejemplos presentados, que no obstante el contrato de franquicia carece de tipicidad, pues no contiene un marco regulador general que detalle su estructura y los derechos y obligaciones del mismo, los árbitros tienden a dar aplicación de principios generales de interpretación como lo es la *buena fe contractual*, como criterio para resolver las controversias que en el contexto de este contrato se presenten. De esta forma, dicho principio constituye una guía para el desarrollo de la práctica comercial colombiana aplicable al contrato de franquicia.

Ahora bien, una vez considerada la importancia de la práctica comercial colombiana como elemento que puede entrar a regular el contrato de franquicia, es pertinente ahora el estudio de la práctica comercial internacional que puede resultar aplicable al contrato de franquicia internacional.

46 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, laudo arbitral *Alba Lucía Ballesteros y otro v. Lavacars Móvil S.A.S*, Medellín, Antioquia, Colombia, 08 de mayo de 2015.

47 *Ibíd.*



## 2.2 Práctica comercial internacional aplicable al contrato de franquicia internacional

La *lex mercatoria* internacional está conformada por diferentes instrumentos jurídicos, como las normas denominadas *soft law*, las cuales, en materia comercial son principalmente disposiciones que provienen de las diferentes organizaciones internacionales dedicadas a la producción normativa de instrumentos de autorregulación y que derivan su fuerza vinculante de la autonomía de las partes que las incorporan dentro del contrato, o de los Estados que las hacen parte de su legislación interna.<sup>48</sup> Estas normas también permiten a los Estados y particulares modificar sus disposiciones con el fin de atender las particularidades de cada caso, y así suplir los vacíos legales que presentan las diferentes regulaciones internacionales que componen el *hard law*, todo con la finalidad de promover y lograr de alguna manera la unificación del derecho comercial internacional.

De igual forma, los laudos de los tribunales internacionales de arbitraje permiten identificar cuáles aspectos merecen atención en cuanto a la regulación de los derechos y obligaciones de las partes, en el marco de la resolución de los conflictos que surgen con ocasión de la celebración de contratos internacionales.<sup>49</sup>

Con relación al contrato de franquicia internacional, diversos instrumentos de *soft law* han sido desarrollados por las organizaciones internacionales. Principalmente, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) ha desarrollado diversos instrumentos directamente vinculados con el contrato de franquicia internacional, a saber: i) Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998; ii) Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia de 2002; y iii) los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

La Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia (Ley Modelo en adelante) tiene como objetivo ser un instrumento dirigido a los legisladores de los Estados para que éstos incluyan en sus legislaciones los asuntos relativos a la información sustancial relacionada con la franquicia que los contratantes deben conocer previo a la celebración del contrato, creando así seguridad y certeza a la futura relación jurídica.<sup>50</sup>

48 Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012. p. 147-148.

49 Es preciso resaltar la importancia que el ordenamiento jurídico colombiano otorga a la práctica comercial complementaria, según lo establece el Código de Comercio en su artículo 7°: “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.”

50 *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*, 2004, p. 16.



Si bien este instrumento de Derecho Internacional está dirigido a los legisladores y se centra sólo en la fase precontractual del contrato de franquicia,<sup>51</sup> es posible encontrar en la Ley Modelo elementos que permiten ilustrar aquellos aspectos fundamentales que conforman el marco regulador del contrato de franquicia internacional y los derechos y obligaciones de las partes. En este orden de ideas, el artículo sexto de la Ley Modelo “*exige la revelación de la información que se inserta normalmente en el contrato propiamente dicho porque tienen, en la mayoría de los casos, una importancia particular para la relación entre las partes. La razón por la cual se enumera en este artículo, a pesar de que normalmente se contiene en el propio contrato, es que no siempre se trata satisfactoriamente en el mismo*”.<sup>52</sup> Debido a esto, la Ley Modelo exige incluir en el documento de información, salvo que ya esté suficientemente precisada en el contrato, aspectos relativos a: i) Duración y condiciones de renovación; ii) Programas de formación inicial y continua, con especificación de su duración, intensidad horaria, periodicidad de los mismos, costo y el carácter obligatorio de la formación; iii) El alcance de los derechos de exclusividad concedidos al franquiciado, incluyendo la reserva que puede hacer el franquiciador respecto a la posibilidad de licenciar el uso de las marcas cubiertas por la franquicia, o vender y distribuir los bienes objeto de la franquicia a través del mismo o de otro canal de distribución en el territorio o el mercado asignado al franquiciado; iv) Las limitaciones que tienen los derechos de exclusividad otorgados, en relación con el territorio y los clientes con los que operará el franquiciado, así como los bienes y/o servicios que tiene derecho a vender; v) Las condiciones frente a las cuales tanto el franquiciador como el franquiciado pueden dar por terminado el contrato de franquicia y los efectos de tal rescisión en lo que respecta a los derechos de cada una de las partes; vi) La obligación de no competencia durante la vigencia del contrato y durante un tiempo posterior a su terminación; vii) El canon que debe pagar el franquiciado para ingresar a la franquicia, así como si este es reembolsable en una parte y cómo se realizará el mismo; viii) Los pagos adicionales que debe el franquiciado al franquiciador, y su incremento para compensar las retenciones de impuestos; ix) Las condiciones relativas a la cesión u otra forma de transferencia de la franquicia a terceros; y x) La elección del foro y la ley aplicable al contrato, así como el procedimiento para la resolución de controversias entre las partes.

Este conjunto de información puede ser tenido como criterio ilustrativo de cuáles derechos y obligaciones deberían conformar el marco regulador de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado ante la ausencia de un derecho aplicable al contrato o de la ineficiencia del mismo, Si bien a la fecha no se ha encontrado indicios de su implementación

---

51 *Ibíd.*, p. 25.

52 *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*, 2004, p. 43.



por los Estados, debido al detalle con el cual regula los componentes esenciales que el contrato de franquicia internacional debe contener, esta Ley Modelo es considerada por la doctrina como un instrumento que debe ser tenido en cuenta y aplicado por los Estados para lograr, no sólo mayor seguridad jurídica en la regulación de la relación contractual de la franquicia internacional, sino también un mayor grado de unificación del derecho comercial internacional.<sup>53</sup>

Por otro lado, la Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998 es un instrumento de gran importancia desarrollado por Unidroit, pero debido a que propone una regulación uniforme para los acuerdos de franquicia principal y sub-franquicia, no será analizado en este artículo, ya que dicha guía apunta a fenómenos que no son en sentido estricto objeto del presente estudio, aquellos en los cuales “*el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador, el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia*”.<sup>54</sup> Sin embargo, dicha guía es una muestra de práctica comercial internacional que demuestra la variedad de posibilidades de negociación que se derivan del contrato de franquicia.

Finalmente, Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 (Principios Unidroit) contienen reglas generales que son aplicables a los contratos internacionales incluso cuando las partes no han elegido el derecho aplicable al contrato. El propósito de este instrumento es servir de mecanismo para interpretar o complementar el derecho nacional en lo relativo a los contratos internacionales.<sup>55</sup> En este orden de ideas, los Principios Unidroit contienen once capítulos en donde se regulan aspectos contractuales fundamentales tales como: la autonomía de la voluntad de las partes, interpretación de los Principios Unidroit, el principio de buena fe y lealtad negocial, notificaciones y plazo, trato entre las partes y las conductas que les son vinculantes; la formación del contrato mediante oferta y aceptación de la misma, y reglas sobre la representación; la validez del contrato, los vicios del consentimiento, cuyas disposiciones son imperativas, las causales de anulación del contrato y sus efectos, y la ilicitud del contrato por violación de normas de carácter imperativo; interpretación del contrato; contenido de las obligaciones contractuales, las estipulaciones a favor de terceros

53 Como ejemplo de ello, Andrés Felipe Quiroga Olaya resalta en su texto “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina” la relevancia de este instrumento de derecho internacional por su detallado contenido con relación al contrato de franquicia.

54 *Guía UNIDROIT de franquicia*, 2005, p. 2, consulta: 22 de marzo de 2016.

55 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, consulta: 28 de marzo de 2016.



y las obligaciones condicionales; cumplimiento del contrato y la excesiva onerosidad; incumplimiento del contrato, el derecho a reclamar el cumplimiento, y la resolución del contrato por incumplimiento y su resarcimiento; compensación de obligaciones dinerarias; cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión del contrato; prescripción de los derechos establecidos en los Principio Unidroit; y pluralidad de deudores y de acreedores.

Como puede observarse, los Principios Unidroit regulan los aspectos más relevantes que subyacen a la relación contractual comercial, y por su naturaleza de *lex mercatoria* se constituyen en criterios internacionales con el propósito de promover una regulación uniforme internacional para estos contratos. Dado que el contrato de franquicia internacional es precisamente un contrato internacional, le son aplicables los Principios Unidroit, conforme a lo establecido en el preámbulo de dicho documento, así las partes no hayan elegido el derecho aplicable al contrato. Estos principios bien pueden conformar el marco regulador del contrato de franquicia internacional, en lo que respecta a las obligaciones de las partes que no tengan que ver con la transferencia de propiedad intelectual y *know-how*.

Adicionalmente, dentro de las disposiciones internacionales de *soft law* también se encuentran instrumentos como los “*códigos de conducta*”, un instrumento de autorregulación que, en el caso de las franquicias, son desarrollados por diferentes asociaciones alrededor del mundo para regular de mejor manera la forma en que las relaciones de franquicia son establecidas, estructuradas, implementadas y terminadas.<sup>56</sup> Los códigos de ética tiene como propósito: presentar ideales sobre lo que se considera correcto o incorrecto, educar mediante comentarios e interpretaciones para resolver dilemas éticos, y regular la conducta mediante sanciones. Este último propósito es buscado por los códigos de conducta ante la ineficacia de las leyes en materia de regulación y de la mayor velocidad de los negocios sobre la legislación.<sup>57</sup>

Las disposiciones de éstos códigos, en materia de franquicia internacional, generalmente contienen temas relacionadas con principios éticos como la buena fe y lealtad entre las partes; la veracidad de la información revelada; notificaciones y debido proceso en caso de conflictos entre las partes o incumplimiento contractual. Otros temas tienen que ver con la integridad y reputación del concepto de franquicia o su sistema y el cumplimiento de las leyes aplicables a la franquicia internacional; prohibición de publicidad engañosa; mantenimiento de una efectiva comunicación entre las partes; otorgamiento de productos y servicios de

56 John F. Preble and Richard C. Hoffman, “*The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe*” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999. p. 240, consulta: 03 de junio de 2016.

57 *Ibíd.* p. 240-241.



calidad; no divulgación de secretos comerciales propiedad de la otra parte; no discriminación; y salvaguarda del interés público.<sup>58</sup>

Como puede observarse, estos temas, más que constituir un suplemento ante los vacíos legales, lo que hacen es reforzar normas existentes y aplicables al contrato de franquicia internacional. Si bien las disposiciones contenidas en los códigos de conducta constituyen autorregulación, los mismos contienen disposiciones para inducir a su cumplimiento, en el sentido de condicionar la membresía a estas asociaciones al cumplimiento de sus códigos de conducta, y así garantizar el alcance de sus propósitos.<sup>59</sup>

En consecuencia, los códigos de ética constituyen una práctica comercial que complementa la regulación del contrato de franquicia. Las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden suscribir un contrato de franquicia internacional con base en las disposiciones que las diferentes asociaciones de franquicias han elaborado, y así, lograr un marco contractual completo y seguro.

Finalmente, en cuanto a los laudos de tribunales arbitrales internacionales que resuelvan controversias relacionadas con el contrato de franquicia internacional, es preciso advertir que la reserva de la información dificulta la labor investigativa y, por lo tanto, el análisis de la práctica comercial derivado de este tipo de fuente del derecho en materia de franquicia internacional debe basarse, bien sea en fuentes secundarias, o en analogía con los principios utilizados en procedimientos arbitrales de derecho comparado. Un ejemplo final en este sentido puede señalarse en el caso *Dyno Rod v Reeve*, y en el caso *Chipsaway v Kerr.*, llevados a cabo en los años 1998 y 2008, respectivamente, en los Estados Unidos. Ambos casos presentan elementos relevantes sobre práctica comercial con relación al tema de cláusulas restrictivas. En ambos casos, se resuelven controversias relacionadas con el incumplimiento de cláusulas de no competencia posterior a la terminación del contrato de franquicia. Con relación a esto, los órganos jurisdiccionales manifestaron que el propósito de éstas cláusulas restrictivas es permitir al franquiciante encontrar, durante el término que dure la restricción de competencia, un nuevo franquiciado en el territorio. Se argumentó que el principio de *buena fe* rige la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado, pero que al terminar dicho contrato, los intereses del franquiciante y su *buena fe* se ven expuestos ante el antiguo franquiciado, y por ende, adquiere una posición vulnerable. La relevancia de estos casos para la práctica comercial con relación al contrato de franquicia, es que

58 John F. Preble and Richard C. Hoffman, “The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999. p. 248, consulta: 03 de junio de 2016.

59 Ibid. p. 249.



las cláusulas restrictivas, siempre que sean proporcionales, son permitidas en el contrato con el propósito de restringir la competencia que puede el franquiciado ejercer luego de la terminación del contrato, para así el franquiciante retomar los negocios con un nuevo franquiciado.<sup>60</sup> Otros casos de derecho comparado consultados hacen evidente la utilización de prácticas y principios como los señalados en las secciones anteriores.

## Conclusiones

Luego de explorar y describir cuáles normas colombianas pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional con base en criterios legislativos nacionales e internacionales, así como la práctica comercial complementaria, tanto nacional como internacional que pueda ser útil a la regulación del contrato de franquicia internacional, es posible llegar a concluir el presente texto haciendo las siguientes apreciaciones.

A partir del estudio realizado, se logró explorar e identificar elementos específicos que pueden ser útiles para la determinación del marco general que regula el contrato de franquicia internacional, dada su importancia como alternativa comercial para la incursión en nuevos mercados a partir de la explotación de un sistema de negocio consolidado, lo cual conlleva el crecimiento de las empresas y, por ende, de la economía a través de la expansión del mercado y la inversión extranjera; y considerando el hecho de que este es un contrato atípico tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como a nivel internacional.

En virtud de la exploración académica llevada a cabo, es posible concluir que, no obstante la existencia de un buen sistema normativo colombiano que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional, mediante normas que siguen estándares tanto nacionales como internacionales, la práctica comercial complementaria, tanto nacional como internacional, es así misma una importante fuente de derecho que ofrece suficientes elementos para determinar el contenido de la relación contractual de la franquicia internacional.

En este contexto, y considerando especialmente relevante la normatividad colombiana con estándares internacionales, en un primer momento merece especial atención la Decisión 291 de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones, que claramente identifica cuál debe

---

60 Alex Dan, *Chipsaway judgment overturned on appeal: Chipsaway International Ltd v Errol Kerr (2008)* [en línea], 29 de abril de 2009, disponible en: < [http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Franchising\\_and\\_distribution\\_arrangements/Chipsaway\\_29april09](http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Franchising_and_distribution_arrangements/Chipsaway_29april09)> consulta: 23 de septiembre de 2016.

Alexander Goold, *Can a franchisor still prevent its ex-franchisees from competing?* [en línea], 20 de diciembre de 2006, disponible en: < <http://www.hardwicke.co.uk/insights/archive/articles/commercial-can-a-franchisor-still-prevent-its-ex-franchisees-from-competing>> consulta: 23 de septiembre de 2016.



ser el contenido del contrato de franquicia internacional (como contrato de transferencia de tecnología), al indicar cuáles cláusulas mínimas debe contener el contrato de franquicia internacional, y cuáles cláusulas deben limitarse o incluso proscribirse en el marco de este tipo de contratos. Por su parte, los tratados y convenciones internacionales también prestan un buen punto de apoyo para la identificación de cláusulas y disposiciones que pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional en temas específicos, tales como la protección de la propiedad intelectual y la compraventa internacional de mercaderías.

Ahora bien, también es posible concluir la relevancia de la práctica comercial complementaria como componente regulador aplicable al contrato de franquicia internacional, pues permite, no sólo complementar las disposiciones normativas existentes de manera dispersa en el ordenamiento jurídico, sino también proveer mayor seguridad a la relación contractual, pues el derecho positivo no siempre es suficiente para los operadores jurídicos en su labor de identificar el marco regulador del contrato de franquicia internacional.

Es considerable la labor de la Cámara de Comercio de Bogotá en cuanto a la identificación de aquellos usos y prácticas comerciales que realizan los comerciantes colombianos en el marco del contrato de franquicia. Así mismo, el Código de ética elaborado por Colfranquicias es un instrumento de gran utilidad, pues recopilar los elementos esenciales que deben regir la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado en el marco del contrato de franquicia. Por último, los laudos arbitrales estudiados permiten comprender cómo es delimitado el contrato de franquicia, y las obligaciones de las partes, a partir de la preeminencia otorgada al principio de la buena fe contractual, así como a las disposiciones generales en material contractual.

Ahora bien, la práctica internacional complementaria ofrece una amplia y completa regulación del contrato de franquicia internacional, como se indicó en la sección respectiva, los instrumentos de Unidroit y los diferentes códigos de ética elaborados por las asociaciones de franquicias, establecen en forma directa y minuciosa los componentes reguladores del contrato de franquicia internacional. En este sentido, especial atención debe prestarse a las disposiciones de la Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia de 2002; y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

No obstante lo anterior, queda aún por resolver cuál es el aporte sustancial que las decisiones arbitrales internacionales pueden realizar con miras a la identificación del marco regulador del contrato de franquicia internacional, dado que este tipo de fuentes no logran aportar información suficiente para el desarrollo del tema en cuestión.



Sin duda es posible identificar la importancia de la práctica comercial a la legislación como un instrumento que puede aportar mayores criterios normativos para la regulación del contrato de franquicia internacional, así como la mayor estructuración de este tipo de contrato con base en las fuentes de derecho internacional.

## Bibliografía

Arrubla Paucar, Jaime, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002.

Cámara de Comercio de Bogotá, “*Listado de costumbres mercantiles*”, [en línea], disponible en: <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, laudo arbitral Alba Lucía Ballesteros y otro v. Lavacars Móvil S.A.S, Medellín, Antioquia, Colombia.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral Panaca v. Sabana, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.

Colfranquicias, *Código de ética para las franquicias en Colombia*.

Comunidad Andina de Naciones, *Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*, 1969.

Congreso de la República de Colombia, Ley 57 de 1887 por medio del cual se expide el Código Civil colombiano.

Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971 por el cual se expide el Código de Comercio colombiano.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Esplugues Mota, Carlos et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006.

----- *Guía UNIDROIT de franquicia*, 2005.

Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 3° edición, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

de Miguel Asnesio, Pedro A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, segunda edición, Civitas, 2000, Madrid, España.

----- *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*.



- Loaiza, Lina María, *Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica* (Tesis de grado), Universidad Icesi, Santiago de Cali, 2012.
- Londoño Álvarez, Miguel Fernando, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 26, núm. 26, 2005.
- Plata López, Luis Carlos y Yepes Ceballos, Donna, “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla, no. 31, 2009.
- Preble, John F. and Hoffman, Richard C., “The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999.
- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia.
- Oviedo Albán, Jorge, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012.
- Quiroga Olaya, Andrés Felipe, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República, *Globalización* (2015), [en línea], disponible en: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>
- Ustariz, Luis Humberto, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm, 28, abril de 2008.

# REFLEXIONES SOBRE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL<sup>1</sup>

---

THOUGHTS ON TRANSITIONAL JUSTICE PROCESSES

---

✉ POR: DIEGO GARCÍA-SAYÁN<sup>2</sup> Y MARCELA GIRALDO MUÑOZ<sup>3</sup>

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 24 de octubre de 2016

## Resumen

*Este artículo hace referencia a los procesos de justicia transicional, la interacción entre sus diferentes componentes y el equilibrio que se debe buscar generar entre los mismos. Específicamente el artículo busca reflexionar, desde lo previsto por distintos tratados analizados, sobre la obligación estatal de sancionar a quienes sean condenados por la comisión de las conductas en ellos referidas y las penas que de allí se derivarían. En este sentido, se mencionan temas que surgen durante los procesos de justicia transicional tales como el juzgamiento de responsables de graves crímenes y las medidas de reparación que deben garantizarse a las víctimas de los mismos con el doble fin de no desincentivar la participación de las partes en los procesos de paz y de respetar los derechos a las víctimas a una verdadera reparación integral. Adicionalmente, se hace referencia a los casos en los que la Corte Interamericana se ha tenido que pronunciar sobre violaciones a los derechos*

- 
- 1 El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
  - 2 Abogado peruano, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ex Ministro de Relaciones Exteriores y ex Ministro de Justicia del Perú. Profesor universitario y autor de numerosos libros y trabajos en relaciones internacionales, derechos humanos y administración de justicia.
  - 3 Abogada colombiana egresada de la Universidad EAFIT de Medellín, con LL.M. en Derecho Internacional Humanitario de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. En la actualidad es abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



*humanos en contextos en donde se han adoptado medidas tales como las amnistías, cuál ha sido el desarrollo de estándares que la Corte ha hecho en los mismos y las razones para que, en nuestra opinión, ello haya ocurrido de esa manera.*

**Palabras claves:** *justicia transicional, Corte Interamericana, penas, amnistías.*

## **Abstract**

*This article refers to the processes of transitional justice, the interaction between its different components and the balance that should be sought between them. Specifically, the article seeks to ponder, from the provisions of various treaties analyzed, on the State's obligation to punish those who are convicted for transgressions under those treaties, and the penalties that would result therefrom. In this regard, issues that arise during transitional justice processes are mentioned, such as the prosecution of those responsible for serious crimes, and the reparations that must be guaranteed to the victims of those crimes, with the double aim of not discouraging the participation of parties to peace processes and to respect the rights of victims to true integral reparation. In addition, reference is made to cases in which the Inter-American Court has had to make reference to human rights violations in contexts where measures such as amnesties have been adopted, what has been the development of standards that the Court has made in those cases, and the reasons why, in our opinion, this has happened in that way.*

**Key words:** *transitional justice, Inter-American Court, punishments, amnesties.*

## **Introducción**

En las últimas décadas se han llevado a cabo en el mundo varios procesos de justicia transicional. Algunos de ellos buscando hacer una transición de regímenes dictatoriales a democracias y, en otros casos, de situaciones de conflictos armados no internacionales a tiempos de paz. Este artículo busca referirse a aspectos generales que resultan críticos en el diseño y puesta en funcionamiento de los mecanismos de justicia transicional. En adición, se hará referencia a algunos casos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, el Tribunal o la Corte Interamericana) en los que este organismo jurisdiccional ha tenido que enfrentarse con casos de violaciones a derechos humanos ocurridas en distintos países del continente en contextos donde se ha hecho uso de amnistías.



El punto medular que se quiere resaltar es que la mayor y mejor garantía para la protección de los derechos humanos es la paz. Conquistar la paz es no solo un derecho de la sociedad, sino también una obligación del Estado. Es en ese proceso de vertebración de varios derechos y, eventualmente, de tensiones que se puedan suscitar entre la justicia y la paz, que este objetivo debe prevalecer. Ello porque a partir de la realización del mismo, se garantizan y consolidan mejores condiciones para prevenir afectaciones a los derechos humanos como, por ejemplo, las que devienen de contextos en los que no se respeta su libre ejercicio o las que se derivan del uso de armamento que afecta en forma desproporcional o indiscriminada a la población civil.

El objeto de este escrito es entonces dejar sentados algunos temas de discusión desde el derecho internacional que cobran especial relevancia en la actualidad cuando en Colombia se está avanzando en concretar una salida negociada a un largo conflicto armado que ha dejado profundas heridas en ese país a lo largo de varias décadas. Adicionalmente, ello es de importancia para nutrir el debate a nivel interamericano de los temas que surgen durante los procesos de justicia transicional como el juzgamiento de responsables de graves crímenes cometidos y las medidas de reparación que deben garantizarse a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

De acuerdo a lo anterior, la reflexión que se hará a continuación se refiere a tres puntos específicos: en primer lugar a los componentes de la justicia transicional; luego se analizarán las obligaciones internacionales esenciales de los Estados sobre crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos como las desapariciones forzadas o la tortura y, finalmente, se hará una breve reflexión sobre el equilibrio que debe existir entre los distintos componentes de la justicia transicional.

## Componentes de la justicia transicional

La justicia transicional debe entenderse como un proceso político e institucional en el que se insertan elementos jurídicos con el fin de efectuar una ponderación entre los derechos a la paz y a la justicia.<sup>4</sup> La Secretaría General de las Naciones Unidas ha definido la justicia transicional como el conjunto de procesos y mecanismos asociados con los intentos de la sociedad de concluir abusos masivos del pasado, con el fin de asegurar la determinación de responsabilidades, servir a la justicia y lograr la reconciliación.<sup>5</sup> Sus componentes varían

4 Rodrigo Uprimny Yepes et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, colección ensayos y propuestas, 2006, p. 19, [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.201.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

5 Cfr. Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, marzo de



dependiendo del caso en concreto, pero deben atender a las obligaciones internacionales que los Estados han contraído. Principalmente, están compuestos por procesos y mecanismos judiciales, cuasi judiciales y de otra índole, dirigidas a lograr los fines antes mencionados.<sup>6</sup>

Al respecto, la Secretaría General ha identificado como componentes comunes a los procesos de justicia transicional los siguientes cinco elementos:

El primero es la investigación, con el fin de que quienes hayan sido responsables de la comisión de delitos, especialmente graves violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario sean juzgados y, de ser el caso, sancionados conforme a los estándares internacionales del debido proceso. Así, los programas de justicia transicional deberán desarrollar o reforzar, dependiendo del caso, las capacidades investigativas de los órganos designados para ello, promover la independencia de la judicatura, garantizar la defensa legal de las partes, y el fortalecimiento de mecanismos de protección y apoyo a testigos y víctimas. Especialmente importante con relación a este componente es el principio de no-discriminación, en tanto que las investigaciones y procesos judiciales deben seguirse conforme a las reglas del debido proceso independientemente de quien sea el investigado.<sup>7</sup>

Dentro de este componente está el tema de las amnistías, sobre las cuales se hará referencia vasta posteriormente. No obstante, se adelanta en esta oportunidad que las amnistías brindan un conjunto de posibles resultados ante una eventual ponderación entre el deber de investigar, y en su caso, sancionar a los perpetradores de graves violaciones a derechos humanos, y por el otro, la paz y la reconciliación nacional.<sup>8</sup> En el mismo sentido, la ponderación entre la justicia penal y la paz negociada, en sí, es indispensable para atender al elemento de justicia.<sup>9</sup> Cualquier dificultad en la imposición de una sanción penal no debe afectar la investigación y esclarecimiento de los hechos y la identificación de las responsabilidades individuales.<sup>10</sup>

---

2010, p.1. [https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*, p.7.

8 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán en el que se adhirieron los Jueces y Juezas Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez, párr. 18.

9 R. Uprimny y otros, *Op. cit.*

10 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 28.



El segundo elemento es el relacionado con el derecho a la verdad. Se ha entendido que la verdad “comporta tanto el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de sus familiares a conocer los hechos y circunstancias en que acaecieron dichas violaciones, como el derecho de la sociedad entera a saber los motivos por los cuales tales hechos se produjeron, con miras a preservar la memoria colectiva y a evitar de esa manera que hechos de esa índole no vuelvan a presentarse”.<sup>11</sup>

Al respecto, a la verdad se le han dado tres acepciones: la verdad factual, la verdad personal y la verdad social. La “factual” atiende, por ejemplo, al paradero de los restos mortales de la víctima o la clarificación de los hechos ocurridos durante el conflicto. La “personal” permite a la persona expresar esa verdad, y de esta forma, desahogarse con dicha manifestación. La “social” se adopta a través del diálogo y el debate.<sup>12</sup> Esto incluye el desarrollo de instituciones (como las comisiones de la verdad y reconciliación) capaces de identificar los patrones de violencia del pasado y señalar sus causas y consecuencias. Igualmente, resulta importante el fortalecimiento de sistemas de archivo de la información recolectada sobre los hechos atroces del pasado, para la preservación de la misma y su posterior uso, especialmente, para prevenir que se repita la comisión de dichos hechos.<sup>13</sup>

El tercer elemento es el de a la reparación integral<sup>14</sup> y está dirigido a brindar beneficios materiales y simbólicos a las víctimas de los hechos.<sup>15</sup> Los derechos de las víctimas son absolutamente fundamentales en un proceso de naturaleza transicional. Ello por cuanto solo respetándolos es posible encontrar un equilibrio que permita una paz duradera. En este sentido, la reparación integral busca no solo que se satisfaga el elemento de justicia sino que estén presentes también los componentes de verdad, rehabilitación, garantías de

11 R. Uprimny y otros, *Op. cit.*, pp. 143-144.

12 Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2000. Ver también Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán, *Op. cit.*, párr. 25.

13 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, p.8.

14 La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha referido extensivamente al tipo de medidas que permiten la obtención de una reparación integral, desde su primera Sentencia sobre reparaciones, hasta su más reciente jurisprudencia. Al respecto, ver por ejemplo: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26, Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 579.

15 Al respecto, ver también Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga en: R. Uprimny y otros, *Op. cit.*, p. 76.



no repetición, satisfacción, indemnización, entre otros.<sup>16</sup> Ello puede obtenerse, además, a través de mecanismos como las comisiones de verdad<sup>17</sup> y grupos interdisciplinarios que brinden el apoyo médico y psicológico necesario a las víctimas. Las que, además, deben tener la posibilidad de que se les permita participar en el diseño e implementación de los mecanismos de justicia transicional.

El cuarto elemento es el de las reformas institucionales mediante las cuales aquellas instituciones que perpetuaron -o permitieron la perpetuación- del conflicto armado deberán convertirse en otras dirigidas a sostener la paz y el Estado de Derecho. Esto permitirá un fortalecimiento institucional, capaz de prevenir la recurrencia de violaciones a derechos humanos como las perpetradas durante el conflicto. Dentro de este componente, se encuentran medidas positivas de entrenamiento y capacitación a los funcionarios en la era del post-conflicto, como la investigación y separación del cargo de aquellos otros que participaron activamente en la perpetración de graves violaciones a derechos humanos, que permitieron su ocurrencia o denegaron su investigación.<sup>18</sup>

El último elemento es el que se refiere a los procesos de consulta nacionales, dirigidos al diseño de medidas de transición que se adapten al contexto concreto en el que se quieren implementar. En este sentido, los mecanismos de transición deben ser comunicados a la población durante y después de su ejecución. En el voto concurrente correspondiente a la Sentencia del Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, se señaló la importancia de la participación de las personas a quienes los programas están dirigidos en la puesta en funcionamiento de los mecanismos de reparación, para procurar su legitimidad y eficacia.<sup>19</sup> Igualmente, esto favorece que las comunidades involucradas se apropien de los mecanismos y programas dispuestos para la transición.<sup>20</sup>

16 Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Resolución A/RES/60/147 (21-03-06), párr. 18; Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156 *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 18 de diciembre de 2013, párr. 23.

17 Ver por ejemplo: "What truth commissions have added to the matrix of post-conflict resolution is a mechanism with its principle objectives being the construction of the truth and the achievement of reconciliation between former enemies" Andreas Gordon O'Shea, *Truth and Reconciliation Commissions*, 2008, párr. 41.

18 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, p 9.

19 De Greiff, Pablo, *Repairing the Past: Confronting the Legacies of Slavery, Genocide, & Caste*, Connecticut, Yale University, 2005, p.10. Ver también Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, parr. 34.

20 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, pp. 9 y 10.



## Amnistías contenidas en el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra

El artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, en su numeral 5, establece que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Lo estipulado en este párrafo, como es evidente, no sólo permite sino que promueve el uso de amnistía en las secuelas de un conflicto armado no internacional para aquellos cuya detención, privación de libertad o internamiento haya sido “por motivos relacionados con el conflicto armado”.

El Protocolo no precisa qué se debe entender por *motivos relacionados*, por lo que a primera vista ello podría implicar desde la sola participación en el grupo armado hasta la comisión de crímenes. Al respecto, se hace notar que el numeral 1 del referido artículo, que establece su ámbito de aplicación, señala que el artículo 6 “se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Al respecto, los comentarios del CICR, explican que “se trata de infracciones penales, y no de infracciones o procedimientos administrativos o disciplinarios. *Ratione personae*, el artículo 6 tiene un alcance general y se aplica tanto a las personas civiles como a los combatientes caídos en poder de la parte adversa que podrían ser objeto de diligencias penales”.<sup>21</sup> Adicionalmente, en los referidos comentarios se sostiene que el numeral 5 busca “alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido”.<sup>22</sup>

Sin embargo, el CICR ha ido afinando su interpretación sobre este tema. La Norma 159 de derecho internacional humanitario consuetudinario señala que “[c]uando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén

21 Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1998, párr. 4599 <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4>, consulta: 4 de agosto de 2016.

22 *Ibíd.*, párr. 4618.



condenadas por ello”.<sup>23</sup> En el análisis que se hace de dicha norma, el CICR explica que dichas amnistías “serían [...] incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales”.<sup>24</sup>

Esta interpretación implica que el artículo 6.5 está en línea con el artículo 118 del III Convenio de Ginebra, aplicable únicamente a conflictos armados internacionales, en el que se establece que “[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”. Esto se remite al hecho que la razón de la captura en los conflictos armados internacionales es que se trata, alegadamente, de miembros del ejército enemigo, pues lo que se busca evitar es que nuevamente participen en las hostilidades y, con ello, debilitar militarmente a la contraparte. Una vez finalizadas las hostilidades, dicho objetivo pierde validez por lo que no habría, en principio, una razón que haga imperioso mantener capturados a dichos combatientes. En términos de conflictos armados no internacionales, ello implicaría que debería otorgarse la amnistía más amplia posible a aquellas personas cuyo único delito sea el de ser parte del grupo armado.<sup>25</sup>

Ahora bien, en relación con la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar a los presuntos perpetradores de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales, la Norma 158 establece que “[l]os Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”.<sup>26</sup> Al respecto, el CICR señala que “existe suficiente práctica [...] para establecer la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos, si procede”.<sup>27</sup>

23 Comité Internacional de la Cruz Roja, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 691, [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016. Cfr. “It should be emphasized that this provision [Article 6 (5) APII] essentially seeks to encourage the release of individuals who might be, or are subject to, criminal or other proceedings under domestic law for the fact of having taken part in hostilities. It should in no way be read as supporting amnesties for war crimes or other international offences committed in internal armed conflict” Jelena Pejic, *Accountability for international crimes: From conjecture to reality*, *International Review of the Red Cross* No 845, 2002, p. 30.

24 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 687.

25 Cfr. Colm Campbell, *Peace and the laws of war: the role of international humanitarian law in the post-conflict environment* *International Review of the Red Cross* No. 839, 2000, pp. 627-651.

26 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 687.

27 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 689.



De lo anterior, podría colegirse que las personas que hayan cometido actos relacionados con el conflicto armado, distintos a crímenes de guerra deberían, en principio, ser beneficiadas con las amnistías dispuestas en el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra. Ello no solo es jurídicamente sostenible sino que, además, facilitaría un proceso de transición en tanto los órganos encargados de juzgar y sancionar podrían concentrarse en aquellos sujetos que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra durante el conflicto armado.

Aunado a lo anterior, puede decirse que en los procesos de justicia transicional las amnistías han sido usadas como instrumentos cuya finalidad es facilitar el paso de una situación a una nueva sustancialmente distinta como es el caso de la terminación de un conflicto y la construcción de la paz. El otorgamiento de amnistías u otros instrumentos de similar naturaleza apunta a generar un equilibrio entre la obligación de juzgar y condenar a todos los responsables de los delitos cometidos y la real capacidad institucional del Estado para llevar a cabo dicho propósito de manera exitosa facilitando el tránsito hacia una paz duradera.

Dependiendo de la situación y de las circunstancias específicas, las amnistías pueden ser concedidas a través de diferentes medios tales como decretos presidenciales,<sup>28</sup> leyes de amnistía promulgadas por un cuerpo legislativo,<sup>29</sup> o acuerdos de paz entre las partes en conflicto,<sup>30</sup> entre otros. Además pueden presentarse en diferentes formatos; por ejemplo, ser otorgadas o ser auto concedidas. Estas últimas son normalmente dadas por el lado “victorioso” buscando beneficiarse solo a sí mismo y, por consiguiente, impiden alcanzar un consenso entre todas las partes involucradas, consenso que resulta esencial para un debate serio acerca de un proceso de paz y el fin del conflicto<sup>31</sup> u otra transición de que se trate.

Otras veces las amnistías sí cuentan con el referido consenso pero resultan demasiado amplias al incluir a todos los autores y/o todo tipo de delitos. Este tipo de amnistías generales excluyen la investigación, el procesamiento y la condena de todos los autores y/o delitos por lo que resultan desproporcionadas e impiden una adecuada reparación de las víctimas. Tanto las amnistías auto concedidas como aquellas generales e irrestrictas no son contributivas en casos de graves violaciones de derechos humanos o en los procesos de transición en tanto socavan el propósito de estos instrumentos como medidas de reconciliación.

---

28 Ejemplo las ofrecidas por el Gobierno de Uganda al Ejército de Resistencia del Señor, 2006. Ver: Adama Dieng, *Bridging the divide between reconciliation and justice*, African Prospects, 2009.

29 Por ejemplo: El Salvador, Ley de amnistía general para la consolidación de la paz, 1993.

30 Por ejemplo: el acuerdo de paz de Lomé entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido en 1999.

31 Andreas O’Shea, *amnesty for crime in international law and practice*, The Hague, Kluter Law International, 2002, p. 24.



Las amnistías buscan, entonces, evitar el castigo del autor del acto ilícito o, en el caso de aquellos que son encontrados culpables de un delito, evitar el cumplimiento total de la condena. Son medidas excepcionales que tienen por objeto, en última instancia, facilitar y garantizar un proceso de transición y, como tal, han sido consideradas en varios de estos procesos como una herramienta legal útil que facilita la finalización de las hostilidades en un conflicto armado.

Algunos órganos encargados de interpretar y aplicar varios tratados internacionales han apuntado que estas medidas deben limitarse -o incluso no aplicarse- en circunstancias en que puedan ser usadas como medios para generar mayor impunidad y no esté claro que puedan contribuir a un camino claro hacia tiempos de paz y/o democracia, y convertirse en un elemento central de éxito de los procesos de reconciliación.<sup>32</sup>

## Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de amnistías

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido constante en su cuestionamiento a las amnistías a graves violaciones de derechos humanos. En el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* (2001), relacionado con amnistías auto concedidas para impedir la investigación de los hechos ocurridos, la Corte estableció que las mismas eran incompatibles con la Convención Americana por lo que carecían de efectos jurídicos y no podían constituir un obstáculo para la investigación de los hechos y la identificación y eventual castigo de los responsables. Al respecto, el Tribunal señaló que:

“los Estados Partes [de la Convención Americana] tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz [...] Es por ello que los [...] que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. *Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.* Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” [énfasis añadido].<sup>33</sup>

32 Cfr. Peter Krapp, *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, 6 German Law Journal No. 1, 2005.

33 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs.



Por otra parte, al referirse a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* (2011) el cual está relacionado con la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como con la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, la Corte sostuvo que “[l]as amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos”. Asimismo señaló que ya se había pronunciado al igual que órganos regionales y universales “sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”.<sup>34</sup>

En Chile se aplicó un decreto ley de amnistía dictada durante el gobierno de Augusto Pinochet que fue declarado contrario a la Convención Americana en dos oportunidades. En el caso *Almonacid Arellano* (2006), la Corte debió referirse a su aplicación a favor de los perpetradores de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, calificada en dicha Sentencia como “crimen de lesa humanidad”.<sup>35</sup> Dicho decreto ley concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

Al respecto, la Corte afirmó que la “adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento” de las obligaciones de investigar y perseguir a las personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, como los crímenes de lesa humanidad.<sup>36</sup> Concluyó que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, *los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía*” [énfasis añadido].<sup>37</sup> También concluyó que leyes de amnistía con las características indicadas “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles

---

43 y 44. Ver también: Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, párr. 34.

34 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 195.

35 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 104.

36 *Ibíd.*, párr. 107.

37 *Ibíd.*, párr. 114.



con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella”.<sup>38</sup>

Por otra parte, en el caso *García Lucero* (2013), con relación a las torturas sufridas por la víctima, la Corte determinó que el referido decreto ley “pudo constituir un obstáculo para que se iniciara una investigación”, pero no profundizó en el argumento pues no se desprendió de los hechos que efectivamente en este caso la amnistía hubiera constituido un obstáculo.<sup>39</sup> No obstante ello, reiteró que dicho decreto ley carece de efectos jurídicos.<sup>40</sup>

Otro caso relevante es el de Brasil, analizado por la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund* (2010). En 1979, en Brasil se dictó una ley de amnistía a través de la cual se concedió amnistía a “quienes, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961, y el 15 de agosto 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con éstos”, entre otros.<sup>41</sup> En dicho caso, se declaró la responsabilidad internacional de Brasil ya que dicha normativa impidió la consecución de la investigación de desapariciones forzadas cometidas por el régimen militar. La Corte, igualmente, reconoció las medidas de reparación y no repetición adoptadas por Brasil en el marco de su transición, pero consideró que esas “no resultan suficientes en tanto han omitido el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas”.<sup>42</sup>

Ahora bien, tal como se expondrá posteriormente, todas las amnistías mencionadas se enmarcan en contextos que no califican como conflictos armados no internacionales que buscan su terminación a través de una paz negociada. En este sentido, solo el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, que se explicará posteriormente, abre la puerta para discutir escenarios diferentes que admitan consecuencias jurídicas distintas a las anteriores.

## **Obligaciones internacionales de los Estados en materia punitiva respecto a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos**

Al plantearse este tema, inmediatamente surgen preguntas como las siguientes, ¿qué tipo de penas fija el derecho internacional para quienes sean investigados, juzgados y sancionados

38 *Ibíd.*, párr. 119.

39 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 154.

40 *Ibíd.*

41 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 134.

42 *Ibíd.*, párr. 178.



por estos delitos?, ¿existe una obligación internacional precisa en materia punitiva? ¿acaso, la de fijar y establecer penas altas y efectivas de prisión para este tipo de conductas?. Para analizar dichos interrogantes, primero se hará una breve referencia a los conceptos de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos para luego pasar a estudiar las obligaciones en relación con las penas a ser impuestas de acuerdo con distintos instrumentos internacionales.

## 1. Crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos

### 1.1 Crímenes de guerra

Ocurrida la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, se dieron desarrollos importantes en relación con los crímenes de guerra. En efecto, “[e]l Tribunal Militar Internacional de Nuremberg determinó que las violaciones del Reglamento de La Haya constituían crímenes de guerra porque esas normas convencionales habían cristalizado en derecho consuetudinario antes de la II Guerra Mundial”.<sup>43</sup> Adicional a ello, se destacan resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas,<sup>44</sup> el Estatuto<sup>45</sup> y fallos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.<sup>46</sup> Además, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Adicional I establecen “infracciones graves”<sup>47</sup> que constituyen violaciones a disposiciones de

43 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 647.

44 Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 3 (I) de 13 de febrero de 1946 “extradición y castigo de criminales de guerra”, 170 (II) de 31 de octubre de 1947 “extradición de delincuentes de guerra y traidores”, y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 “afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”.

45 El artículo 6.b del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 define los crímenes de guerra como “violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.

46 Ver, entre otros: United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Krauch (I. G. Farben Trial) case*, 1947-1948; United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Von Leeb (The High Command Trial) case*, 1947-1948, y United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Altstötter (The Justice Trial) case*, 1946-1949.

47 “Se consideran infracciones graves algunas de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario. Son actos concretos enumerados en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo I y que incluyen el homicidio intencional, la tortura o el trato inhumano, así como causar deliberadamente grandes daños [...] Las infracciones graves son consideradas crímenes de guerra” CICR, Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, *Represión penal El castigo de los crímenes de guerra*, [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion\\_penal.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016. *Cfr.* Convenio de Ginebra I, artículo 50; Convenio de Ginebra II, artículo 51; Convenio de Ginebra III, artículo 130; Convenio de Ginebra IV, artículo 147, y Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, artículos 11 y 85.



derecho internacional humanitario contenidas en los mismos, las que son crímenes de guerra y respecto de las cuales puede ejercerse jurisdicción universal.<sup>48</sup> En perspectiva semejante, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 establece formal y solemnemente la imprescriptibilidad de dichos crímenes.<sup>49</sup>

Los artículos 8.2.c y 8.2.e del Estatuto de Roma establecen las violaciones al derecho internacional humanitario consideradas como crímenes de guerra en el contexto de conflictos armados no internacionales.<sup>50</sup> Igualmente, el estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR indica en su Norma 156 que “[l]as violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra” y sostiene que es “una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales”.<sup>51</sup>

Respecto al ámbito material en el que son cometidos, el derecho internacional penal evolucionó al punto de considerar que el mismo no se reduce únicamente a los conflictos armados internacionales sino también a los no internacionales. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia resolvió en una decisión sin precedentes en el caso *Tadic*,<sup>52</sup> que las violaciones graves del derecho internacional humanitario, conductas que constituyen crímenes de guerra, podrían ser cometidas en contextos de conflictos armados internacionales y no internacionales para que la violación constituyera una infracción

---

48 “El derecho penal de un Estado sólo se aplica, en general, a los actos cometidos en su territorio o por sus ciudadanos, pero el derecho internacional humanitario va más lejos. Impone a los Estados la obligación de buscar y castigar a todas las personas que hayan cometido infracciones graves, sin tener en cuenta la nacionalidad del infractor o el lugar donde se cometió el crimen. Este principio, llamado jurisdicción universal, es un elemento clave para garantizar la represión efectiva de las infracciones graves” CICR, *Represión penal El castigo de los crímenes de guerra*, *Op. cit.*

49 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, artículo 1.

50 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor: 1 de julio de 2002.

51 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 643.

52 En cuanto a la cuestión concreta de la acción penal, y teniendo en cuenta la conclusión alcanzada por la Sala, Cassese señala que “una norma consuetudinaria ha surgido efecto. Sin embargo, parece plausible interpretar esta norma en el sentido de que solo se otorga a los Estados la *facultad* de buscar y llevar a juicio o extraditar a los presuntos autores de infracciones graves cometidos en conflictos armados no internacionales; la regla no va tan lejos como para imponer también a los Estados la *obligación* de buscar y juzgar o extraditar a los presuntos autores (como sucede en el caso de infracciones graves cometidas en los conflictos armados internacionales)” (T del A.). Antonio Cassese, *International Criminal Law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 88.



grave de una norma de derecho internacional humanitario de naturaleza consuetudinaria o convencional, cuya violación implicara, bajo cualquiera de dichas naturalezas, la responsabilidad penal individual de la persona que violara tal regla. El Tribunal entendió que la gravedad de la infracción estaba dada por la violación de normas que protegieran valores importantes cuya infracción conllevara graves consecuencias para la víctima.<sup>53</sup>

Al respecto, la doctrina ha entendido estos hechos como “graves violaciones de las normas consuetudinarias o convencionales que pertenecen al corpus del derecho internacional humanitario de los conflictos armados”.<sup>54</sup> Adicionalmente, para que dichas violaciones sean consideradas crímenes de guerra, es necesario que haya un vínculo entre las mismas y el conflicto armado, es decir, que sean cometidas en desarrollo y con ocasión del mismo. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, ha sostenido que dicho vínculo estrecho, entre el delito y el conflicto armado, se establece al verificar que este último haya tenido “un papel importante en la capacidad del perpetrador para cometer el delito, su decisión de cometerlo, la manera en que se cometió, o la finalidad para la cual lo cometió”.<sup>55</sup>

## 1.2. Crímenes de lesa humanidad

Los antecedentes de los crímenes de lesa humanidad se remontan principalmente a la cláusula *Martens*, incluida en el preámbulo del Convenio sobre las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, con el fin de complementar el término de los crímenes de guerra. En ella se previó que “[m]ientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.<sup>56</sup> Dicho término se consolidó en el derecho internacional durante los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal

53 ICTY, The Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case N° IT-94-1-AR72, 2 October 1995. párrs. 94 y 143; Cfr. Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, second edition, Hart Publishing, 2008, p. 286.

54 A. Cassese, *Op. cit.*, p. 81.

55 ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgement, Case N° IT-00-39-T, 27 September 2006, párr.846 (T del A.).

56 Cfr. Rupert Ticehurst, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 31-03-1997.



de Nuremberg, refiriéndose a la sanción de las leyes de la humanidad, fundamentadas en alguna medida por la referida cláusula *Martens*, lo cual fue refrendado con la aprobación del referido Estatuto.<sup>57</sup>

El artículo 7.1 del Estatuto de Roma hace un recuento de las acciones que, para efectos de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), constituirían crímenes de lesa humanidad cuando sean cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.<sup>58</sup> En el mismo sentido, la doctrina señala que estos crímenes constituyen “acciones que comparten una serie de características comunes: 1. Son delitos particularmente odiosos dado que constituyen atentados graves contra la dignidad humana o una humillación grave y degradación de una o más personas. 2. No son hechos aislados o esporádicos, sino que hacen parte de una práctica generalizada o sistemática de atrocidades que o bien forman parte de una política gubernamental o son tolerados, condonados o consentidos por el gobierno o por una autoridad de facto”.<sup>59</sup>

El carácter “sistemático” o “generalizado” del ataque es un elemento común esencial para todos los crímenes de lesa humanidad cubiertos por el Estatuto.<sup>60</sup> Sin embargo, ni el Estatuto ni los elementos de los crímenes, desarrollan el significado de estos conceptos. La Corte Penal y los tribunales *ad hoc* lo han hecho en su jurisprudencia entendiendo el término

57 El artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 define los “crímenes contra la humanidad [como] el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”. Cfr. Julio Vives Chillida, *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, 2003, pp. 340 y ss [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003\\_7.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

58 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

59 A. Cassese, *Op. cit.*, p. 98.

60 Elementos de los Crímenes, ICC-ASP/1/3(part II-B), adopción 09.09.2002, entrada en vigor: 09.09.2002.



“generalizado” como “la naturaleza a gran escala del ataque y del número de personas objeto del mismo”.<sup>61</sup> A su vez, han identificado el término “sistemático” como “la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia al azar”.<sup>62</sup> Asimismo, han sostenido que “sistemático” y “generalizado” no son criterios acumulativos y que, por lo tanto, el ataque solo necesita satisfacer uno de los dos criterios.<sup>63</sup>

Es relevante señalar que el ataque debe ser contra la población civil, dentro de la cual estarían comprendidos “civiles a diferencia de miembros de las fuerzas armadas y otros combatientes legítimos”.<sup>64</sup> Esto significa que durante los conflictos armados, los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y aquellos dejados *hors de combat* estarán comprendidos dentro de dicho término.<sup>65</sup> Finalmente, el Estatuto de Roma no requiere un nexo entre el conflicto armado y los ataques para que estos sean considerados como crímenes de lesa humanidad, por lo que pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz.

Los órganos internacionales especializados en derechos humanos aplican en sus pronunciamientos una variedad de criterios respecto a lo que entienden por “graves violaciones de derechos humanos”. Ello conlleva a que dicha figura se use a menudo pero no se haya acordado un conjunto formal de criterios que la identifiquen. De acuerdo a ello, la seriedad de las violaciones podría estar determinada por diferentes criterios tales como “el tipo del derecho, la magnitud de la violación, el tipo de víctima (vulnerabilidad), y el impacto de la violación”.<sup>66</sup>

61 ICC, PC I, No.: ICC-02/05-01/07. párr. 63. Ver también: ICC, PC I, *The Prosecutor v. al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, 2009, párr. 81; ICC, PTC III, No. ICC-02/11. Para. 53; ICTR, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, 2007, párr. 920, y ICTY, AC, *Kordic and Cerkez*, Judgment. párr. 94 (T del A.).

62 *Ibíd.*

63 ICC, PTC, No. ICC-01/09, para.94; ICC, PTC I, ICC-01/04-01/07-717, para. 412; ICTY, AC, *Prosecutor v. Kunarac et al*, Judgment, para. 97; ICTR, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, Judgment, para. 920.

64 ICC, PTC II, No. ICC-02/05-01/09, 2009, para. 82; ICC, PTC III, No. ICC-02/11, para. 33 (T del A.).

65 Esta interpretación concuerda con la posición adoptada por los tribunales *ad hoc*: ICTY, TC, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, 2005, para. 544; ICTR, TC, *Prosecutor v. Bisengimana*, 2006, para. 48; ICTR, TC, *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, 1998, para. 582.

66 Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, 2014, pp. 34, 35 y 37 [http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Briefing%20%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law\\_Academy%20Briefing%20No%206.pdf](http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Briefing%20%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016 (T del A.).



Por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha “recorda[do] que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional y que los tribunales internacionales, regionales y nacionales han reconocido que la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes forma parte del derecho internacional consuetudinario”.<sup>67</sup> Por su parte, la Corte Interamericana se ha referido a las graves violaciones de derechos humanos a lo largo de su jurisprudencia constante como todas aquellas conductas “prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” tales como “la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”.<sup>68</sup>

Las graves violaciones a los derechos humanos pueden constituir asimismo, crímenes internacionales como crímenes de guerra o de lesa humanidad. Al respecto, la Asamblea General de Naciones Unidas ha señalado que “los actos de tortura en los conflictos armados son violaciones graves del derecho internacional humanitario y, a este respecto, constituyen crímenes de guerra, [asimismo] los actos de tortura pueden constituir crímenes de lesa humanidad”.<sup>69</sup> En igual sentido, ha “reconoci[do] que la práctica generalizada y sistemática de la desaparición forzada está contemplada en la Convención [Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas] como un crimen de lesa humanidad, según lo define el derecho internacional aplicable”.<sup>70</sup>

## 2. Instrumentos internacionales

Con el fin de verificar en qué consisten las obligaciones estatales a nivel internacional en materia de investigación, juzgamiento y punición de los crímenes anteriormente referidos, se hará mención de algunos instrumentos normativos que constituyen la fuente de dichas obligaciones. El propósito de este apartado es demostrar que hoy en día algunos sectores alientan, sin sustento en el derecho internacional positivo, una suerte de “maximalismo punitivo” que asume que fijar penas altas y severas sería una obligación internacional, lo que no es sustentable.

67 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, preámbulo.

68 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo., *Op. cit.*, párr. 41; Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119; Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 182; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr.129, y Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 123.

69 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, párr. 16.

70 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/69/169 *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 18 de diciembre de 2014, preámbulo.



Los tratados no establecen dicha directriz si bien sí establecen que los responsables de esos crímenes deben ser juzgados y condenados por ellos. De acuerdo a ello, una vez garantizadas las obligaciones de investigar y juzgar, surge el interrogante de si hay en el derecho internacional un marco preciso sobre el tipo de sanciones a aplicar para entender respetada la obligación de condenar a los responsables de dichos crímenes. Adicional a ello, ¿cómo podría entenderse cumplida dicha obligación cuando se trata de hacerlo en el contexto específico de la justicia transicional dentro del marco de una paz negociada?

## 2.1 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En el artículo 1 se establece que para efectos de la Convención,<sup>71</sup> tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. Para que un acto sea considerado tortura, para efectos de la Convención, debe ser “infligido[...] por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. La Convención indica que “[n]o se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Este instrumento establece expresamente que los Estados parte tienen la obligación de tipificar como delito la tortura en su derecho interno,<sup>72</sup> juzgar a los responsables,<sup>73</sup> investigar<sup>74</sup> y castigar<sup>75</sup> cualquier posible acto de tortura que podría haber ocurrido en su jurisdicción. La obligación de juzgar es manifiestamente clara en la Convención así como lo es la de

71 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

72 Artículo 4. 1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

73 Artículo 7.1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

74 Artículo 12. Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

75 Artículo 4. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.



condenar. Al respecto, solo se señala que el castigo de dichos delitos debe hacerse “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. No se hace referencia a la necesidad de imponer una pena específica, o algún criterio general como la “máxima pena” de acuerdo al derecho penal interno.

Lo anterior está en consonancia con lo sostenido por la Asamblea General de Naciones Unidas, la que ha “[c]ondena[do] toda medida o intento de los Estados o los funcionarios públicos para legalizar, autorizar o aceptar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en cualquier circunstancia, incluso por razones de seguridad nacional y de lucha contra el terrorismo o mediante decisiones judiciales, [y ha] insta[do] a los Estados a que en todos los casos aseguren la rendición de cuentas de los autores de tales actos”.<sup>76</sup> Asimismo, ha señalado que debe hacerse una investigación sin dilación y de manera efectiva e imparcial de las denuncias de dichos actos así como declarar responsables y poner a disposición de la justicia y castigar “con arreglo a la gravedad del delito” a quienes “fomenten, instiguen, ordenen, toleren, consientan o perpetren tales actos o manifiesten su aquiescencia al respecto”.<sup>77</sup>

Asimismo, el Comité contra la Tortura, cuyo mandato es el de vigilar el cumplimiento de la Convención, ha señalado que los Estados Parte deben informarle de “las medidas adoptadas para investigar, castigar y prevenir nuevas torturas o malos tratos en lo sucesivo, prestando especial atención a la responsabilidad jurídica tanto de los autores directos como de los funcionarios que constituyen la cadena jerárquica, ya sea por actos de instigación, consentimiento o aquiescencia”.<sup>78</sup> Ha sostenido además que “[l]os Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación penal”.<sup>79</sup> En consonancia con ello, ha indicado que con “ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturados” los Estados Parte deben garantizar su protección “enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección [...]”.<sup>80</sup>

Ahora bien, ¿qué ocurre con actos de tortura que son infligidos por actores distintos a agentes estatales?, ¿qué obligación surge respecto a los mismos? El Comité ha indicado

<sup>76</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, párr. 5.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>78</sup> Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II), 2007, párr. 7.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párr. 8.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, párr. 21.



que “la obligación del Estado de impedir la tortura también se aplica a todas las personas que actúen, *de jure* o *de facto*”<sup>81</sup> en su nombre o en colaboración o a instancia del mismo. Adicionalmente, en relación con los sujetos privados o agentes no estatales que perpetren actos de tortura o malos tratos, el referido Comité ha establecido que en los casos en los que las autoridades estatales “u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que [estos sujetos o agentes] perpetran [dichos actos] y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o agentes no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables”.<sup>82</sup>

Por otra parte, el Comité ha sostenido en su Comentario General 2 una posición restrictiva con respecto al otorgamiento de las amnistías. Al respecto, ha señalado que las mismas “u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición”.<sup>83</sup> En adición a ello, ha indicado que “en el caso del crimen de tortura, la amnistía es incompatible con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud de la Convención [y] consider[ó] que la amnistía en casos de tortura o malos tratos opone obstáculos inadmisibles a la víctima en su intento de obtener reparación y contribuye a un clima de impunidad. [P]or lo tanto, exhort[ó] a los Estados partes a que eliminen la amnistía en los casos de tortura o malos tratos”.<sup>84</sup>

La situación es diferente, sin embargo, en toda esta reflexión cuando los actores de hechos que podrían ser tortura no sólo son agentes no estatales sino que proceden en contra del Estado porque son una fuerza rebelde o insurgente. En tal caso las cosas se desplazan a una situación jurídica distinta pues no serían actos cometidos por personas que obran en nombre o con la anuencia del Estado, sino todo lo contrario. Mal podría atribuirse al Estado responsabilidad por no ejercer “debida diligencia” para que integrantes de grupos armados opositores eventualmente no cometan actos asimilables a la tortura. En este aspecto de poco sirven los instrumentos internacionales de derechos humanos y estaríamos, más bien, ante situaciones que cubiertas por el derecho internacional humanitario.<sup>85</sup>

---

81 *Ibíd.*, párr. 7.

82 *Ibíd.*, párr. 18; Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, CAT/C/GC/3, 2012, párr. 7.

83 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, *Op. cit.*, párr. 5.

84 Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, *Op. cit.*, párr. 41.

85 Al respecto, ver: ICTY, AC, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Judgment, Case IT-96-23 & IT-96-



## 2.2 Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas

El artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,<sup>86</sup> tal como lo insinúa el nombre del tratado, dispone la obligación de prevenir y sancionar los actos de tortura, sin hacer mayor precisión sobre la extensión de dicha obligación. Es en el artículo 6 del mismo instrumento en el que se hace referencia a las medidas que los Estados deben tomar con el fin de satisfacer dicha obligación.

La Convención establece que los Estados Parte deben “asegurar[se] de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, [que dichos Estados] tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.<sup>87</sup> Aunado a ello, en el artículo 8 de la Convención se establece que ante la existencia de una denuncia por hechos de tortura, o que exista razón fundada para creer que ha ocurrido, “[las] respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”. Esta precisión de “severa” que se hace en el artículo 6 es única en calificar la condición de la pena ya que en los demás tratados internacionales no se constriñe al operador judicial de esa manera.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas<sup>88</sup> también contempla que los Estados “[s]ancion[en] a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de la comisión del mismo”. Similar al caso relativo a la tortura, la obligación estatal se ve calificada en el artículo III de la Convención, al disponer que el Estado debe adoptar las medidas legislativas necesarias “para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”. Dicha norma se ve reafirmada en su

---

23/1-A, 2002, para. 148; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of non-state actors in conflict situations*, International Review of the Red Cross, 2006, p. 505, y REDRESS, *Torture by Non State Actors*, 2006, p.20, <http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%209%20June%20Final.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.

86 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor: 28 de Febrero de 1987.

87 Artículo 6, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

88 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Entrada en vigor: el 28 de marzo de 1996.



artículo IV, al señalar que dichos hechos “serán considerados delitos en cualquier Estado Parte”. Aunado a ello, los artículos VI y VII reconocen la obligación del Estado de llevar a cabo un “proceso penal” en dichos casos.

Al respecto, en aplicación de dichos tratados, la Corte Interamericana señaló en los casos *Goiburú y Heliodoro Portugal* que “[e]l Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados”.<sup>89</sup>

Particular relevancia tiene el caso *Heliodoro Portugal*, en el que al referirse a la proporcionalidad de la pena, la Corte determinó que:

“ha considerado que no puede sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno; sin embargo, también ha señalado que la respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados. En esta ocasión el Tribunal considera pertinente reiterar esta posición y recordar que los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, *la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado*” [énfasis añadido].<sup>90</sup>

89 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 189.

90 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *Ibíd.*, párr. 203.



Tanto en el caso *Gelman*, sobre la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, como en el caso en el caso *Osorio Rivera*, sobre la desaparición forzada de Jeremías Osorio Rivera, la Corte estableció que “la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”.<sup>91</sup>

Adicionalmente, tanto en los mencionados casos como en el caso *García Lucero*, referente a actos de tortura cometidos en contra del señor García Lucero en Chile durante la época de la dictadura militar, la Corte afirmó que el deber estatal de investigar los hechos es de medio y no de resultado pero que a pesar de ello “debe ser asumid[o] por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. El Tribunal concluyó que al tener conocimiento de los hechos, las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* una investigación “orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y *eventual castigo* de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” [énfasis añadido].<sup>92</sup> En el caso *García Lucero*, adicionalmente, la Corte estableció que dicho deber de investigar “se ve especificado y complementado por la Convención Interamericana contra la Tortura que, de conformidad a sus artículos 1, 6 y 8, impone los deberes de ‘realizar una investigación’ y ‘sancionar’, en relación con actos de tortura”. Además afirmó que en casos anteriores, ya había “aseverado el deber de los Estados de investigar o *procurar la ‘represión’* de ‘violaciones graves de derechos humanos’ tales como las torturas” [énfasis añadido].<sup>93</sup>

Igualmente, en la última sentencia en la cual la Corte se refirió a la interpretación del artículo 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura, tampoco se desarrolló el tema de la “severidad” de la pena a ser impuesta en casos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, en el caso *Quispialaya Vilcapoma*, la Corte determinó que

91 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 183; *Cfr.* Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 177. Ver también: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 149.

92 *Cfr.* Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 122; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 178; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párrs. 184 y 186.

93 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 121.



fueron perpetrados tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de la víctima. El Perú realizó las investigaciones de dichos hechos con base en la disposición de su Código Penal correspondiente al delito de lesiones graves, que preveía una pena incluso mayor a la del delito de tortura en dicho cuerpo normativo. En este sentido, la Corte notó que “un caso que encuadre en el [segundo párrafo del artículo que prevé el delito de lesiones en el Código Penal peruano] puede resultar en una pena tan severa como un caso de tortura”. La pena correspondiente a la tortura en Perú era de 5 a 10 años, mientras que la correspondiente a lesiones en perjuicio de un militar, como eran los hechos del caso, podría llegar a ser en algunas circunstancias hasta de 6 a 12 años. Al respecto, la Corte determinó que el Estado no había transgredido el artículo 6 de la referida Convención, ya que dicho tratado no preveía la necesidad de tipificar el delito de tratos crueles e inhumanos, a diferencia del de tortura; y que el delito de lesiones, tal como estaba tipificado en el ordenamiento jurídico peruano, podría “resultar igualmente relevante que uno por tortura desde el punto de vista punitivo” lo cual “no viola *per se* la obligación de prevenir y sancionar los tratos crueles, inhumanos o degradantes”.<sup>94</sup>

En el caso *Osorio Rivera*,<sup>95</sup> la Corte sostuvo que, con base en el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los Estados Parte se comprometen a sancionar a los responsables de desaparición forzada en el ámbito de su jurisdicción. El Tribunal sostuvo que esto es consecuente con la obligación de respetar y garantizar los derechos dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dado que, como parte de esta obligación, los Estados deben “[p]revenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” [énfasis añadido].<sup>96</sup>

Finalmente, tanto en el caso *Gelman* como en el caso *Osorio Rivera*, la Corte sostuvo que por tratarse de una violación grave de derechos humanos, y en consideración del carácter

94 Cfr. Corte IDH. *Caso Quispiyalaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párrs. 230 a 239.

95 El caso *Osorio Rivera* fue el último caso, al momento de presentación del presente trabajo de investigación, en el cual la Corte valoró la obligación de sancionar prevista en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Posteriormente, la Corte se refirió a dicho tratado y a la Convención Interamericana contra la Tortura en el caso de la *Comunidad Santa Bárbara*, pero solo en su dimensión de obligación de investigar dichos hechos. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 269.

96 Cfr. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *Op. cit.*, párr. 114.



permanente o continuo de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca el paradero de la víctima o se identifiquen sus restos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación.<sup>97</sup>

El Pacto no prevé expresamente la obligación de enjuiciar. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos, órgano que supervisa la aplicación de este instrumento por sus Estados Partes, ha interpretado que dicha obligación se encuentra incorporada en el Pacto.<sup>98</sup> Por otra parte, en relación con las amnistías, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General 20, las describe como “generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”.<sup>99</sup> Adicionalmente, el Comité se ha opuesto en algunas ocasiones al otorgamiento de amnistías al finalizar conflictos armados en tanto ha considerado que en esos casos, las amnistías impidieron la investigación y el castigo de los responsables de los hechos cometidos.<sup>100</sup>

97 *Ibíd.*, párr. 244. Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párrs. 253 y 254.

98 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 2004, párr. 8.

99 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 1992, párr. 15.

100 Ver por ejemplo: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párr. 9. “El Comité deplora que no se hayan seguido sus recomendaciones relacionadas con las Leyes de amnistía de 1995 y reitera que éstas *impiden la investigación y castigo de los autores de delitos cometidos en el pasado*, violando el artículo 2 del Pacto. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las recientes informaciones que dan cuenta del auspicio del Gobierno a una nueva ley de amnistía general como condición previa para la realización de elecciones. El Comité recomienda nuevamente al Estado Parte la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad. El Comité insta al Estado Parte a que se abstenga de adoptar una nueva ley de amnistía” [énfasis añadido].

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003), párr. 6. “El Comité reafirma su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que *impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas*. El Comité reitera sus observaciones finales adoptadas el 8 de abril de 1994, en las cuales recomienda que se vuelva a



En la Observación General 31, el Comité expresó que la falta de sometimiento a la justicia de los autores de violaciones tales como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzosa, podía constituir por sí misma una violación separada del Pacto. Por consiguiente, el Comité sostuvo que violaciones como las descritas acarrearían la responsabilidad personal de sus autores y esta no podría ser eximida “como ha ocurrido con determinadas amnistías”. Adicionalmente señaló que “[o]tros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse”.<sup>101</sup> Sin embargo, por ejemplo Seibert-Fohr sostiene que “no está claro lo que significa la responsabilidad personal en este contexto. Si esta requiere la sanción penal, entonces no hay opciones para las amnistías. Pero podría decirse que también hay medidas alternativas para encontrar a los perpetradores personalmente responsables sin sanción penal, por ejemplo, una investigación combinada con una amnistía individualizada previa confesión. Si una amnistía acompañada de medidas alternativas estrictas para lidiar con el pasado puede ser aceptada, se verá en el futuro”.<sup>102</sup>

## 2.4 Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma es un tratado *sui generis* al respecto, ya que además de identificar delitos prohibidos en el derecho internacional, le otorga jurisdicción a la CPI, en determinadas circunstancias, para juzgar a los perpetradores de los delitos contenidos en dicho tratado. Dichos delitos son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra.

En el Estatuto de Roma, sin embargo, no se prevé una obligación expresa de juzgar y sancionar a los perpetradores de dichos delitos. No obstante, dicha obligación está implícita detrás del principio de subsidiariedad de la CPI. En efecto, el preámbulo del Estatuto dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Igualmente, prevé que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Aunado a ello, el Estatuto señala que la CPI “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

---

examinar los efectos de la Ley de Amnistía General y que se enmiende esta ley para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe respetar y garantizar la aplicación de los derechos reconocidos en el Pacto” [énfasis añadido].

101 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, *Op. cit.*, párr. 18.

102 Anja Seibert-Fohr, *prosecuting serious human rights violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 48.



En cualquier caso, en el propio Estatuto se estipula que si así lo aconseja “el interés de la justicia” la propia Corte puede abstenerse de actuar en casos en los que la misma tiene competencia. Así, por ejemplo, en el artículo 53.1 se establece gruesa discrecionalidad para el fiscal en lo que atañe al inicio de una investigación precisándose que, aún tratándose de crímenes graves el Fiscal puede decidir, “en interés de la justicia”, no iniciar una investigación.

El Estado se encuentra obligado, conforme al preámbulo del Estatuto de Roma, a juzgar penalmente las conductas señaladas, con el fin de que no queden sin castigo las mismas. En la medida de que el Estado incumpla con dichas obligaciones, la CPI podría tener jurisdicción sobre dicho delito para juzgar y sancionar al perpetrador. Al respecto, los artículos 77<sup>103</sup> y 78<sup>104</sup> del Estatuto de Roma, establecen las penas aplicables por la CPI y la imposición de las mismas.

Sobre cómo opera el “interés de la justicia” y la discrecionalidad del ministerio público de un Estado soberano es, en este aspecto, un asunto importante a dilucidar y que, de hecho legítima ciertas rutas de la justicia transicional.

## Jurisprudencia de la Corte Interamericana

A diferencia de otros sistemas de derechos humanos, el Interamericano se ha enfrentado de manera más recurrente a casos de violaciones de derechos humanos en contextos de procesos transicionales de dictaduras y otras variantes de autoritarismo a democracias. Varios de estos casos han implicado auto-amnistías que ponen en peligro el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación, y pueden conducir a la impunidad de los actos cometidos. Esta puede ser una de las razones por las cuales el Sistema ha mantenido una jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de estas medidas, y otras análogas, con las obligaciones de los Estados Parte de los instrumentos interamericanos.

---

103 Artículo 77 Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

104 Artículo 78 Imposición de la pena. 1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.



Aunado a ello, no puede pasarse por alto que en esa jurisprudencia constante, la uniformidad en el razonamiento y en las conclusiones de la Corte han atendido específicamente a las particularidades de las situaciones nacionales de los casos bajo estudio. Así, si se revisan retroactivamente las distintas decisiones que ha tomado la Corte en su jurisprudencia respecto a las amnistías referidas a graves violaciones a los derechos humanos, todos los casos, desde *Barrios Altos* hasta *Gelman*, se refieren a situaciones de regímenes autoritarios o dictatoriales y/o a amnistías que abarcan la comisión de delitos tales como graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, o auto amnistías.<sup>105</sup>

En efecto, con relación a la amnistía analizada por la Corte en relación con el Perú en el caso *Barrios Altos*, su análisis se refiere a la prohibición de aplicar amnistías a graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos,<sup>106</sup> y al conflicto entre la Convención Americana y las leyes de “auto-amnistía” dictadas en 1995.<sup>107</sup>

Al referirse al caso de Uruguay, la Corte estableció que la Ley de Caducidad atendía a la transición de un régimen dictatorial que se perpetuó hasta 1985,<sup>108</sup> y su razonamiento se limitó a los hechos relacionados a la desaparición forzada de las víctimas de dicho caso. Al respecto, en dicha sentencia la Corte determinó que “[l]a forma en la que [...] ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad [...] ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referida a la desaparición forzada de María Claudia García y María Macarena Gelman”.<sup>109</sup> Por ello, la Corte determinó la responsabilidad internacional de Uruguay por la aplicación de la referida ley que impidió la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los perpetradores de las desapariciones forzadas cometidas en perjuicio de las víctimas.<sup>110</sup>

Análisis similar aplicó al decreto ley de auto-amnistía de Chile, valorado principalmente en el caso *Almonacid Arellano*, donde la Corte determinó que dicho decreto, dictado por las

105 Al respecto, ver por ejemplo: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Op. cit.*; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162*; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, y Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.* Al respecto, ver también: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párrs. 3 a 9.

106 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo., Op. cit.*, párr. 41.

107 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo., Op. cit.*, párr. 43.

108 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 45.

109 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 230.

110 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 240.



autoridades militares a su favor, era contrario a la Convención.<sup>111</sup> Igualmente, el caso de Brasil se refirió a las amnistías aplicadas a favor de los perpetradores de desapariciones ocurridas durante el régimen dictatorial que cesó en 1985.<sup>112</sup> En dicho caso, la Corte determinó que dichas disposiciones de amnistía eran incompatibles con la Convención pues impidieron “que los familiares de las víctimas [...] fueran oídos por un juez”.<sup>113</sup>

A diferencia de los casos referidos, en el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*,<sup>114</sup> la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las amnistías otorgadas en el contexto de una paz negociada entre el gobierno de El Salvador y el FMLN para dar fin al conflicto armado no internacional que vivió El Salvador.<sup>115</sup> En este sentido, fue un caso con un contexto distinto al de los anteriores pues no estaba relacionado con amnistías otorgadas en el tránsito de una dictadura a una democracia, o por regímenes con el fin de protegerse de una investigación de los hechos ocurridos.

Tal como detalla el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el Caso *Masacres de El Mozote*, es un contexto “distinto del que precedió a las demás leyes de amnistía a las que se ha referido la jurisprudencia de la Corte. Por ello el análisis y razonamiento del Tribunal tiene, como se ha dicho, particularidades que lo llevaron a incorporar elementos del Derecho Internacional Humanitario produciendo una interpretación armónica con las obligaciones establecidas en la Convención Americana en orden a evaluar jurídicamente la amnistía en un contexto como ese”.<sup>116</sup>

111 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Op. cit.*, párr. 122.

112 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párr. 120.

113 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párr. 172.

114 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*

115 Previo a El Salvador, la Corte Interamericana ha tenido que referirse a un contexto de paz negociada derivada de un conflicto armado no internacional en el caso guatemalteco. No obstante, allí la Corte realizó consideraciones únicamente sobre la eventual aplicación de las amnistías contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional, y no se refirió a la compatibilidad o no de dicha Ley con la Convención. Ver también: Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párrs. 83 y 131. Al respecto, ver también: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 10.

116 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 16.



En su sentencia, la Corte hizo referencia a qué fue lo que las partes en conflicto negociaron, cómo lo negociaron, el proceso mediante el cual decidieron que las graves violaciones a los derechos humanos debían ser analizadas por una Comisión de la Verdad y que las conclusiones y recomendaciones que ella arrojara serían vinculantes y tendrían que ser cumplidas.<sup>117</sup> Incluso, la Corte tomó en cuenta que la Ley de Reconciliación Nacional de 1992 preveía que las amnistías dispuestas no serían brindadas a quienes “según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1 de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso”.<sup>118</sup> Los términos de dicha norma parecieran atender a las previsiones del artículo 6.5 del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra.

No obstante ello, El Salvador se separó de dicha norma en 1993 al dictar la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, en la que se concedían las amnistías generales que generaron la responsabilidad internacional estatal, al no ser conformes a una interpretación armónica entre la Convención Americana y el referido Protocolo II.

En el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* la Corte reiteró que resultan inadmisibles las:

“amnistía[s], las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” [énfasis añadido].<sup>119</sup>

Con posterioridad a ello, el Tribunal interamericano determinó que “la sanción de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz contravino expresamente lo que las

117 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 270.

118 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 274.

119 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 283. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172; Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 174; Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo., Op. cit.*, párr. 41, y Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 225.



propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de hostilidades”.<sup>120</sup> La Corte enfatizó que “la lógica del proceso político entre las partes en conflicto [...] imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de ‘la actuación ejemplarizante’ de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”.<sup>121</sup> Sin embargo, una vez emitido el informe de la Comisión de la Verdad, se dictó la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que:

“concedió una amnistía de carácter general y absoluta que amplió la posibilidad de impedir la investigación penal y la determinación de responsabilidades a aquellas personas que hubieran participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario durante el conflicto armado interno, incluidos aquellos casos ejemplarizantes determinados por la Comisión de la Verdad”.<sup>122</sup>

Al realizar su análisis, la Corte tuvo presente el contexto específico en el que se encontraban enmarcados los hechos del caso, esto es, en el contexto de una paz negociada para dar fin a un conflicto armado no internacional. Por consiguiente, el Tribunal hizo uso del derecho internacional humanitario como herramienta de interpretación de la compatibilidad de la Ley de Amnistía con las obligaciones generales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aplicación en el caso concreto.<sup>123</sup>

En este sentido, la Corte se refirió a las amnistías dispuestas en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra (*supra*, cap. III) y sostuvo que dicho artículo “está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad”.<sup>124</sup> El

120 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 290.

121 *Ibíd.*

122 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 291.

123 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 284.

124 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 284. Ver también: Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 17.



Tribunal interamericano sostuvo que en razón de lo dispuesto en el artículo 6.5 del Protocolo II, “se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los [referidos] conflictos [...] para posibilitar el retorno a la paz”.<sup>125</sup> La Corte también sostuvo que “esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”.<sup>126</sup>

En su decisión, la Corte encontró incompatibles con la Convención Americana las disposiciones de la referida Ley y que:

“carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador”.<sup>127</sup>

En la mayoría de los casos en los que la Corte ha conocido de situaciones de graves violaciones de derechos humanos en contextos “transicionales” lo ha sido en tránsitos de dictaduras o autoritarismo a democracias. El Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* sobre El Salvador (2012) fue diferente en tanto durante las negociaciones de paz entre las partes en la transición negociada de un conflicto armado no internacional a tiempos de paz “no se hizo alusión a amnistía alguna”.<sup>128</sup> Por el contrario, se constató que “la lógica del proceso político entre las partes en conflicto [...] imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de ‘la actuación ejemplarizante’ de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones a derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad”.<sup>129</sup>

En ese caso la Corte abrió un razonamiento jurisdiccional distinto ateniendo a considerar relevante lo que las partes pudieran haber concordado en materia de asuntos como el

---

125 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 285.

126 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 286.

127 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 296.

128 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 287.

129 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 288.



tratamiento a las pasadas violaciones y crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado. El hecho que la Corte haya destacado no solo la importancia de la voluntad y decisión de las partes sino también la aplicación del derecho internacional humanitario y, específicamente, de la norma contenida en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II, permite constatar que la respuesta de la Corte frente a las pasadas violaciones cuando se trata de contextos de conflicto armado no internacional contiene elementos de análisis sustancialmente diferentes y novedosos. Dentro de este enfoque distinto, como es natural, se analiza el tema de la amnistía en este caso pero las mismas herramientas tendrían validez y enorme utilidad para considerar otras medidas tales como reducción de penas, libertad previa confesión de los hechos y reparación de las víctimas, u otras medidas de transición que impliquen, ya sea penas privativas de la libertad menores o diferentes a las que habrían de haber tenido en otras situaciones los perpetradores de los mismos delitos en la justicia ordinaria.

Cabe advertir que, teniendo en cuenta lo ordenado por la Corte en la sentencia en el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador declaró en julio del 2016 la inconstitucionalidad de la referida Ley de Amnistía, porque la amplitud contenida en su texto viola, el derecho al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, y al derecho a la reparación integral de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.<sup>130</sup> En dicha sentencia, dicho Tribunal valoró la Sentencia de la Corte Interamericana señalando que ésta no desconoce “el derecho soberano que tienen los Estados de decretar amnistías en situaciones de postconflicto armado”.<sup>131</sup> Aunado a ello, la Sala de lo Constitucional señaló que:

“Cabe recordar que el citado artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, derogado por la Ley de Amnistía de 1993, dispone en su inciso primero que: “No gozarán de esta gracia las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso”.

De esta forma, al derogarse “especialmente” el art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, se pretendió eliminar la excepción al ámbito de aplicación de la amnistía, que la hacía compatible tanto con el contenido de los Acuerdos de Paz como con las obligaciones constitucionales e internacionales, consistentes en el deber del Estado de investigar y sancionar los graves crímenes sucedidos en el conflicto armado contra la población civil y atribuidos a ambas partes.

130 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 44-2013/145/2013, 13 de julio de 2016, p. 41.

131 *Ibíd.*, p. 14.



Como efecto de esta decisión, en particular, el citado art. 6 inc. 1° de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, recobrará su vigencia, en cuanto a excluir del ámbito de aplicación de la amnistía, los hechos y las personas investigados en el Informe de la Comisión de la Verdad.<sup>132</sup>

## Obligación de condenar como componente de la justicia transicional

En las secciones anteriores se ha hecho referencia a los diversos componentes de la justicia transicional, así como al estímulo al uso de las amnistías estipulada en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra como una herramienta de transición en los procesos de paz que buscan dar fin a un conflicto armado no internacional. También se mencionaron las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, graves violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra, establecidas en distintos instrumentos internacionales para sus Estados Parte. El propósito de este apartado es demostrar que los tratados no establecen un maximalismo de justicia penal punitiva si bien sí establecen que los responsables de las acciones en ellos abordadas deben ser juzgados y condenados por las mismas.

En primer lugar vale la pena mencionar que no hay un proceso de justicia transicional que sea perfecto, en el que se satisfagan plenamente todos los elementos que estén en juego pues es muy posible que remanezcan frustraciones en diferentes sectores sobre las medidas adoptadas para que la sociedad realice su proceso de transición. Al respecto, se ha señalado que:

“En este contexto, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, deben ser entendidos como interdependientes. Solo la aplicación integrada de medidas en favor de las víctimas en todos esos ámbitos pueden conseguir resultados eficaces y concordantes con el ordenamiento interamericano de derechos humanos. Así, la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, sólo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones”.<sup>133</sup>

---

132 *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

133 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 23.



Si bien no se aspira a un proceso perfecto y sin defectos, sí es relevante que estos no sean de tal envergadura que supongan el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar.

De acuerdo a lo expuesto, es claro que existe la obligación de enjuiciar y castigar a los autores de las conductas delictivas descritas. La obligación de enjuiciar es entendida como la acción que cubre el proceso que comienza con la investigación imparcial y efectiva de los delitos presuntamente cometidos y que continúa con un juicio en el que se respeten las garantías judiciales respectivas. Surge entonces la difícil tarea de buscar un equilibrio que permita que se investigue, juzgue y sancione pero que se haga en un tiempo óptimo. La duración de la etapa del juicio es de suma importancia tanto para las víctimas como para los imputados pues las primeras buscan encontrar la verdad sobre lo ocurrido y que se haga justicia, y los segundos el respeto de sus garantías procesales.

Por otra parte, una vez garantizadas las obligaciones de investigar y juzgar, surge el interrogante de qué tipos de sanciones deben establecerse para entender respetada la obligación de condenar a los responsables de dichos crímenes. Adicional a ello, se plantea también la pregunta sobre cómo podría entenderse cumplida dicha obligación cuando se trata de procesos dentro de un contexto de justicia transicional pues la condena que se imponga es también relevante para efectos de la transición misma.

Ahora bien, no es un tema irrelevante la interpretación sobre el contenido de la estipulación de investigar y sancionar. ¿Se infiere, acaso, un contenido de cuáles y cómo deberían ser las penas? Así, *contrario sensu*, de no aplicarse las penas más altas y restrictivas ¿se estaría incumpliendo con la obligación estatal de condenar? Esta obligación general surge ya sea del texto de los tratados o de la interpretación que de los mismos han hecho los órganos encargados de interpretarlos. Como se verá a continuación, algunos dan luces sobre requisitos que la condena debe cumplir pero no se hace referencia específicamente al tipo de pena a aplicar.

Según lo descrito previamente (*supra*, V.2.A), para efectos de la Convención contra la Tortura, el Comité ha entendido que el enjuiciamiento y castigo de los responsables de actos de tortura o malos tratos hace parte de la reparación de la que deben ser acreedoras las víctimas. Asimismo, ha sostenido que los Estados deben tipificar y castigar el delito de tortura. Sin embargo, el Comité no ha señalado qué tipo de castigo deben tener quienes podrían ser autores de dichos delitos. La Convención solo afirma que debe haber condenas pero no queda establecido qué se entendería por “adecuadas”, indicándose únicamente que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito y afirmándose la gravedad especial



de la tortura.<sup>134</sup> Adicional a ello, el Comité ha hecho la salvedad de que las amnistías serían un obstáculo para el juzgamiento y condena e infringirían el carácter imperativo de la prohibición.

En relación con la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido clara que en casos de graves violaciones a derechos humanos no debe recurrirse a amnistías, se debe realizar una investigación y determinarse las responsabilidades penales del caso que deberán ser acordes con la gravedad de los delitos que se estén juzgando. Ahora bien, ¿qué tan grave y onerosa tiene que ser la pena para que se satisfaga el requisito de sancionar?

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que si bien la persecución penal es una vía fundamental, los Estados tienen la potestad de definir las sanciones correspondientes siempre que las mismas guarden proporcionalidad con los bienes jurídicos que se afectaron. Esa proporcionalidad requiere que las sanciones contribuyan a prevenir la impunidad y que se tengan presentes factores como la naturaleza del delito y la participación y culpabilidad del acusado. Por ejemplo, sobre la proporcionalidad de las penas, la Corte sostuvo en su resolución de supervisión de cumplimiento del *Caso Barrios Altos Vs. Perú* de 2012 que:

“[s]i bien aún en casos de graves violaciones a los derechos humanos el derecho internacional admite que ciertas circunstancias o situaciones puedan generar una atenuación de la potestad punitiva o la reducción de la pena, como por ejemplo la colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen, el Tribunal considera que el Estado deberá ponderar la aplicación de tales medidas en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad”.<sup>135</sup>

En nuestra opinión, en los casos de procesos de transición a la paz negociada desde un conflicto armado no internacional, de estos criterios no deben desprenderse penas determinadas –o necesariamente “altas”- sino que, para que se considere que los Estados cumplen con la obligación contenida en los tratados y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte, la naturaleza de las sanciones que se apliquen debe estar en consonancia y ponderación con las demás medidas de justicia transicional que se adopten.

Es decir, los procesos que se inicien y las sanciones que en su caso se determinen, deben estar en sintonía con otras respuestas y medidas tales como los reconocimientos de

134 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, *Op. cit.*, párr. 11.

135 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.*, *Op. cit.*, Considerando 57.



responsabilidad, aportar verdad sobre los hechos producidos, colaborar con las autoridades en la recuperación de los restos mortales de los desaparecidos, indemnizar a las víctimas, entre otras. Además, aun cuando la justicia penal debe buscar efectivizar satisfactoriamente la actividad orientada a investigar y esclarecer los hechos, la identificación de las responsabilidades individuales, y la aplicación de sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones, “si se dificulta la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos”.<sup>136</sup>

Así, como se señaló, si únicamente se buscaran penas altas y carcelarias para los perpetradores, podrían ponerse en riesgo las posibilidades reales de alcanzar y concretar una paz negociada a través de acuerdos que permitan una transición real de la guerra a la paz, y abrir una ruta de reconciliación. Como es evidente una perspectiva que se limite a reducir penas para unos y aplicar amnistías para otros, sin otras medidas transicionales paralelas y articuladas, estaría desconociendo los derechos de las víctimas y de la sociedad misma a una reparación efectiva de las conductas delictivas realizada. Esto dificultaría la viabilidad y estabilidad de un orden posterior al conflicto armado pues se habrían omitido elementos esenciales para la viabilidad de aquel y su sostenibilidad en el tiempo. Es por ello que, en los contextos de conflictos armados no internacionales en los que se busca el fin de los mismos a través de acuerdos de paz, resulta de gran relevancia la aplicación conjunta de una serie de medidas de justicia transicional en procura de la ponderación de diferentes intereses en juego, sin perder de vista, por cierto, la prioridad de los derechos de las víctimas.

Así, se ha señalado que “[e]sta armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una justicia transicional. En este sentido pueden plantearse, por cierto, particularidades y especificidades de procesamiento de estas obligaciones en el contexto de una paz negociada. Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto. Pero, para ser válidas en el derecho internacional, tendrían que atenerse a ciertos estándares básicos orientados a lo que puede procesarse y concretarse de varias formas, incluyendo el papel de la verdad y la reparación”.<sup>137</sup>

Ahora bien, los Estados definen el nivel de severidad de las sanciones teniendo por objetivo tutelar de una mejor manera los bienes jurídicos protegidos. Pero deben ejercer esa potestad

136 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 28.

137 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 27.



de forma tal que no vulneren otras normas a las que estén obligados. En este sentido, podría concluirse que la obligación a la que se han comprometido los Estados miembros de estos instrumentos internacionales es a que, en caso de condena, se dicten penas “adecuadas”, lo que es interpretable en función de la naturaleza de los respectivos procesos de investigación y sanciones que se dicten. No se exige, pues, que sean sanciones necesariamente ominosas pero sí que los Estados se abstengan de figuras eximentes de responsabilidad que excusen *in genere* el cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar los crímenes graves.

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de lo señalado previamente puede colegirse que el Comité ha tenido una interpretación restrictiva del uso de las amnistías. La misma, sin embargo, no apunta necesariamente a una proscripción absoluta de las mismas –lo que sería contrario al derecho internacional– sino que sugiere un análisis caso por caso de la concesión que de ellas se haga. Además, el Comité no establece qué tipo de castigos deben recibir quienes sean encontrados responsables de los hechos bajo investigación.

El Estatuto de Roma, por otra parte, es un código penal internacional y, como tal, establece las penas que podrán ser impuestas por la CPI. Ello difiere de los demás tratados analizados en tanto en ellos no se determina en forma específica las sanciones para los actos allí descritos y se deja al Estado la definición de las mismas. Así, para efectos de la CPI, en el Estatuto sí se establecen las penas en tanto se trata de un sistema penal internacional en el que se busca establecer la responsabilidad penal individual de quienes están siendo juzgados por la presunta comisión de crímenes dentro de la jurisdicción de la CPI. Estos delitos, como el mismo preámbulo del Estatuto lo señala, son los crímenes más graves de trascendencia internacional.

Al respecto, vale la pena resaltar que la Corte Penal no es un eslabón de justicia transicional sino un sistema penal complementario y supletorio de la justicia nacional. Ello no es una acotación estrictamente formal, sino que implica que la jurisdicción y la competencia sobre todas estas materias y los criterios son, en principio, de competencia de los tribunales nacionales. En este sentido, el Fiscal Adjunto de la CPI ha sostenido que “[u]na situación de justicia transicional sólo activa el mandato de la Fiscalía de la CPI si las autoridades del Estado en cuestión no están realmente llevando a cabo procesos por [los] crímenes [internacionales]”.<sup>138</sup>

Al ser un proceso esencialmente político en el que se insertan diversos elementos jurídicos, la justicia transicional contribuye con perspectivas e ingredientes en temas fundamentales

---

138 James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2015, pág. 5, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016. Cfr. Artículo 17 del Estatuto de Roma.



como el componente penal. Esto implica, por consiguiente, que quienes conocen de este tipo de delitos a nivel interno no se vean obligados a aplicarles las mismas sanciones penales y enfoques que determina la Corte Penal Internacional para estos crímenes cuando los procesa y se pronuncia respecto a ellos. La que, por lo demás, puede determinar, como lo dispone el Estatuto de Roma, no conocer ciertos casos sobre hechos graves “en interés de la justicia” así como priorizar y seleccionar casos. En esta perspectiva, sería contradictorio exigirles ese estándar a los mecanismos nacionales que se creen o que asuman el conocimiento de dichos delitos en contextos transicionales, pues deberían poder recurrir a un enfoque flexible que tenga en cuenta no sólo el contexto de la transición sino también otras medidas de justicia transicional en concordancia y sintonía con las de investigación y eventual sanción.

No serían disonantes penas diferentes a las “clásicas” que pudieran ser incorporadas en el modelo transicional que se construya, como lo serían, por ejemplo, la reducción de penas, la suspensión de su ejecución en distintos supuestos como la confesión, la imposición de penas alternativas y otras formas de reponer el daño producido. Ello claro está, siempre y cuando la imposición de esas penas diferentes no sea un acto aislado sino que sea parte de un conjunto mayor de medidas y políticas que atiendan las variadas necesidades de las víctimas en materia de justicia, verdad y reparación. Impuestas así, estas penas, como un componente de variadas medidas de transición, no equivalen a “impunidad” sino que pueden ser valiosas herramientas que faciliten la negociación que se esté haciendo para la transición hacia la paz y, al mismo tiempo, satisfagan la exigencia de la obligación de sancionar previa realización de una investigación y juzgamiento de los responsables.

Al respecto, el Fiscal Adjunto de la CPI, refiriéndose a tales medidas en el contexto colombiano, sostuvo:

“[s]i bien el Estatuto de Roma contiene disposiciones relativas a las penas en los procesos ante la CPI, no prescribe un tipo o duración específicos de las condenas que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI. En materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad. El derecho interno solamente debe llevar adelante investigaciones, enjuiciamientos y sanciones que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma –poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva. Por consiguiente, las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas. Sin embargo, deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores”.<sup>139</sup>

---

139 *Ibíd.*, págs. 10 y 11.



Otro punto importante es la priorización de casos y la selección de los mismos. A nivel de la CPI, la Fiscalía ha sostenido, con base en el Estatuto, la priorización de los casos en los que los presuntos perpetradores sean los mayores responsables.<sup>140</sup> Sin embargo, de acuerdo a l Plan Estratégico de la Fiscalía de 2012 a 2015, “[e]l estándar probatorio necesario para probar la responsabilidad penal de los más responsables, podría obligar a la Fiscalía a cambiar su enfoque debido a las limitaciones en las posibilidades de investigación y/o la falta de cooperación”. Según dicho Plan, sería necesario comenzar un poco más abajo en la cadena de mando, investigando y procesando a algunos presuntos perpetradores que tengan rangos medios y altos “con el fin de tener una oportunidad razonable para condenar a los más responsables”. Se consideró igualmente importante “la persecución de los autores de niveles inferiores, cuando su conducta haya sido especialmente grave y haya adquirido una amplia notoriedad”.<sup>141</sup>

Esto último guarda relación con lo sostenido por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal en el entendido que “el Preámbulo del Estatuto de Roma menciona ‘delitos más graves’, pero no ‘autores más serios’”. En este sentido, la Sala destacó que el Preámbulo hace referencia a *autores* y a *los responsables de crímenes internacionales*, no ha *autores más responsables*. La Sala concluyó afirmando que si “[l]os redactores del Estatuto hubieran tenido la intención de limitar su aplicación solo a los más altos dirigentes sospechosos de ser más responsables, podrían haberlo hecho expresamente”.<sup>142</sup>

Ahora bien, es importante añadir entonces que no todos los que participaron en el conflicto armado pueden -o deben- ser objeto de las mismas medidas de justicia transicional, ni todas las víctimas están esperando el mismo tipo de reparación. Un equilibrio entre ambos aspectos es necesario tanto para lograr la transición como para impedir que se generen o resurjan las condiciones que conllevaron a la situación anterior.<sup>143</sup> Para algunas de las víctimas, la obtención de la verdad sobre lo ocurrido, los reconocimientos de responsabilidad por parte de los perpetradores, el pedir perdón por los actos cometidos y/o la participación

---

140 Ver por ejemplo: ICC, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Report on Prosecutorial Strategy, 24.10.2013, párr. 11.

141 ICC, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, *Op. cit.*, párr. 22.

142 ICC, Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Under Seal Ex parte, Prosecutor only, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, No. ICC-01/04, July 2006. Párr. 79 (T del A.).

143 Cfr. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-law tools for post-conflict states Reparations programmes*, United Nations New York and Geneva, 2008.



de estos en el resarcimiento económico del perjuicio causado serán más significativos que obtener una pena carcelaria alta para los perpetradores de los actos sufridos.

Al mismo tiempo, para los perpetradores, la obtención de una sanción distinta a la descrita puede ser razón suficiente para participar en el proceso de transición en forma activa, pedir perdón a las víctimas, contar la verdad sobre lo sucedido y entregar o devolver bienes con el fin de utilizarlos para cubrir los daños causados. En consonancia con lo anterior, para aquellos perpetradores que puedan ser acreedores de las amnistías previstas en el derecho internacional humanitario, ello será un aliciente para participar activamente en el proceso de justicia transicional y en las medidas reparativas en ella dispuestas.

En nuestra opinión, no es condición *sine qua non* que se dicten las penas más severas para entender que el Estado esté cumpliendo con su obligación de condenar los hechos delictivos ocurridos durante el conflicto armado que se busca terminar por medio de una paz negociada y a través de distintos mecanismos de justicia transicional. Adicionalmente, la implementación de las amnistías dispuestas en el derecho internacional humanitario no podrían entenderse como un incumplimiento de dicha obligación sino que debe hacer uso amplio de las mismas en los términos dispuestos en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra.

## Conclusión

De acuerdo a lo descrito previamente, nuestra opinión es que de los distintos tratados analizados, puede concluirse que los mismos no prevén de forma expresa una norma vinculante sobre la pena a imponerse a quienes sean condenados por la comisión de las conductas en ellos referidas. Por consiguiente, la obligación de sancionar no necesaria e indefectiblemente implica penas altas y carcelarias. Con mayor razón en contextos de justicia transicional, en los que la obligación de sancionar debe analizarse en conjunto con los demás componentes que dichos procesos conllevan.

Por consiguiente, debe entenderse como una obligación la de llevar a cabo procesos y la de imponer penas concordantes con otros componentes del proceso de transición a la paz tales como reparaciones, reconocimientos de responsabilidad y conocimiento de la verdad a través del relato de lo ocurrido. Todo ella de tal forma que no se desincentive la participación de las partes en conversaciones y acuerdos de paz y que, simultáneamente, no perjudiquen los derechos de las víctimas a su reparación integral donde se satisfagan los derechos a la investigación, juzgamiento y sanción, verdad, rehabilitación, garantías de no repetición, satisfacción, indemnización y demás medidas aplicables. En estos contextos, “existen deberes estatales que entran en tensión y que, en estos casos, la mejor alternativa



es tratar de armonizarlos, en lugar de optar por el cumplimiento pleno de uno de los deberes en detrimento de los otros”.<sup>144</sup> Así, “un modelo de judicialización y castigo pleno resulta tan improcedente como uno de amnistías totales e incondicionales”.<sup>145</sup>

## Bibliografía

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Asamblea General de Naciones Unidas, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Resolución A/RES/60/147 (21-03-06), párr. 18.

—, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

—, Resolución A/RES/68/156 *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 18 de diciembre de 2013.

—, Resolución A/RES/69/169 *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 18 de diciembre de 2014.

—, Resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946 “extradición y castigo de criminales de guerra”.

—, Resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947 “extradición de delincuentes de guerra y traidores”.

—, Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 “afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”.

Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002, *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3(part II-B), adopción 09.09.2002, entrada en vigor: 09.09.2002.

Boraine, Alex, *A Country Unmasked: Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2000.

144 Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2013. p. 81 [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.363.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

145 *Ibíd.*, p. 87.



Campbell, Colm, Peace and the laws of war: the role of international humanitarian law in the post-conflict environment *International Review of the Red Cross* No. 839, 2000, pp. 627-651.

Clapham, Andrew, Human Rights Obligations of non-state actors in conflict situations, *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 505, y REDRESS, Torture by Non State Actors, 2006, p.20, <http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%209%20June%20Final.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 2004.

—, Observaciones finales, El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV, 2003.

—, Observaciones finales, Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER, 2000.

—, Observación General N° 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 1992.

Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 2007.

Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, CAT/C/GC/3, 2012.

Comité Internacional de la Cruz Roja Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1998, párr. 4599 <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4>, consulta: 4 de agosto de 2016.

—, Henckaerts Jean-Marie, y Louise Doswald-Beck, El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 691, [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

—, Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, Represión penal El castigo de los crímenes de guerra, [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion\\_penal.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor: 28 de Febrero de 1987.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Entrada en vigor: el 28 de marzo de 1996.



Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, artículo 1.

Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949.

Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949.

Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

—, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

—, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

—, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012.

—, Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.

—, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 299

—, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232

—, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120

—, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

—, Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

—, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.



- , Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- , Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- , Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- , Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- , Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán en el que se adhirieron los Jueces y Juezas Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez.
- , Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274
- , Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.
- , Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 579.
- , *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26.
- Corte Penal Internacional, AC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Under Seal*  
Ex parte, Prosecutor only, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, No. ICC-01/04, July 2006.
- , PTC, No. ICC-01/09.
- , PTC I, *The Prosecutor v. al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, 2009.
- , PTC I, ICC-01/04-01/07-717.
- , PTC I, No.: ICC-02/05-01/07.
- , PTC II, No. ICC-02/05-01/09, 2009.
- , PTC III, No. ICC-02/11.



—, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Report on Prosecutorial Strategy, 24.10.2013.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 44-2013/145/2013, 13 de julio de 2016.

De Greiff, Pablo, *Repairing the Past: Confronting the Legacies of Slavery, Genocide, & Caste*, Connecticut, Yale University, 2005, p.10.

Dieng, Adama, *Bridging the divide between reconciliation and justice*, African Prospects, 2009.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor: 1 de julio de 2002.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty, 2014, pp. 34, 35 y 37 [http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law\\_Academy%20Briefing%20No%206.pdf](http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, marzo de 2010, [https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

Krapp, Peter, *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, 6 German Law Journal No. 1, 2005.

Military Tribunal at Nuremberg, Altstötter (The Justice Trial) case, 1946-1949.

—, Krauch (I. G. Farben Trial) case, 1947-1948.

—, Von Leeb (The High Command Trial) case, 1947-1948.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-law tools for post-conflict states Reparations programmes, United Nations New York and Geneva, 2008.

O'Shea, Andreas, *amnesty for crime in international law and practice*, The Hague, Kluter Law International, 2002, p. 24.

—, *Truth and Reconciliation Commissions*, 2008, párr. 41.

Pejic, Jelena, *Accountability for international crimes: From conjecture to reality*, International Review of the Red Cross No 845, 2002, p. 30.



Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Seibert-Fohr, Anja, *prosecuting serious human rights violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Stewart, James, *Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2015, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.

Ticehurst, Rupert, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 31-03-1997.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, AC, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, Case N° IT-94-1-AR72, 2 October 1995.

—, AC, *Kordic and Cerkez, Judgment*.

—, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Judgment*, Case IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 2002

—, TC I, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Judgement*, Case N° IT-00-39-T, 27 September 2006.

—, TC, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, 2005.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, 2007.

—, TC, *Prosecutor v. Akayesu, Judgement*, 1998.

—, TC, *Prosecutor v. Bisengimana*, 2006.

Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, second edition, Hart Publishing, 2008.

Uprimny, Rodrigo et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, colección ensayos y propuestas, 2006, [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.201.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2013, [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.363.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

Vives, Julio, *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, 2003, pp. 340 y ss [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003\\_7.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf), consulta: 4 de agosto de 2016.

# LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTRUCCIÓN DE CADENAS DE VALOR GLOBAL Y LA PROTECCIÓN DE DD.HH. POR PARTE DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES

---

THE RELATION BETWEEN THE CONSTRUCTION OF GLOBAL VALUE CHAINS AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS BY MULTINATIONAL ENTERPRISES

---

✉ POR: SIMÓN MEJÍA TORO<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2016

Fecha de aprobación: 15 de septiembre de 2016

## Resumen

*Las compañías multinacionales han expandido sus actividades comerciales en los últimos años a través del uso de las cadenas de valor global. Esta estrategia de mercado facilita la fragmentación de las actividades permitiéndole a las compañías llegar a territorios a los que antes no era posible, buscando la explotación de las distintas fases de producción en entornos más beneficiosos. Dicha expansión ha llevado a una transformación del comercio internacional como resultado de una serie de factores que se pueden reducir en el término globalización económica.*

*El crecimiento de las compañías y el aumento en el uso de cadenas de valor global, no solo ha moldeado el panorama internacional en términos económicos, la creciente presencia de las compañías a un nivel global ha dado lugar a numerosos casos de violaciones de derechos humanos, en especial en aquellas fases de la producción ubicadas en países menos desarrollados. Aunque el derecho ha buscado regular el actuar corporativo para proteger los derechos humanos, en la actualidad los mecanismos de protección existentes*

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, correo: smejiat@eafit.edu.co



*parecen ser insuficientes pues se limitan a iniciativas privadas, recomendaciones y mecanismos de voluntario cumplimiento. Conforme a lo anterior, y atendiendo al nuevo panorama del comercio internacional, se ha vuelto obligatorio entender este nuevo fenómeno económico y el papel que puede tener el derecho dentro de las cadenas de valor global para poder crear mecanismos y estrategias que logren proteger los derechos humanos de manera efectiva.*

**Palabras claves:** *Cadenas de valor global, compañías multinacionales, derechos humanos, responsabilidad corporativa, sociedad civil.*

## **Abstract**

*The multinational enterprises have expanded their commercial activities in the past years using the global value chains. This market strategy facilitates the fragmentation of the activities allowing enterprises to reach territories they couldn't before, looking for the exploitation of the different production stages in different territories and more beneficial environments. The expansion of enterprises has led to a transformation of international trade which is a result of a number of factors that can be summarized in the economic globalization concept.*

*The growth of enterprises and the increasing usage of global value chains, has not only shaped the international scene in economic terms, the growing presence of the enterprises to a global level has resulted into numerous human rights violations, specially within the production stages located in less developed countries. Although the law has sought to regulate corporate activity in order to protect human rights, currently the protection mechanisms seem to be insufficient because they are limited to private initiatives, recommendations and mechanisms of voluntary compliance. According to this, and taking into consideration today's international trade landscape, it has become mandatory to understand this new economic phenomenon and the role played by the law within global value chains in order to be able to create mechanisms and strategies that will protect human rights effectively.*

**Key words:** *Global value chains, multinational enterprises, human rights, corporate responsibility, civil society.*



## Introducción

Las compañías multinacionales buscan expandir su actividad comercial y para esto hacen uso de modelos económicos de tercerización, deslocalización o externalización de las fases de producción. Las multinacionales han utilizado en las últimas décadas una estrategia de mercado o un modelo conocido como cadenas de valor global, el cual supone la división de la producción y comercialización en distintas etapas ubicadas en distintos territorios para lograr mayores beneficios y ganancias. Conforme a lo anterior, y gracias a la tendencia actual de expansión y libertad económica, son cada vez más las relaciones transfronterizas producto de las cadenas de valor global. Es indiscutible el creciente impacto que han venido teniendo las compañías multinacionales en los distintos territorios en que operan, por lo que será importante definir si este se debe a la implementación de las cadenas de valor global. Pese a que dicho modelo es considerado por muchos como necesario para competir en el mercado internacional, e incluso como una oportunidad para el desarrollo de los países, en la realidad se ha evidenciado que los intereses de las compañías multinacionales han entrado en conflicto con los derechos humanos de un gran número de personas que están vinculadas o ubicadas en las distintas etapas de sus cadenas de valor global. De lo anterior se generan una serie de preguntas: ¿las cadenas de valor global representan una oportunidad para el desarrollo de los países o un reto para los derechos humanos de sus ciudadanos?, ¿este modelo facilita la violación de derechos humanos y la impunidad para las compañías multinacionales?, y ¿existen mecanismos de control y de responsabilidad corporativa efectivos?

Aunque a la fecha se han realizado varios acercamientos respecto del tema de derechos humanos en los negocios, y se ha estudiado la creciente influencia e impacto que han adquirido las compañías multinacionales en los distintos entornos en que están presentes, la aparición y expansión del modelo de cadenas de valor global ha creado la necesidad de realizar un análisis más profundo. Se ha vuelto imperativo replantear la responsabilidad corporativa conforme a los nuevos retos que trae la globalización económica, y se deberá profundizar sobre los distintos factores que rodean a las cadenas de valor global para lograr obtener una mejor visión de este fenómeno, y los efectos que este puede traer para los derechos humanos.

De igual manera, es necesario indagar respecto de las dificultades que existen actualmente para obligar de manera efectiva a las compañías multinacionales respecto de la protección de los derechos humanos. Se ha vuelto sumamente importante analizar el papel del derecho para mirar si este, más allá de crear instituciones y mecanismos que facilitan el libre intercambio de bienes y la expansión comercial, actualmente cuenta con mecanismos legales que logren



la protección real de los derechos humanos y la atribución de responsabilidad directa para las compañías multinacionales que con su actuar menoscaban dichos derechos.

Así las cosas, la investigación llevada a cabo para el desarrollo de este trabajo pretende analizar la realidad de los derechos humanos en el panorama actual del comercio internacional. No obstante, cabe advertir que el estudio jurídico de las cadenas de valor global es un tema que ha sido poco trabajado, por lo que no existen una gran variedad de fuentes, por lo que se buscará entonces realizar una primera aproximación o vinculación de las cadenas de valor global con los derechos humanos y de esta manera dar un primer paso en la apertura de una discusión que se hace cada vez más necesaria.

Conforme a lo anterior, a largo de este trabajo se buscará determinar si el surgimiento de las cadenas de valor global supone un reto para la protección de los derechos humanos, y en caso afirmativo, analizar la efectividad de los mecanismos existentes para la protección de estos derechos. Para cumplir con dicho objetivo, el presente trabajo se divide en cuatro secciones, en la primera se realizará un acercamiento a las cadenas de valor global para ayudar a comprender dicho fenómeno en mayor profundidad, en la segunda sección se estudiará la relación de este fenómeno con las compañías multinacionales, analizando el impacto que este fenómeno ha tenido sobre su actividad comercial, en la tercera sección se estudiarán los efectos que tienen las compañías multinacionales sobre los derechos humanos cuando hacen uso del modelo de cadenas de valor global, y por último, se expondrá el panorama actual de la regulación existente para proteger los derechos humanos frente al actuar de las compañías multinacionales, en donde analizará la obligatoriedad y efectividad de dichos mecanismos para responsabilizar a las compañías multinacionales en aquellos casos de violaciones de derechos humanos que se dan dentro de cadenas de valor global.

## 1. Qué son las cadenas de valor global y su relación con las compañías multinacionales

Tradicionalmente, las compañías realizaban todas sus actividades dentro de un mismo país; no obstante, el panorama actual ha cambiado, la globalización ha motivado a las distintas compañías a reestructurar sus operaciones internacionales a través de la deslocalización y externalización de actividades.<sup>2</sup> La producción internacional, el comercio, y las inversiones se han ido organizando dentro de las llamadas cadenas de valor global (CVG en adelante), las cuales describen toda la gama de actividades que las empresas y los trabajadores hacen para

2 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), “Global Value Chains” [en línea], disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ind/global-value-chains.htm>, consulta: 27 de julio de 2016.



llevar un producto desde su concepción hasta su uso final.<sup>3</sup> Lo anterior incluye actividades como extracción, diseño, producción, comercialización, distribución y apoyo al consumidor final, las cuales pueden estar comprendidas dentro de una única compañía o divididas entre diferentes compañías, y cada una de estas actividades pueden ser consideradas como un eslabón que forma parte de una cadena, a partir de la cual se llega a un resultado final, el cual es la producción de bienes y servicios.<sup>4</sup>

Las CVG no son un fenómeno nuevo, éstas existían antes de 1980;<sup>5</sup> no obstante, no cabe duda frente a la gran magnitud que estas han alcanzado en las últimas dos décadas, y respecto de cómo los cambios globales han permitido la explotación de este modelo económico de una manera en la que antes no era posible. Como se expresó anteriormente, la globalización ha dado lugar a un incremento en el uso de las CVG pero esta afirmación o razón por sí sola no es suficiente para lograr entender el origen de este fenómeno, para esto será necesario delimitar aquellos factores determinantes que han llevado a potencializar el uso de las CVG.

Son tres los factores principales que han dado lugar a un incremento en el uso de las CVG. El primero es la disminución significativa de los costos comerciales entre los cuales se destacan los costos de transporte, costos arancelarios, y costos de coordinación y comunicación; dicha disminución ha sido vital para permitir que las distintas actividades necesarias para la producción, las cuales se encuentran cada vez más dispersas o deslocalizadas geográficamente, se puedan llevar a cabo de manera rápida, eficiente y a bajos costos.<sup>6</sup> El segundo factor determinante es la liberalización económica y la expansión de las inversiones, lo cual ha permitido que se den reformas regulatorias claves en sectores de infraestructura y transporte y de esta manera se ha impulsado el comercio internacional.<sup>7</sup> Finalmente, el tercer factor determinante ha sido el gran aumento en la demanda mundial y la creciente cultura del consumo, lo cual indudablemente ha llevado a un estímulo del comercio internacional y de esta manera ha tenido un gran impacto en la economía global en los últimos años.<sup>8</sup>

3 Gary Gereffi, Karina Fernandez-Stark, "Global Value Chain Analysis: A Primer", en: *Center on Globalization, Governance & Competitiveness (CGGC)*, Duke University, North Carolina, USA, 2011.

4 Duke University, Global Value Chains Initiative, "Concepts" [en línea], disponible en: <https://globalvaluechains.org/concept-tools>, consulta: 29 de julio de 2016.

5 Koen De Backer, Sébastien Miroudot, "Mapping Global Value Chains", en: *OECD Trade Policy Papers*, Núm. 159, OECD Publishing, 2013, p. 7.

6 *Ibíd* p. 8.

7 *Ibíd* p. 9-10

8 *Ibíd*.



Lo anterior ha generado una tendencia en las últimas décadas a favor de la implementación de las CVG y esto se logra evidenciar en el análisis del comercio internacional realizado conjuntamente por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE en adelante) y la Organización Mundial de Comercio, en el 2015; dicho análisis determinó que actualmente las CVG dirigen el comercio internacional, con una cifra de 80% del comercio compuesto por intermediarios de insumos, capital y servicios.<sup>9</sup> Asimismo, diferentes estudios han demostrado que en los últimos 10 a 15 años las CVG se han vuelto el modelo operacional o el plan estratégico prevalente entre las grandes compañías multinacionales,<sup>10</sup> en donde estas y sus trabajadores se encuentran ampliamente dispersos en distintos territorios, bien sea porque una compañía construye una nueva fábrica o centro operacional en otro país, o porque se está ante un escenario más complejo, en el cual se encuentran presentes varios actores dentro la cadena. Tal es el caso cuando una compañía contrata con otra compañía ubicada en un territorio distinto para coordinar la producción de una materia prima, y a su vez esta materia prima es extraída por una tercera compañía, dando lugar a que dentro de una típica CVG se presenten las “constelaciones de interacción humana”, término que se refiere al reconocimiento de un número de distintos actores presentes los cuales desarrollan cada uno una diferente actividad esencial para el producto, además, un determinado actor puede tener un control de manera directa sobre sus actividades inmediatas, pero al mismo tiempo puede estar controlado directa o indirectamente por otros actores, configurándose entonces dentro de estas constelaciones posibilidades de gobernanza infinitas.<sup>11</sup>

La evidencia ha demostrado que las CVG han llevado a que los países tiendan cada vez más a especializarse en funciones específicas, estos han decidido enfocar sus esfuerzos hacia una actividad determinada en lugar de optar por modelos de industrias específicas; un ejemplo de esto es China en donde se han especializado en las operaciones de montaje, o India donde actualmente se han especializado en negocios de servicios<sup>12</sup> en lugar de realizar todas las funciones necesarias para una determinada industria dentro del mismo país. De esta manera, las CVG involucran un gran número de distintos territorios, industrias y actores gracias al modelo económico conocido como “comercio de tareas”, el

9 Grietje Barrs, Jennifer Bair, “The role of law in global value chains: a research manifesto”, en: *London Review of International Law*, vol. 0, núm. 1. Oxford University Press, 2016.

10 Duke University, Global Value Chains Initiative, Concepts (en línea), disponible en: <https://globalvaluechains.org/concept-tools>, Consultado el 19 de julio de 2016.

11 Dorothy McCormick, Hubert Schmitz, “Manual for value chain research on homeworkers in the garment industry”, en: *Institute of Development Studies Sussex, University of Sussex*, 2002.

12 K. D. Backer, S. Miroudot, *Op. cit.*, p. 10.



cual supone una estructura basada en la utilización y subcontratación de tareas específicas deslocalizadas.<sup>13</sup> Aunque algunas actividades o servicios como los servicios financieros o de transporte suelen encontrarse presentes en la mayoría de CVG, es evidente que cada CVG varía considerablemente de las otras, se pueden encontrar una gran variedad de territorios y actores presentes a lo largo de las cadenas que dependerán de la naturaleza de la cadena.

En este orden de ideas, las CVG se han convertido en el modelo operacional preferido por las compañías multinacionales pues este les permite llegar a distintos territorios y explotar su actividad económica buscando aquellos entornos y factores que les sean más atractivos y beneficiosos para lograr mayores ganancias. Como se mencionó, la globalización ha dado lugar a una constelación de interacciones humanas y en general a una creciente coordinación económica entre los diversos actores que están presentes en las CVG; no obstante, a pesar de contar con la presencia de diversos actores tales como: pequeñas empresas locales, grandes y pequeños proveedores, intermediarios financieros y transportadores, las compañías multinacionales se destacan como los actores principales debido a su creciente poder económico y autoridad, no solo en la economía sino que también en el ámbito internacional. Como se explicará a continuación, las compañías multinacionales hacen uso de esta estrategia operacional y de una serie de distintas modalidades de mercado para lograr competir en el comercio internacional actual e incrementar sus ganancias. Las CVG han parecido ser entonces la oportunidad perfecta para que las compañías multinacionales expandan sus actividades y aumenten su rentabilidad. A continuación se desarrollará en detalle la relación que existe entre las CVG y las compañías multinacionales, al igual que el papel protagónico que han tenido las CVG para ayudar a establecer a las compañías multinacionales como uno de los actores más importantes a nivel internacional.

Según los historiadores, los noventa son considerados como la ola más grande y reciente de expansión de las compañías multinacionales. A partir de esta década, las compañías multinacionales emergieron robustamente, en grandes números y en una escala nunca antes vista, tejiendo o construyendo conjuntamente una nueva actividad económica internacional sujeta a una visión global estratégica la cual consistía en operar en tiempo real, con una gran conexión y trascendiendo las economías nacionales.<sup>14</sup>

Entre los factores que permitieron la expansión de las compañías multinacionales se encuentran la liberalización económica, la desregulación de los mercados domésticos y

13 Gene Grossman, Esteban Rossi-Hansberg, "The Rise of Offshoring: it is not Wine for Cloth Any More", en: *The New Economic Geography: Effects and Policy Implications*, Estados Unidos, pp. 59-102. 2006.

14 John Gerard Ruggie, *Just Business, Multinational Corporations and Human Rights*, Amnesty International Global Ethics Series, 2013. p. XV.



la tendencia a favor de la privatización, los cuales ampliaron el alcance de las compañías multinacionales y facilitaron su impacto en los distintos mercados. Las operaciones de las compañías multinacionales rápidamente adquirieron un carácter global gracias al surgimiento de regulación para la protección a los inversores extranjeros y protección de la propiedad intelectual;<sup>15</sup> tal y como se evidencia en un estudio realizado por las Naciones Unidas, según el cual, a finales de la década de los noventa alrededor del 94% de las regulaciones nacionales relacionadas con la inversión extranjera directa, fueron modificadas con el fin de facilitarla.<sup>16</sup> Adicionalmente, así como se ha impuesto una tendencia global a favor de la desregulación y privatización, también se han dado grandes avances e innovaciones tecnológicas en las comunicaciones y transporte, lo cual ha facilitado una reducción de costos en las operaciones de las compañías.

Las compañías indiscutiblemente se han configurado como uno de los principales actores en el ámbito global, donde su actividad ha trascendido los efectos propios de su objeto social, y aunque estas buscan en un principio unos fines comerciales, las decisiones y actividades que llevan a cabo tienen repercusiones más allá del comercio internacional. Las CVG han sido de gran ayuda en el proceso de configuración de las compañías multinacionales como actores internacionales, es claro entonces que existe una estrecha relación entre ambas.

Como se mencionó anteriormente, el uso de las CVG y la expansión de las compañías multinacionales han sido dos fenómenos facilitados por factores similares, por lo que se puede afirmar que las multinacionales y las CVG han ido de la mano en las últimas décadas e indudablemente han transformado el comercio internacional.<sup>17</sup> La expansión de las compañías multinacionales ha llevado a un creciente uso de las CVG, pues son las compañías quienes explotan este modelo operacional para lograr mayores beneficios económicos; de igual manera, se puede afirmar que las CVG han permitido la expansión de las compañías multinacionales, pues este modelo ha facilitado el desarrollo de sus actividades en una mayor escala, lo cual no sería posible sin este modelo operacional. Las principales razones del uso de las CVG por parte de las compañías multinacionales se pueden resumir en dos: la búsqueda de una mayor rentabilidad y la competitividad. Las compañías formulan estrategias de mercado para selección de sus productos y mercados, buscando mayores beneficios a

---

15 *Ibíd* p. XXV.

16 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "World Investment Report, Transnational Corporations and Export Competitiveness", 2002, p. 7.

17 Kalina Manova, "Global Value chains and Multinational Activity with Financial Frictions", en: *The Age of Global Value Chains: Maps and Policy Issues*, Stanford University, Estados Unidos, 2015.



menores costos, escogiendo aquello que le sea más rentable y teniendo siempre en cuenta la competencia.

Conforme a lo anterior, existe una estrecha relación entre las CVG y las compañías multinacionales, para operar en la economía actual se ha vuelto necesario acudir a las CVG. Las compañías persiguen nuevos modelos de negocio para llegar a aquellos lugares donde se encuentran los insumos y para buscar jurisdicciones extranjeras donde puedan obtener mano de obra e insumos a menores costos.<sup>18</sup> La globalización económica ha llevado a las compañías a implementar nuevas estrategias y modalidades de negocio, estas han comenzado a operar de distintas maneras para expandir sus negocios y buscar nuevos mercados, a continuación se desarrollarán de manera breve las cuatro principales modalidades utilizadas para operar en el comercio internacional.<sup>19</sup>

La primera modalidad es la exportación; gracias a su facilidad y eficacia es una de las más usadas para llegar a mercados extranjeros, toda vez que no exige a la compañía realizar grandes compromisos o gastos y adicionalmente le permite mantener un mayor control sobre sus operaciones y una mayor calidad de sus bienes y servicios.<sup>20</sup> La segunda modalidad es el uso de licencias; esto consiste en una oferta de una compañía a otra para el derecho de uso de su propiedad tecnológica y *know-how* a cambio de una tarifa más regalías sobre los ingresos obtenidos, esta modalidad permite una implementación relativamente fácil y simple y ofrece ventajas de costos y apertura a algunos mercados que podrían estar cerrados por políticas gubernamentales, sin embargo, una debilidad de este modelo es la posible pérdida de control sobre el proceso de producción y la manera en que su tecnología es utilizada.<sup>21</sup>

La tercera modalidad son las *joint ventures*; dentro de esta modalidad se da una colaboración entre dos compañías involucrando generalmente una inversión de capital y la creación de una nueva empresa respecto de la cual ambas compañías compartirán la propiedad y control. En esta modalidad generalmente una compañía multinacional provee la tecnología, habilidades y conocimientos, y la administración del día a día suele ser dejada al socio local.

---

18 J. G. Ruggie, *Just Business, Multinational corporations and human rights*, *Op. cit.*

19 Johny K. Johansson, "Global marketing", en: *Foreign Entry, Local Marketing, & Global Management*, 5th edition, McGraw-Hill/Irwin, Estados Unidos, 2009.

20 International Strategy Solutions Limited, Which international market entry method is right for your business [en línea], Disponible en: <http://www.international-strategy.com/2014/12/exporting-franchising-joint-venture-wholly-owned-subsiary-international-market-entry-method-right-business/>, consulta: 20 de agosto de 2016.

21 Dave Ketchen, Jeremy Short, *Mastering Strategic Management*, University of Minnesota Libraries Publishing, 2012, p. 273.



Este modelo suele ser considerado beneficioso por las compañías pues reduce los riesgos y da a la compañía un mejor conocimiento sobre el mercado local, aunque la mayor desventaja es el posible surgimiento de conflictos de interés entre ambos socios.<sup>22</sup> La última modalidad es el uso de subsidiarias; las multinacionales buscan expandir sus operaciones de negocios mediante la creación de subsidiarias en países extranjeros a través de la inversión de capital para una fábrica y maquinaria, lo cual es conocido como inversión extranjera directa tradicional, o una compañía podrá adquirir una fábrica ya existente para la explotación de esta. Uno de los elementos más característicos de este modelo es que la compañía multinacional ejercerá la dirección y control directo de sus subsidiarias, imponiéndoles distintos lineamientos y directrices; sin embargo, cabe advertir que cada una de las subsidiarias que se encuentren ubicadas en un territorio distinto, deberán dar cumplimiento a unas regulaciones y leyes locales distintas.<sup>23</sup>

Estas modalidades pueden ser consideradas como parte o eslabones de las CVG, no obstante, estos son solo algunos de los tantos que se necesitan para llevar un producto desde su creación hasta al consumidor final. Si una compañía pretende llegar a otros mercados y competir en el mercado actual, deberá hacer uso de alguna de las modalidad aquí expuestas y poner en marcha estrategias de negocio de CVG, lo cual dará lugar a una mayor expansión de sus negocios e indudablemente a un incremento en el número de intermediarios y eslabones presentes en su proceso de producción.<sup>24</sup>

Esta división de los diferentes tipos de CVG que utilizan las compañías multinacionales es importante para realmente entender la economía global actual y la manera en que funcionan las CVG. Asimismo, lo expuesto a lo largo de este capítulo se busca dar entender no solo el estado actual del comercio internacional y el funcionamiento de las CVG, se pretende lograr una mayor comprensión acerca de la forma en que las compañías acceden a los distintos mercado e interactúan con los distintos entornos, y el creciente alcance y relevancia que las compañías multinacionales han obtenido en los últimos años.

Así las cosas, es evidente que las compañías multinacionales emplean considerablemente las CVG para llegar a los diferentes mercados. Atendiendo a este enfoque de mercado se considera que existen cinco tipos de CVG<sup>25</sup> utilizados por las compañías multinacionales,

22 J. K. Johansson, *Op. cit.*, P. 132.

23 D. Ketchen, J. Short, *Op. cit.*, p. 275.

24 K. D. Backer, S. Miroudot, *Op. cit.*, p. 23.

25 Tashlin Lakhani, Sarosh Kuruvilla, "From the Firm to the Network: Global value chains and relations theory", en: *British Journal of Industrial Relations*, vol. 51, núm. 3. 2013



división que es necesaria para realmente entender la economía global actual y el funcionamiento de las CVG, dando una mayor comprensión respecto de la forma en que las compañías acceden a los distintos mercados e interactúan con los distintos entornos, y el creciente alcance y la relevancia que las compañías multinacionales han obtenido en los últimos años.

El primer tipo son las CVG de mercado; de acuerdo con esta categoría las relaciones que se dan entre la compañía multinacional y un proveedor de materias primas es dirigida principalmente por este último. Esto se debe a que en este tipo de relaciones los productos son relativamente simples y los proveedores tienen la capacidad de producirlos con poca, o sin participación de las compañías multinacionales, permitiéndoles una mayor autoridad en la fijación de precios y en general una mayor gobernanza dentro de esta fase de la CVG.<sup>26</sup>

El segundo tipo son las CVG modulares; en estas los proveedores fabrican un producto poco detallado según las especificaciones dadas por una compañía multinacional. Puesto que el producto requiere poco detalle el proveedor utiliza sus propios medios y maquinaria para producirlo, teniendo en cuenta los componentes, especificaciones y estándares técnicos, siendo así competente para producir por sí solo el producto, lo cual minimiza la necesidad de monitoreo y control por parte de la compañía multinacional, y en general disminuye las interacciones entre ambas partes. Lo anterior permite que se mantenga un alto grado de control y gobernanza en este eslabón de la CVG.<sup>27</sup>

El tercer tipo son las CVG relacionales; en este tipo de relaciones hay una interacción más compleja entre los proveedores y las compañías multinacionales debido a altos niveles de especificidad del producto y la dependencia mutua. Aquí se presenta un escenario en el cual los proveedores tienen altas capacidades lo cual motiva a las compañías a contratar con estos alguna fase de la CVG para tener acceso a competencias complementarias, adicionalmente, las compañías tienen un mayor grado de participación y control lo cual lleva a que ambas partes jueguen un papel en la gobernanza de estas relaciones.<sup>28</sup>

El cuarto tipo son las CVG cautivas; en este tipo de CVG los proveedores tienden a ser más pequeños y se limitan a la realización de una tarea específica. Se está ante un escenario en el cual los proveedores no cuentan con grandes capacidades y conocimientos

---

26 Gary Gereffi, John Humphrey, "The Governance of Global Value Chains", en: *Review of International Political Economy*, 2005. pp. 79-104.

27 *Ibíd.* p. 84.

28 *Ibíd.* p. 86.



y las especificaciones requeridas por las compañías son altas. De lo anterior se produce la necesidad de una alta intervención, monitoreo y control por parte de las compañías multinacionales para llevar a cabo la actividad, promoviendo cada vez más la construcción de una relación de exclusividad entre los proveedores y las compañías multinacionales, lo cual resulta en que los proveedores sean considerados como “prisioneros y dependientes”. Como es de esperarse, en este tipo de CVG las compañías multinacionales tienen un gran poder y autoridad para gobernar la forma en que esta relación se lleva a cabo, especialmente porque las compañías buscan la manera de establecer su dominancia en el mercado haciéndole creer a los proveedores que romper su relación es una opción poco atractiva.<sup>29</sup>

El último tipo son las CVG de jerarquía; en este escenario se está ante una integración vertical de matriz a subordinadas, es decir, no hay presencia de un proveedor tercero, por lo que aquí el control y dirección son exclusivos de la oficina principal. Tal es el caso de aquellas compañías cuyos productos cuentan con especificaciones tan altas y complejas que no es posible conseguir proveedores competentes, obligando a la compañía a desarrollar y producir el producto por sí sola. En consecuencia, en este tipo de CVG la autoridad y posibilidad de gobernanza corresponderá únicamente a la compañía multinacional.<sup>30</sup>

Se puede concluir entonces que el entorno de las compañías multinacionales y el funcionamiento de las CVG es un panorama complejo el cual se debe estudiar en profundidad. Dentro de la complejidad del tema se debe prestar especial atención a las realidades que las CVG y las compañías producen pues en las últimas décadas se han vuelto evidentes diversos casos de considerables violaciones a los derechos humanos por parte de las compañías multinacionales, lo cual las ha llevado a ser el centro de discusión en materia de protección de derechos humanos.<sup>31</sup> Gracias a las CVG las compañías multinacionales se han involucrado cada vez más en los mercados domésticos y extranjeros, permitiendo que estas tengan un mayor impacto en distintos países, y se le debe prestar especial atención a esto puesto que las violaciones de derechos humanos se han vuelto particularmente problemáticas en presencia de grandes CVG, pues como se explicará en el siguiente capítulo, las compañías multinacionales, quienes tienen su matriz u oficina principal constituida en un determinado país, logran evadir la responsabilidad por violaciones de derechos humanos que se ocasionen en los diferentes países diferentes donde están ubicados los eslabones de sus CVG.

---

29 *Ibíd.* p. 87.

30 *Ibíd.* p. 88.

31 Steven Ratner, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 443, 2011, p. 443-545.



En este orden de ideas, la aparición de las CVG y la expansión de las compañías multinacionales plantean nuevos retos respecto de cómo se mira y se trata la globalización, y en particular respecto de las políticas y normas que se deben desarrollar alrededor de estos fenómenos para asegurar la protección de los derechos humanos. Se ha vuelto crucial entender estos modelos operacionales para observar aquellos efectos que van más allá del comercio internacional, y de esta manera lograr establecer distintos mecanismos de protección de los derechos humanos y una normatividad que logre responsabilizar de manera efectiva a las compañías multinacionales.<sup>32</sup>

Un mayor entendimiento de las CVG y las compañías multinacionales permitirá una correcta implementación de este modelo, buscando que las CVG y el derecho no solo se limiten a generar y facilitar escenarios donde se den un gran número de conexiones económicas, sino que además permitan una participación beneficiosa para los países menos desarrollados y una protección de los derechos humanos a través de la formulación de políticas que ayuden a los países a obtener mayores beneficios en términos de desarrollo.<sup>33</sup>

A continuación se buscará analizar los impactos que puede traer el modelo de CVG sobre los distintos países, prestando especial atención a las condiciones de los países menos desarrollados. Será importante diagnosticar si este modelo ha sido determinante para el incremento de violaciones de derechos humanos por parte de las compañías multinacionales, al igual que precisar si este modelo ha facilitado la impunidad de las compañías, o en su defecto ha dificultado la atribución de responsabilidad a estas. En este orden de ideas, también se realizará un acercamiento sobre los distintos mecanismos existentes actualmente para la protección de los derechos humanos y se cuestionará su efectividad teniendo en cuenta que el modelo de CVG puede suponer nuevos retos para la protección de los derechos humanos a nivel internacional.

## 2. Protección de los DD.HH y marco jurídico

En el capítulo anterior se desarrolló el fenómeno de las CVG como el modelo operacional preferido por las compañías multinacionales en la economía actual. Debido a factores como el progreso tecnológico, la reducción de precios operacionales, un mayor acceso a los recursos y las reformas de políticas de mercado y comercio, se ha facilitado la fragmentación geográfica de la producción a lo largo del planeta. A partir de 1995 se ha evidenciado un gran

32 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), "Presentation of the OECD-WBG inclusive global value chains report", G20 Trade Ministers Meeting, Istanbul 2015.

33 *Ibíd.* P. 79-104.



incremento en la cantidad de CVG al igual que en el volumen de estas, lo cual ha resultado en una transformación significativa del panorama global en las últimas dos décadas.<sup>34</sup> Esto no solo ha llevado a cambios para el comercio y la inversión extranjera, también ha dado lugar a grandes impactos económicos y sociales en los distintos entornos nacionales en los que están presentes las CVG.

Los principales defensores de las CVG promueven este modelo argumentando los grandes beneficios que en términos de desarrollo esto puede traer para los países, en especial para aquellos en vía de desarrollo; a pesar de ello, a lo largo de este capítulo se expondrá como muchos se enfrentan a una realidad distinta. Este modelo operacional ha llevado a que las compañías multinacionales operen en más territorios que nunca antes, lo cual no ha incrementado solamente su eficiencia económica, su presencia en contextos sociopolíticos también ha aumentado de manera considerable y esto ha dado lugar a grandes riesgos para los derechos humanos.<sup>35</sup> En este orden de ideas, este capítulo pretende lograr un acercamiento al estudio de las CVG para determinar si los estados fracasan o avanzan en su adhesión a la economía global y la manera en que lo hacen,<sup>36</sup> y se buscará dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿las cadenas de valor representan una oportunidad de desarrollo o un reto para los derechos humanos?

Aunque el tema de responsabilidad corporativa ya se ha trabajado innumerables veces, en este capítulo se pretende un acercamiento diferente para la efectiva protección de los derechos humanos dentro de las distintas etapas de las CVG. Como se mencionó anteriormente, es de gran importancia entender el fenómeno de las CVG puesto que el enfoque tradicional de responsabilidad corporativa, que se ha limitado a poner la lupa solo en los estados y si acaso en las compañías multinacionales y la manera de responsabilizarlas, se ha quedado corto para proteger de manera efectiva los derechos humanos. En consecuencia, se ha vuelto imperativo ir más allá, se necesita indagar acerca del rol que cumplen los distintos actores dentro de las CVG e identificar los distintos factores presentes a lo largo de la producción global lo cual permitirá un mayor entendimiento del funcionamiento de las CVG.<sup>37</sup> Un estudio detallado de las CVG que permita determinar el rol que estas juegan en el desarrollo de países tanto ricos como pobres, identificando los costos asociados a las CVG, las tecnologías

34 K. D. Backer, S. Miroudot, *Op. cit.*

35 John Gerard Ruggie, "Business and Human Rights: The Evolving International Agenda", en: *The American Journal of International Law*, Vol. 101, Núm. 4, 2007.

36 G. Gereffi, J. Humphrey, *Op. cit.*

37 *Ibíd.*



presentes, los empleos que estas producen, los estándares y regulaciones existentes para los productos y procesos, permitirá conocer los riesgos globales asociados a las GVC y de esta manera identificar los retos y elementos claves que servirán para la formulación de políticas y creación de mecanismos efectivos de protección de los derechos humanos.<sup>38</sup>

## 2.1 Como las cadenas de valor global pueden inducir a violaciones de DD.HH. por parte de las compañías multinacionales

Para muchos las CVG pueden ser un poderoso motor de crecimiento para los países puesto que aumentan la productividad, crean empleos e incrementan los estándares de vida. Quienes están a favor de este modelo, afirman que aquellos estados que pongan en marcha estrategias a favor de las CVG tendrán mayores posibilidades de crecimiento, importación de conocimientos y tecnología y un considerable aumento de trabajos. Adicionalmente, se dice que este modelo permite a las compañías ser más competitivas toda vez que les permite enfocarse en sus actividades primarias, ahorrándoles la necesidad de entrar en diversificaciones incoherentes pues tendrán posibilidades de crear conexiones comerciales para el desarrollo de las demás competencias complementarias.<sup>39</sup> Adicionalmente, se dice que aquellos estados en que se adopte en un mayor grado este modelo operacional, las CVG proporcionarán una oportunidad para dar un salto en su desarrollo, generando un gran crecimiento y aprovechamiento del valor agregado de los bienes, beneficiándolos mediante la incorporación de nuevas tecnologías y know-how en su agricultura, manufactura y servicios de producción.<sup>40</sup> No obstante, a continuación se mostrará que las oportunidades y beneficios derivados de las CVG variarán de acuerdo a un numero de factores como pueden ser el acercamiento que tome cada país y la ubicación que se tenga en la cadena de valor, pues entre más avanzada sea la fase de la cadena mayor será el valor obtenido.

Los grandes proponentes de las CVG utilizan como ejemplo a países como India y China, a quienes el uso de las CVG les ha permitido aumentar su competitividad mediante la combinación de alta tecnología y mejores costos de producción. Sin embargo, en los últimos años un gran número de grupos sociales han dirigido una intensa crítica respecto de la manera en que funcionan las CVG pues afirman que este es un modelo injusto y

38 Stacey Frederick, "Global Value Chains - Concept & Tools, Governance & Competitiveness", en: *Global Value Chains Initiative, Center on Globalization, Duke University, 2016.*

39 G. Gereffi, J. Humphrey, *Op. cit.*

40 The World Bank, Global Value Chains [en línea], disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/trade/brief/global-value-chains>, consulta: el 7 de junio de 2016.



distorsionado,<sup>41</sup> el cual lleva a una mayor inequidad puesto que los “buenos trabajos” se concentran en los países del norte y los “malos trabajos” en los países del sur. Asimismo, se ha demostrado que mientras los países desarrollados han tenido éxito en su integración a las CVG, los países en vía de desarrollo, los cuales cuentan con menores ingresos, no suelen tener una representación relevante o importante dentro de las CVG especialmente porque el pequeño papel que juegan dentro de estas suele estar concentrado únicamente en el sector agricultor, y los trabajos que se generan permanecen en la economía informal lo cual presenta dificultades para una integración exitosa a este modelo. Algunos afirman que esto obedece a que la mayoría de países en vía de desarrollo que han puesto en marcha las CVG aun enfrentan grandes retos para alinear este modelo operacional con sus estrategias de desarrollo nacional.<sup>42</sup>

Los estudios<sup>43</sup> demuestran que las ganancias se encuentran distribuidas de manera inequitativa a lo largo de las CVG, debido a la extrema posición de poder que ostentan las compañías multinacionales respecto de los demás actores presentes en la CVG. Este es uno de los retos más importantes a los que se enfrentan los países en vía de desarrollo para poder lograr una integración exitosa a este modelo. Los autores Gereffi y Korzeniewicz<sup>44</sup> sostienen que los países menos desarrollados tienden a ocupar dentro de las CVG las etapas de producción o extracción, en las cuales además de darse una producción intensiva con bajos salarios, no se suele dar un incremento considerable al valor del bien pues este solo obtendrá un incremento considerable una vez que haya llegado a las fases de coordinación corporativa, en especial a las áreas de diseño, mercadeo y ventas, actividades que suelen estar bajo el control directo de las compañías multinacionales y en las cuales se evidencian las principales ganancias.<sup>45</sup>

La experiencia de los países ha demostrado que una mayor participación en las CVG en términos generales podrá aumentar los niveles de exportación pero no necesariamente llevará a un incremento considerable en ganancias y empleos a largo plazo. Según la

41 Kate Macdonald, “Globalising justice within coffee supply chains? Fair Trade Starbucks and the transformation of supply chain governance”, en: *Third World Quarterly*, 2007.

42 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), “Presentation of the OECD-WBG inclusive global value chains report”, G20 Trade Ministers Meeting, Istanbul 2015

43 Rashmi Banga, “Measuring Value in Global Value Chains”, Unit of Economic Cooperation and Integration Amongst Developing Countries, UNCTAD, 2013.

44 Gary Gereffi, Miguel Korzeniewicz, *Commodity Chains and Global Capitalism Manual*, Praeger, Westport Greenwood Press, Londres, 1994.

45 R. Banga, *Op. cit.*



literatura, el valor obtenido por el bien a lo largo de la cadena se mide en términos verticales, lo cual en simples términos supone que entre más arriba se encuentre una fase de la cadena, mayor será el valor que obtiene el producto y mayores serán las ganancias percibidas por los actores ubicados en estos altos eslabones, cabe aclarar que las actividades corporativas se encuentran en lo más alto de la cadena, y la producción y extracción en las más bajas y es por esto que el porcentaje de participación tiende a ser una medida relativa. Un ejemplo de esto es Estados Unidos quien tiene solo un 9% en términos de participación global total dentro de las CVG, pero posee una mayor cantidad de eslabones avanzados en la cadena en comparación con otros países, lo cual en términos de ganancias resulta más beneficioso.<sup>46</sup> Así las cosas, una mayor participación en las CVG no asegurará que un país obtenga beneficios económicos inmediatos, como es el caso de los países en vía de desarrollo quienes suelen tener grandes niveles de participación en las CVG gracias a factores como bajos costos de trabajo, materias primas, y ambientes legales favorables, sin embargo, no logran captar beneficios debido a que sus actividades no logran escalar dentro de la cadena y por ende no logran devenir ganancias y beneficios considerables.<sup>47</sup>

La utilización de este modelo no es lo que muchos quieren hacer de él, si algo, este modelo le debe advertir a los países respecto qué tan riesgoso puede ser esta estrategia de crecimiento basada en el mercado. Las CVG tal y como se implementan hoy en día son un reto para el desarrollo de muchos países, se hace necesario modificar las estrategias actuales si se busca que todos los actores obtengan ganancias dentro de este modelo.<sup>48</sup> Igualmente, la búsqueda de estrategias de implementación de las CVG que se traduzcan en términos de ganancias no será la única solución para este sistema a la hora de buscar un correcto panorama de desarrollo, es especialmente preocupante el que este modelo pueda ser nocivo para el goce efectivo de los derechos humanos de algunos actores presentes en la CVG.

Desde el 2008 se ha venido dando un incremento de hasta un 70% en las violaciones de derechos humanos a nivel global,<sup>49</sup> dicho aumento ha sido facilitado por el actual modelo capitalista en el cual prevalecen las CVG.<sup>50</sup> En consecuencia, las CVG utilizadas

---

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*

48 T. Lakhani, S. Kuruvilla, *Op. cit.*

49 Marilyn Croser, "Human Rights Violations have increased globally", en: *The Guardian sustainable business*, *The Guardian*, 2014.

50 Mahmood Monshipouri, Claude E. Welch, Evan T. Kennedy, "Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities", en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, Núm. 4, 2003. p. 967.



incorrectamente pueden ser un instrumento de abuso empleado por las grandes compañías multinacionales. Como es de esperarse, las compañías en la búsqueda de su interés propio, buscan aquellos países en los cuales invertir su capital teniendo en cuenta factores como: poca intervención estatal, bajas exigencias de salario mínimo y condiciones laborales, regulación laxa en materia de derechos ambientales, entre otros. Conforme a lo anterior, los países entran en una “carrera hacia el abismo” donde buscan reducir las regulaciones y los estándares para volverse más atractivos para la inversión de capital internacional, y esto los lleva a competir entre sí para otorgar un entorno más propicio para las actividades de las compañías multinacionales y de esta manera obtener un mayor grado de participación en la CVG. Lamentablemente, cuando las compañías se aprovechan de este escenario, no solo se da una distribución inequitativa de las ganancias como se mencionó anteriormente, también se producen grandes afectaciones de derechos humanos y el medio ambiente,<sup>51</sup> en especial porque los estados no pueden o no quieren tomar las medidas necesarias para proteger los derechos humanos de sus ciudadanos.<sup>52</sup>

No hay duda que las CVG se han asociado con una serie de violaciones de derechos humanos,<sup>53</sup> la globalización económica y en especial los cambios en las estructuras y los lugares de trabajo moderno han abierto nuevas brechas para la protección de los derechos fundamentales. Algunos de los derechos que más se ven vulnerados son: el acceso a salud, la educación, la estabilidad laboral, condiciones laborales dignas, salario digno y el derecho de asociación sindical.<sup>54</sup> Son particularmente preocupantes las crecientes situaciones de abuso infantil y diversas formas de esclavitud moderna que a menudo se encuentran en el fondo de las CVG de las compañías multinacionales.<sup>55</sup> Dichas violaciones de derechos se pueden evidenciar en un gran número de industrias tales como: textil, calzado, bienes electrónicos, juguetes, producción de vegetales, frutas

- 
- 51 Multinational Corporations, History of Multinational Corporations and Human Rights [en línea], disponible en: <http://internationalrelations.org/multinational-corporations/>, consulta: 07 de julio de 2016.
- 52 Tanja A. Börzel, Jana Hönke, “From Compliance to Practice: Mining Companies and the Voluntary Principles on Security and Human Rights in the Democratic Republic of the Congo”, en: *SFB-Governance Working Paper Series 25*, Estados Unidos, 2011. pp. 1-38.
- 53 Justine Nolan, “Legalizing Responsibility for Human Rights in Global Supply Chains”, en: *Center for Business and Human Rights*, Universidad de Nueva York (NYU), 2016.
- 54 Shikha Silliman, “Precarious Work in the Walmart Global Chain”, Center for Alliance of Labor & Human Rights [en línea] disponible en: <http://asia.floorwage.org/workersvoices/reports/precarius-work-in-the-walmart-global-value-chain>, consulta: 05 de Agosto 2016.
- 55 CSR Asia Center, “Engaging Business on Human Rights”, en: *Issues for Responsible and Inclusive Value Chains*, 2015.



y flores, y la industria de extracción de minerales en donde desafortunadamente no es sorpresa encontrar niños trabajando.<sup>56</sup>

Como se mencionó anteriormente, dentro de las CVG se pueden encontrar diversas formas de esclavitud moderna que a pesar haber sido prohibidas en la gran mayoría del mundo aún se encuentran presentes en algunas CVG, en especial, en algunas partes de África como Mauritania, Nigeria y Sudan.<sup>57</sup> Se estima que globalmente alrededor de cinco millones de niños, y un total de 21 millones de hombres, mujeres y niños se encuentran en situaciones de esclavitud moderna en fábricas de producción, construcciones, e industrias pesqueras.<sup>58</sup> Es importante además resaltar las cifras del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), según las cuales un alarmante numero de 69 millones de niños se encuentran en actividades de trabajo intensivo en distintas industrias de África, y 44 millones en el sur de Asia.<sup>59</sup>

Para muchos la esclavitud moderna se ha vuelto un negocio global, apoyado por un modelo económico extraordinariamente complejo en el cual las empresas compiten por los precios, y los estados por la inversión. El primer incentivo que motiva a las compañías es la producción de bienes más baratos para obtener mayores ganancias, y que mejor manera de lograr esto que con mano de obra a bajos precios.<sup>60</sup> Lo anterior se refleja en las CVG utilizadas por varios supermercados de Estados Unidos y el Reino Unido quienes compran sus productos de mar provenientes del extranjero. En el 2014 se encontró que Tailandia, país donde se encuentran algunos de los más grandes proveedores de productos de mar, es uno de los lugares con mayor tránsito de esclavitud, teniendo un estimado de 300.000 trabajadores dentro la industria pesquera, los cuales fueron vendidos para llevar a cabo tales operaciones. Tan alarmante es esta cifra que los activistas de derechos humanos creen que la exportación tailandesa de productos de mar colapsaría sin la esclavitud.<sup>61</sup>

---

56 Shikha Silliman, *Op. cit.*

57 CSR Asia Center, *Op. cit.*

58 Matt Friedman, "Fighting Human Trafficking: The Role of the Private Sector", en: *CSR Asia Center Weekly*, 2014.

59 Clayton A. Hartien, Shabnam Priyadarsini, *The Global Victimization of Children: Problems and Solutions*, Springer, 2012, p. 23.

60 Narayan Datta, "Slavery is Bad for Business: Analysing the Impact of Slavery on National Economies", en: *Brown Journal of World Affairs*, 2013.

61 Kate Hodal, Chris Kelly, "Revealed Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK", *The Guardian* (10 de junio 2014) [en línea] disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>, consulta: 10 de Agosto 2016.



En consecuencia, una gran variedad de industrias y países no reciben los beneficios esperados al adherirse a las CVG. Para los trabajadores algunos de los mayores problemas son los bajos salarios, las malas condiciones laborales y la dificultad de acceder a servicios e infraestructura adecuada. Consideran que deben trabajar largas horas, cuentan con mala alimentación, deben vivir en lugares deteriorados sin infraestructuras sanitarias adecuadas, no cuentan con acceso a servicios de salud y educación y tienen grandes barreras para la libertad de asociación.<sup>62</sup> A continuación se expondrán las cuatro razones más comunes que dan lugar o facilitan estos escenarios, estas son: la falta de poder de los actores, la falta de voluntad de los estados, la competitividad de las compañías y la dificultad de responsabilizar.

La primera razón es la falta de poder que tienen aquellos actores ubicados en las etapas más bajas de las CVG, lo cual les impide fijar o controlar las condiciones de la relación comercial. La autoridad de moldear las condiciones de trabajo y las tarifas suele distribuirse entre unos pocos actores privados ubicados en etapas más altas de la cadena, se da entonces una pluralidad de actores quienes en teoría comparten el poder relevante para tomar decisiones y moldear la CVG, no obstante, los trabajadores y proveedores se enfrentan a un problema conocido como “pérdida de poder estructural” según el cual estos no tienen voz u oportunidad de avanzar vía control autónomo dentro de las CVG.<sup>63</sup>

La segunda razón es la falta de voluntad de los estados para entrar a regular de manera correcta estas situaciones, e incluso, en muchos casos existe voluntad pero la capacidad del gobierno tiende a ser limitada o simplemente ineficaz para designar responsabilidades, proteger y promover el bienestar de los trabajadores. Esto se debe en parte a que los estados de países menos desarrollados se vuelven altamente dependientes en la inversión y ayuda extranjera por lo que se ven presionados u obligados a tener políticas liberales altamente permisivas que dejan desprotegidos a sus trabajadores y proveedores.<sup>64</sup>

Una tercera razón es la creciente competitividad entre las empresas y su búsqueda de mejores condiciones de producción y maximización de las ganancias. Los gobiernos nacionales tratan de atraer o mantener negocios al ofrecer subsidios, exenciones de impuestos, inversiones en infraestructura y recortes a las regulaciones proteccionistas. Las compañías utilizan las CVG para llevar ciertas fases de la producción a lugares en donde logren disminuir costos y por ende lograr un mayor beneficio propio. Se evidencia un abuso por parte de las compañías

---

62 K. Macdonald, *Op. cit.*

63 *Ibíd.*

64 *Ibíd.* p. 6.



pues se aprovechan de sistemas locales débiles, y esto es altamente problemático ya que los trabajadores y proveedores de países menos desarrollados entran en un estado de derrota y prefieren aceptar dichos trabajos y condiciones, bajo la mentalidad que es mejor hacer parte de las CVG y ganar algo a no ganar nada, lo cual solo ayuda a validar este sistema y prolongar el *statu quo*.<sup>65</sup>

Una última razón y quizás la más importante es la dificultad de responsabilizar a las empresas respecto de las violaciones de derechos humanos teniendo en cuenta que parecen no existir mecanismos internacionales efectivos. Al descentralizarse las compañías multinacionales pueden aprovecharse de los límites jurisdiccionales y eludir efectivamente las responsabilidades, pues se podrá usar una subsidiaria para proteger a la matriz y otros miembros de un grupo corporativo que pueda atraer responsabilidad legal. Incluso, según la doctrina de responsabilidad limitada, a menos que exista un control operacional completamente directo y cercano, no se podrá atribuir la responsabilidad de una subsidiaria a la compañía madre debido a que aunque cada entidad legal está sujeta a leyes de los países en los que opera, el grupo empresarial y la matriz no están gobernados directamente por estas leyes o el derecho internacional.<sup>66</sup>

Las violaciones de derechos humanos son especialmente problemáticas cuando se está ante una larga CVG. No es sencillo controlar dichos escenarios puesto que son el resultado de distintas actividades donde confluyen un gran número de actores para el flujo de bienes y servicios, y que se realizan a través de distintas modalidades como el uso de subsidiarias y el aprovisionamiento indirecto o subcontratación de proveedores, quienes se ubican en distintos territorios.<sup>67</sup> Ahora bien, aunque tradicionalmente se ha reconocido la dificultad que presenta para los derechos humanos responsabilizar a una compañía multinacional por el actuar de sus subsidiarias, es aún más complejo el panorama de las violaciones de derechos humanos dentro de las CVG, pues en estas no siempre habrá control directo de la compañía sobre los demás actores y fases de la cadena,<sup>68</sup> incluso en la mayoría de casos se considera que el único vínculo existente entre los proveedores y las compañías multinacionales es una relación de mercado y no una transacción u operación dentro de la compañía.<sup>69</sup> En este orden de ideas, la aparición de las CVG plantea nuevos retos respecto de cómo se mira y se trata

65 Marco Trade News, "Labour Rights Violations in Export Production" [en línea], disponible en: <http://marcotradenews.com/noticias/labour-rights-violations-in-export-production-21011>, consulta: 28 de agosto de 2016.

66 J. G. Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, *Op. cit.*

67 J. Nolan, *Op. cit.*

68 CSR Asia Center, *Op. cit.*

69 J. G. Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, *Op. cit.*



la globalización, y en particular respecto de las políticas que se deben desarrollar alrededor de estas, es crucial entender las CVG y los efectos que traen el comercio internacional y la globalización, y de esta manera lograr definir mecanismos que ayuden a los países a obtener beneficios en términos de desarrollo.<sup>70</sup> Abordar los abusos de derechos humanos que se encuentran dentro de las CVG no es una tarea fácil; a pesar de ello, el que las más serias violaciones ambientales y de derechos humanos estén ocurriendo en los eslabones más bajos de la cadena,<sup>71</sup> ha ayudado a que este tema adquiera una creciente importancia en los últimos años.

Conforme a lo anterior, a continuación se analizará la eficacia de los mecanismos existentes de protección de los derechos humanos respecto del actuar de las compañías multinacionales a la luz del modelo de CVG, y se propondrán mecanismos y soluciones alternativas que llenen los vacíos que se encuentran en la normatividad actual, por último, se expondrá un modelo de gobernanza de las CVG para buscar que estas sean mecanismos reales de inclusión y desarrollo para los países en vía de desarrollo.

## 2.2 Mecanismos alternativos para la protección de los DD.HH en relación con las cadenas de valor global

Las compañías multinacionales se involucran cada vez más en los mercados domésticos y extranjeros, y de esta manera se han vuelto centro de discusión en materia de derechos humanos. En las últimas décadas se ha presenciado un nuevo fenómeno de búsqueda de estrategias para proteger los derechos humanos, que ha dado lugar a un cambio en la visión tradicional, según la cual se prestaba atención casi exclusiva a los estados como únicos responsables y competentes respecto de los abusos de derechos humanos cometidos, para entrar a tener en cuenta una visión según la cual es necesario vigilar las actividades de las compañías, en especial las multinacionales y responsabilizarlas por las violaciones de derechos humanos en que incurran.<sup>72</sup>

La aparición de este nuevo enfoque de responsabilidad frente a los derechos humanos surgió debido a la incapacidad del enfoque estado-centrista para ajustarse a la nueva realidad económica y la creciente influencia de las compañías multinacionales,<sup>73</sup> este nuevo enfoque es producto de varias fuerzas abarcadas en el término globalización: el rápido incremento en la inversión que realizan las multinacionales en el mundo en vía de desarrollo, el creciente

---

70 *Ibíd.*

71 European Union Ministry of Foreign Affairs, “The EU and Global Value Chains, Implementing Sustainable Business through EU aid and trade policies”, 2015.

72 S. Ratner, *Op. Cit.*

73 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*



poder de las corporaciones que ha sobrepasado el de varios estados, la revolución global de las telecomunicaciones y la capacidad de las organizaciones no gubernamentales de movilizar la opinión pública.<sup>74</sup>

A pesar de los diversos casos de violaciones de derechos humanos por parte de compañías multinacionales, hay pocas normas y mecanismos internacionales que efectivamente regulen la actividad corporativa.<sup>75</sup> En la actualidad, de acuerdo a la normatividad existente, es difícil que las compañías multinacionales sean responsables directos de violaciones de derechos humanos, lo cual se debe a: la falta de voluntad o capacidad de regulación que tienen los estados para cumplir con su deber de protección, la corrupción o debilidad de un estado, la gran posición de poder de las compañías, la concurrencia de intereses entre los distintos actores, y los privilegios que obtienen las compañías por invertir en un estado y el miedo de un estado a perder la inversión.<sup>76</sup> Aunque el derecho internacional no ignora el panorama, parecen no existir normas que responsabilicen de manera efectiva a los actores privados.

Particular atención merecen aquellas situaciones en que las violaciones de derechos humanos se dan dentro de las CVG, en especial aquellas fases que están ubicadas en las etapas de producción, puesto que las CVG son una constelación de relaciones humanas, en la que ni siquiera la compañía multinacional conocerá a todos los individuos involucrados dentro de su cadena. Tal es el caso cuando una compañía contrata directamente con un proveedor pero este a su vez podrá subcontratar con otro proveedor alargando la cadena más allá del conocimiento de la multinacional.<sup>77</sup> Es complejo el que en estas largas cadenas hay una falta de transparencia por parte de las compañías lo que hace más difícil poder llegar hasta las fases más profundas de la CVG incluso para las auditorías e inspecciones tradicionales.<sup>78</sup> Adicionalmente, en esta pluralidad de actores algunos ostentan gran poder y control para moldear la CVG como se mencionó anteriormente, y esto presenta un grave problema toda vez que hay una variedad de actores no estatales con poder y autoridad pero que no detentan responsabilidad, o solo responsabilidad parcial, dando lugar a un déficit de responsabilidad y rendición de cuentas dentro de las CVG.<sup>79</sup>

74 S. Ratner, *Op. Cit.*, p. 447-448.

75 Mahmood Monshipouri, Claude E. Welch, Evan T. Kennedy, *Op. Cit.*, p. 975.

76 Tobias Kronenberg, "The Curse of Natural Resources in the Transition Economies", Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology (MERIT), University of Maastricht, Países Bajos, 2002.

77 J. Nolan, *Op. Cit.*

78 CSR Asia Center, *Op. Cit.*

79 K. Macdonald, *Op. Cit.*



Ahora bien, al hablar de responsabilidad en materia de derechos humanos, en primer lugar se considera que los estados son los principales responsables o garantes respecto de los derechos humanos, estos tienen el deber de proteger a sus ciudadanos frente a los abusos ocasionados por terceros, incluyendo las compañías, mediante el uso de una debida diligencia que consiste en prevenir, investigar, castigar y reparar el daño causado por personas o entidades privadas, debiendo incluso alentar a las empresas que operan en sus territorios a cumplir los distintos mecanismos internacionales. Algunos interpretan el deber de los estados como una obligación de ejercer su poder jurisdiccional buscando asegurar que las compañías cuyo domicilio principal está en sus propios territorios, no violen los derechos humanos en otros países. Según el principio de jurisdicción universal los estados estarían obligados a ejercer su jurisdicción sobre aquellos individuos que se encuentren dentro de su territorio y que presuntamente hayan cometido un crimen internacional, lamentablemente, no es claro como esto se extiende a personas jurídicas, y aunque nada detiene a los estados de imponer responsabilidades legales directas estos no lo hacen para evitar intervenir en los asuntos internos de otros estados, y los pocos que lo han hecho no ha sido de manera apropiada.<sup>80</sup>

Adicionalmente, los estados podrán hacer uso de los tratados bilaterales y políticas de promoción de exportación e inversión para incluir temas de protección de los derechos humanos; sin embargo, muy pocos estados lo hacen, en especial en aquellas “zonas de débil gobernanza”,<sup>81</sup> en las cuales la mayoría de estados no desarrollados no tienen la voluntad de regular sobre derechos humanos por temor a ahuyentar el capital extranjero, incluso en aquellos gobiernos que tienen deseos de regular este tema las compañías encuentran la manera de evadir la legislación local pues los gobiernos no cuentan con la capacidad y poder para hacer cumplirlas.<sup>82</sup> Puesto que los estados no siempre han logrado cumplir con su deber de protección de los derechos humanos, a continuación se dará cuenta del panorama de la regulación existente y algunos de los pasos que han sido tomados en la búsqueda de protección de los derechos humanos respecto del actuar de las compañías, los cuales varían desde recomendaciones de órganos internacionales hasta iniciativas privadas.

Alrededor de 1970 las Naciones Unidas realizaron un primer intento para establecer normas internacionales vinculantes para regular la actividad de las compañías multinacionales pero

80 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

81 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Risk awareness tool for multinational enterprises in weak governance zones (2006)” [en línea], disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/36885821.pdf>, consulta: 25 agosto 2016.

82 CSR Asia Center, *Op. Cit.*



la mayoría de países industrializados se opusieron fuertemente a su carácter vinculante, pues para estos solo los mecanismos de *soft law* gozaban de atractivo político.<sup>83</sup>

En 1976 la OCDE adoptó un conjunto de reglas para las compañías multinacionales llamadas “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, donde se hacía referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se recomendaba a las compañías respetar los derechos humanos de los afectados por sus actividades, teniendo en cuenta las obligaciones y compromisos con el gobierno anfitrión. Uno de los puntos fuertes es que dentro de estas directrices se les exigía a los países adherentes establecer unos Puntos Nacionales de Contacto, a los que cualquiera podría llevar una queja o reclamo de incumplimiento de cualquier multinacional domiciliada dentro de su territorio o que opere dentro de uno de los estados miembros. Es importante resaltar que en la edición de 2011<sup>84</sup> de estas directrices se incluyeron nuevas recomendaciones para el tema de abuso de derechos humanos y responsabilidad corporativa en las CVG lo cual es considerado un gran avance para enfrentar los retos que trae este nuevo modelo. Empero, a pesar de ser considerado el instrumento más importante y completo para conducta corporativa responsable, especialmente respecto de las CVG, se trata solo de principios y estándares no vinculatorios.<sup>85</sup>

En 1999, las Naciones Unidas, hicieron un llamado en el Foro Económico Mundial respecto de las acciones de las corporaciones multinacionales, en el cual se establecieron garantías generales de protección de los derechos humanos, y además se habló específicamente acerca de las condiciones de trabajo, la libre circulación, eliminación del trabajo infantil, así como garantías respecto de los derechos a la salud y seguridad de los trabajadores.<sup>86</sup> Lo anterior no fue un mecanismo adecuado para atribuir responsabilidad y poder exigir comportamientos a las compañías, pero lo aquí logrado fue un gran paso para tomar conciencia y poner en marcha el Pacto Global.

En el año 2000, se estableció el Pacto Global de las Naciones Unidas, el cual es una iniciativa voluntaria que involucra a las compañías y la sociedad civil, para la promoción de diez principios de las Naciones Unidas en el tema de derechos humanos, estándares de trabajo, protección ambiental, y desde el 2004, anticorrupción. En este pacto se establecen

83 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

84 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, 2011.

85 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

86 Mahmood Monshipouri, Claude E. Welch, Evan T. Kennedy, *Op. Cit.*, p. 979.



dos principios respecto a los derechos humanos que exhortan a las compañías a apoyar y respetar dentro de su ámbito de influencia y a asegurar que sus demás empresas no sean cómplices en violaciones de derechos humanos, adicionalmente, las compañías suscritas deben enviar reportes anuales sobre la implementación de los principios y el secretariado enlista a las compañías que no los cumplen. El Pacto Global se ha vuelto la iniciativa de responsabilidad social corporativa más grande con más de tres mil compañías participantes involucrando un gran número de compañías de países en vía de desarrollo;<sup>87</sup> no obstante, a pesar de ser considerado un gran avance, los miembros del Pacto Global incluyen sólo el 40% de las compañías más grandes en el mundo y más allá del ejercicio auto evaluativo de los reportes, no hay mecanismos de implementación para avanzar en el cumplimiento de los principios.<sup>88</sup>

En el año 2006, la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Internacional de Empleadores, y el Comité de Industria y Negocios de la OCDE decidieron proponer una fórmula para enfrentar las violaciones de derechos humanos en aquellos países considerados como “zonas de débil gobernanza”. Dicha fórmula consistía en que todas las compañías tienen las mismas responsabilidades en aquellas zonas débiles como las que tienen en otras partes, por lo que deberán obedecer la ley incluso si esta no se hace cumplir, y deberán respetar los principios de los instrumentos internacionales relevantes donde la ley nacional está ausente.<sup>89</sup> Dicha fórmula en teoría podría llenar lagunas, pero al igual que los avances ya mencionados, al no ser obligatoria solo juega el papel de ser una recomendación y aviso prudencial para las compañías.

En el año 2008, a raíz de los crecientes reportes de abusos de derechos humanos, se propuso al Consejo de los Derechos Humanos de la ONU los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, para luego ser aprobados.<sup>90</sup> Estos principios se basaban en tres pilares: deber de los estados de protección en cuanto a los abusos de terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas; responsabilidad corporativa independiente de respeto por 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; y la necesidad de asegurar

87 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

88 United Nations Global Compact [en línea] disponible en: [https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los\\_diez\\_principios.html](https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los_diez_principios.html), consulta: 28 de Agosto de 2016.

89 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

90 *Ibíd.*



un acceso amplio de las víctimas a un remedio efectivo, tanto judicial como no judicial.<sup>91</sup> Lo anterior se resume en el deber de protección de los estados, el deber de respeto de las compañías, y la necesidad de reparación de los vulnerados. Cabe advertir que aunque estos principios son indiscutiblemente un gran avance en materia de protección de los derechos humanos, los únicos responsables directos serían los estados y no las compañías.

Por iniciativa privada y debido a la presión de la sociedad civil global, se han creado códigos de conducta avalados por distintas ONG. Un ejemplo son los esquemas de certificación como ISO 26000<sup>92</sup>, los cuales se lanzaron en el 2010. Estos dan una guía respecto de cómo las organizaciones y negocios pueden operar en una manera socialmente responsable. La sección de derechos humanos de ISO 26000 establece que una organización deberá evitar la complicidad en abusos de derechos humanos, y define tres formas de complicidad: directa, beneficiosa, o silenciosa, de igual manera establece que las organizaciones tienen la obligación de respetar los derechos humanos, incluyendo toda su CVG y su esfera de influencia.<sup>93</sup>

Existen otros tipos de esquema de certificación producto de iniciativas privadas como el Proceso Kimberley. Este es una iniciativa en la que participan una gran cantidad de empresas, estados y organizaciones de la sociedad civil que buscan combatir las fuentes de violaciones de derechos humanos relacionadas con la industria de los diamantes. Este esquema de certificación pretende controlar el flujo de “diamantes conflictivos”, mediante la imposición de requisitos de certificación extensivos para asegurar que los diamantes que se intercambien sean libres de conflicto, es decir, asegurar a los clientes que al comprar diamantes no estén financiando la guerra o abusos de derechos humanos con su compra.<sup>94</sup> Si bien estas iniciativas privadas han logrado grandes avances en la materia, no pueden ser consideradas por sí solas mecanismos efectivos de responsabilidad corporativa debido a su carácter privado y voluntario.

También se han visto distintos actores internacionales que cada vez más se han intentado involucrar en la protección de los derechos humanos a nivel internacional. Tal es el caso de

91 Daniel Augenstein, David Kinley, “When Human Rights ‘Responsibilities’ become ‘Duties’: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations” en: *Legal Studies Research Paper*, Núm. 12/71, 2012, Universidad de Sidney.

92 La Organización Internacional para la Estandarización, ISO 26000 [en línea], Disponible en: [http://www.iso.org/iso/iso\\_26000\\_project\\_overview-es.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf), consulta: el 02 de septiembre de 2016.

93 CSR Asia Center, *Op. Cit.*

94 Kimberley Process [en línea], disponible en: <https://www.kimberleyprocess.com/en/about>, consultado el 02 de Septiembre de 2016.



la Corporación Financiera Internacional, institución del Banco Mundial, la cual ha adoptado estándares de desempeño que las compañías deben cumplir para poder acceder a los fondos de inversión. Dichos estándares incluyen varios elementos de derechos humanos y tienen gran importancia pues tienen “efectos de derrame” en cuanto a que las evaluaciones de la Corporación son estudiadas y seguidas por distintos bancos que son responsables del 80% de proyectos de préstamos de comercio.<sup>95</sup>

Otros avances que se deben tener en cuenta son las auto-regulaciones privadas de las compañías multinacionales, las cuales han crecido rápidamente en los últimos años debido a que las compañías buscan fijar estándares para verse bien ante los accionistas y grupos de interés en un ambiente competitivo que demanda cada vez más el reconocimiento de los derechos humanos. Las regulaciones privadas pueden tener grandes impactos pues la experiencia que estas generen pueden afectar la incidencia y el contenido de futuras regulaciones al demostrar que funciona y que no. El talón de Aquiles de estas iniciativas privadas es que no necesariamente están sujetas a la supervisión de gobiernos y son voluntarias, además, una gran cantidad de grandes empresas aún no se han involucrado en la creación e implementación de regulaciones privadas, y a las que ya lo han hecho se les cuestiona si están llevando a cabo las conductas necesarias para atacar de manera efectiva las violaciones de derechos humanos. Algunos autores critican estos esquemas de regulación debido a su falta de legitimidad democrática, pues se le da capacidad auto regulatoria a compañías donde sus altos ejecutivos no son elegidos democráticamente y no tienen el mismo nivel de responsabilidad que los gobiernos al no ser controladas por mecanismos, instituciones o procedimientos públicos.<sup>96</sup>

De lo mencionado anteriormente se puede concluir que la regulación existente es insuficiente. La responsabilidad directa respecto de los derechos humanos solo se puede predicar en un principio de los estados, adicionalmente, aquellas normas que mencionan responsabilidad en cabeza de las compañías son mecanismos voluntarios de *soft law* y por ende no son vinculantes, además actualmente no existe un amplio reconocimiento o no se tiene en cuenta el papel del derecho en las CVG. Algunos consideran el derecho como un factor externo a las CVG, y las pocas aproximaciones que existen se han realizado usando el derecho como un mecanismo para proveer instituciones que faciliten las relaciones de mercado. Más aún, los comienzos del estudio de las CVG se enfocaban solamente en el diseño de contratos de

95 J. G. Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *Op. Cit.*

96 Guido Palazzo, Andreas 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. 907.



suministro para asegurar la eficiencia y simetría de la actividad comercial pero en ningún momento se trataba de modificar o regular la organización de las relaciones de mercado y mucho menos la protección de los derechos humanos.<sup>97</sup> Todo lo anterior parece no ser de gran ayuda para la protección de los derechos humanos pero no se pueden desconocer los grandes avances que se han dado en la materia, y por esto es especialmente importante entender el papel que puede y ha jugado la sociedad civil.

La creciente atención pública alrededor de las violaciones de derechos humanos, y la creciente tendencia de los consumidores a cuestionar la procedencia de los productos y servicios que adquieren, ha puesto una gran presión sobre las compañías multinacionales y los distintos actores internacionales.<sup>98</sup> Es inequívoco afirmar que los distintos mecanismos e iniciativas privadas obedecen a la increíble presión de los distintos actores privados como ONG y activistas que buscan la protección los derechos humanos respecto del actuar de las compañías multinacionales, de igual forma, en los últimos años la sociedad civil ha buscado poner en el radar internacional las grandes dificultades que suponen las CVG para la protección de los derechos humanos.

Algunos consideran la presión de la sociedad civil como uno de los mecanismos más efectivos puesto que a través de esta se puede forzar a las compañías para que asuman una mayor responsabilidad corporativa en sus CVG. La sociedad civil ha buscado transformar las prácticas que se dan en las CVG a través de mecanismos sancionatorios de mercado, que pueden afectar el nombre o marca de la compañía y llegar a tener grandes efectos negativos sobre sus ganancias cuando no se demuestre implementar estrategias de protección de los derechos humanos.<sup>99</sup>

Tristemente en un gran número de casos estos mecanismos sancionatorios basados en daños de reputación han probado ser débiles. Demandar a las compañías que “hagan algo” respecto de las violaciones de los derechos humanos en las que están parcialmente implicadas, pero sobre las cuales no son las únicas responsables, ha sido difícil puesto que es complejo definir qué acciones deben tomar y en qué nivel deben hacerlo. Se critica entonces que estos mecanismos sancionatorios dejan un gran espacio discrecional en el que las compañías multinacionales pueden definir el alcance de sus respuestas, las cuales suelen ser especialmente insuficientes dentro de las CVG más complejas.<sup>100</sup> ¿Existe

---

97 G. Barrs, J. Bair, *Op. Cit.*, p. 4.

98 CSR Asia Center, *Op. Cit.*

99 K. Macdonald, *Op. Cit.*

100 K. Macdonald, *Op. Cit.*



entonces alguna manera efectiva para proteger los derechos humanos y responsabilizar a las compañías multinacionales?

A pesar que muchos consideran el derecho como un factor externo a las CVG, cuya única aproximación al tema ha sido facilitar las relaciones de mercado, algunos académicos consideran que el derecho debería situarse en el corazón de este fenómeno, pues este permite un mayor entendimiento del capitalismo moderno al igual que la formulación de políticas y programas, además, permite constituir relaciones de poder entre los distintos actores, facilitando las dimensiones estructurales y distributivas de las CVG.<sup>101</sup> En este orden de ideas, y puesto que las CVG involucran una inmensa complejidad de reglas, modalidades, herramientas y actores involucrados, el estudio legal de las CVG se propone como solución adicional para garantizar una adecuada implementación de las CVG y la protección de los derechos humanos.

El estudio legal de las CVG busca identificar los patrones que hacen parte de la producción global para entender la manera en que se gobiernan las CVG y determinar los roles que estas juegan tanto en países ricos como pobres. Este estudio toma en consideración factores de condiciones de trabajo, tecnologías, regulaciones y estándares, productos, procesos, mercados, industrias, entre otros.<sup>102</sup> Lo anterior permite la creación de un sistema alternativo que promueve la responsabilidad corporativa y la protección de los actores más frágiles de las CVG. Sin embargo, puesto que cada CVG es diferente, no existe un modelo o remedio que aplique por igual para todas las cadenas. Es necesario realizar un mapeo detallado de las distintas normas internacionales, actores, límites geográficos y jurisdiccionales, y en general de las distintas capas de las CVG para determinar las mejores estrategias para cada una.

En el primer capítulo se explicó que existen CVG de mercado, modulares, relacionales, captivas, y de jerarquía dentro de las cuales las relaciones de autoridad y en general el poder de gobernanza varían drásticamente de un actor a otro dependiendo del modelo adoptado. Algunos consideran que el mejor modelo para luchar contra la distribución inequitativa, y las violaciones de derechos humanos, es la implementación de CVG de mercado puesto que en estas los proveedores tendrán la autoridad y poder para moldear y fijar las relaciones con las compañías, y tendrán mayor libertad para fijar condiciones y precios, y de esta manera obtener mayores beneficios dentro de las CVG, lo que a su vez por efecto derrame se traduciría en mejores infraestructuras, empleos, salud, educación y cuidado ambiental.<sup>103</sup>

101 Grietje Barrs, Jennifer Bair, *Op. Cit.*

102 Duke University, Global Value Chains Initiative, Concepts (en línea), disponible en: <https://globalvaluechains.org/concept-tools>, Consultado el 19 de julio de 2016.

103 R. Banga, *Op. Cit.*



No obstante, algunos consideran que el modelo jerárquico, donde el poder y autoridad está totalmente en cabeza de la compañía multinacional, es el modelo apropiado puesto que al ser la compañía multinacional un actor internacional con gran experiencia e influencia, este debe dirigir y controlar todos los eslabones de su cadena. Los que prefieren este último modelo afirman que bajo este existe una mayor facilidad de control e implementación de políticas corporativas y mecanismos de protección de los derechos humanos, asimismo, si el control de toda la CVG es ejercido de manera directa por la compañía multinacional el panorama de la responsabilidad corporativa se esclarece puesto que existe en teoría un solo actor responsable y por ende una responsabilidad no parcializada.<sup>104</sup>

Se puede decir que cada modelo de CVG tiene pros y contras, el que la compañía posea mayor autoridad puede en determinada situación ser una oportunidad para mejorar las condiciones de sus trabajadores ubicados en países en desarrollo, aunque dicho esto, en la realidad se ha logrado evidenciar que en aquellas situaciones en que la compañía posee un mayor poder esta abusará de este. En la otra cara de la moneda, si los proveedores ubicados en un país en vía de desarrollo tienen un mayor poder esto podría ser una oportunidad de crecimiento, captura de conocimientos y en general mejora de las condiciones, sin embargo, los proveedores de países menos desarrollados no suelen contar con la experiencia, capacidad, y mecanismos apropiados para poner en práctica estrategias de protección de los derechos humanos y mejora de las condiciones, incluso, muchos de los proveedores de países menos desarrollados que desean mejorar sus condiciones dentro de la cadena no suelen cumplir con los estándares deseados aun teniendo gran autonomía y la intención de hacerlo.<sup>105</sup>

La misma lógica del párrafo anterior aplicará para las modalidades que fueron explicadas en el primer capítulo. En algunas circunstancias el uso de subsidiarias por encima de modalidades de exportación exclusiva podría facilitar la rendición de cuentas y la implementación de lineamientos y directrices a lo largo de un grupo empresarial que tiene presencia en distintos territorios, pero a su vez el uso de modelos de exportación supone la existencia de compañías y proveedores locales autosuficientes y con gran poder de gobernanza. También se podría afirmar que el uso de una modalidad de *joint venture* dentro de las CVG permite un mayor desarrollo toda vez que en esta se comparten conocimientos y tecnología lo cual a largo plazo podría traducirse en beneficios para los países y de esta manera se lograría en teoría una mejor inclusión al modelo de CVG. En consecuencia, cada CVG es diferente, no existe

---

104 K Macdonald, *Op. Cit.*

105 G. Gereffi, J. Humphrey, *Op Cit.*



un modelo que sea más beneficioso que otro, ni un modelo que sea estrictamente asociado con una industria en particular, la naturaleza de las GVC hace que estas sean dinámicas y que sus patrones no sean ni estrictos ni estáticos, estos dependerán de cómo se dan las interacciones entre los distintos actores. El estudio legal de las CVG permite delimitar aquellas situaciones en que se deberá implementar la autoridad y gobernanza de cierta manera y las modalidades de negocio oportunas para obtener los resultados deseados.<sup>106</sup>

El estudio legal de las CVG promueve un uso creativo de los distintos mecanismos existentes para regular las CVG, reconociendo la complejidad de las CVG y los retos que este modelo supone para la protección de los derechos humanos.<sup>107</sup> Es importante reiterar que no existe un mecanismo único, oficial y efectivo para organizar las GVC, pero esto no significa que a través de un uso inteligente de las herramientas existentes se puedan mejorar las condiciones de un gran número de trabajadores que hacen parte de las CVG. Será necesario tener en cuenta a los diferentes actores que participan de manera activa en el proceso de creación e implementación de estándares y reglas, dado que son estos quienes verdaderamente abren la puerta para la implementación de políticas y estrategias que buscan un correcto uso de las CVG que no transgreda los derechos humanos, se resalta incluso el poder que tienen los consumidores, quienes a través de la cultura de consumo pueden alterar las intenciones de las compañías multinacionales y por ende modificar las CVG.<sup>108</sup>

La efectiva protección los derechos humanos dentro de las CVG dependerá entonces de la coordinación entre los distintos actores: estados, compañías, trabajadores y proveedores, ONG, instituciones internacionales, y consumidores, y la utilización creativa de los distintos mecanismos aquí mencionados. El punto focal en el debate de los negocios y derechos humanos debe expandirse más allá de establecer una responsabilidad corporativa individual, pues esto no logrará llenar las lagunas que se encuentran en las CVG, estas solo se podrán reparar a través de la acción colectiva.<sup>109</sup> Se considera además que la estrategia utilizada debe ir más allá de la esfera legal, los mecanismos legales deben jugar junto con las dinámicas sociales para buscar que esto contribuya a un cambio positivo. Mirar los derechos humanos desde un enfoque solo legal no asegurará el éxito de un régimen, se necesita motivar y activar las diferentes variables, incluidas las morales, sociales y económicas, que puedan afectar

106 K. D. Backer, S. Miroudot, *Op Cit.*

107 T. Lakhani, S. Kuruvilla, *Op Cit.*

108 G. Gereffi, J. Humphrey, *Op Cit.*

109 Iris Marion Young, "Responsibility and Global Laboral Justice", en: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 12 Núm. 4, 2004.



el comportamiento de las compañías multinacionales, esto incluye la creación de incentivos y castigos, identificación de riesgos, y construcción e movimientos sociales y políticos que involucre la representación de todos los sectores relevantes de la sociedad<sup>110</sup> En este orden de ideas, si bien la regulación internacional para la protección de los derechos humanos dentro de las CVG es compleja, imperfecta, y aun tiene mucho camino por avanzar, el estudio legal de las CVG es un paso en la dirección correcta.

## Conclusiones

Se ha dado una considerable expansión de las compañías multinacionales en las últimas décadas y dicho fenómeno obedece en parte a la creciente implementación de las CVG. En los últimos años se ha tejido una relación entre este modelo y las compañías multinacionales, configurándose como la estrategia de mercado prevalente de las compañías multinacionales para expandir sus negocios, lo cual ha llevado a que las CVG han adquirido un papel protagonista en el comercio internacional, resultando en una transformación del panorama global.

Aunque hay quienes consideran que las CVG promueven el desarrollo y el comercio, en el presente trabajo se expuso como los países menos desarrollados no obtienen ganancias de manera inmediata, debido a que en la actualidad la obtención de valor entre las diferentes fases de la cadena es inequitativa. Se puede concluir que, según las reglas de juego actuales, este modelo es injusto y distorsionado. Las CVG se han vuelto un reto para que los países menos desarrollados se adhieran al comercio internacional y perciban unas justas ganancias, además, los retos actuales no se limitan a ganancias justas o injustas, la creciente presencia en distintos territorios ha facilitado la posibilidad de impactar los distintos entornos en los que las fases de la producción se encuentran, y esto ha llevado a grandes violaciones extraterritoriales de derechos humanos por parte de las compañías multinacionales.

Las CVG son extremadamente complejas, existen tantos tipos de CVG como tipos de industrias, y dentro de estas se encuentran presentes una variedad de distintos factores y modalidades de negocio. Las CVG son constelaciones de interacciones humanas, presentándose en estas una variedad de actores directos e indirectos que evidencian la necesidad del estudio de este modelo. Se ha vuelto necesario regular esta materia para asegurar la implementación adecuada de este modelo, buscando que el crecimiento económico vaya de la mano con un desarrollo inclusivo y la protección de derechos humanos.

La utilización de las CVG por parte de las compañías multinacionales nubla el panorama de la protección de los derechos humanos y dificulta la posibilidad de responsabilizar a las

---

110 Amartya Sen, "Human Rights and the Limits of Law", en: *Cardozo Law Review*, vol. 27-6, 2006.



compañías. Puesto que las violaciones de derechos humanos se generan en un escenario de fragmentación de las actividades y una pluralidad de actores que pueden o no estar directamente vinculados, las legislaciones nacionales no suelen ser efectivas para castigar a las compañías multinacionales pues no es posible atribuir responsabilidad a una compañía debido a la falta de conexión directa con el suceso o por límites territoriales de jurisdicción. De igual manera, aunque en el presente trabajo no se logró profundizar acerca de los impactos de las CVG sobre el medio ambiente, así como estas representan un reto para los derechos humanos, presentan también grandes dificultades para la protección del medio ambiente.

La normatividad internacional he tenido algunos avances considerables en materia de responsabilidad corporativa y derechos humanos, sin embargo, son pocos los acercamientos que se han realizado para reconocer los grandes retos que suponen las CVG para los derechos humanos. Asimismo, los avances que se han realizado a nivel internacional en materia de responsabilidad corporativa se limitan a ser iniciativas, estándares, y en general mecanismos voluntarios y por ende no obligatorios. Aunque la normatividad internacional actual se muestra débil, se debe reconocer la presión ejercida por la sociedad civil global, lo cual en los últimos años se ha considerado como el mecanismo más efectivo para lograr influenciar el actuar de las compañías multinacionales a través de los castigos de reputación. Dicha presión para muchos ha sido la causante de una serie de iniciativas privadas que se han ido generando por parte de las compañías, quienes buscan cada vez más proteger los derechos humanos de aquellas personas que pueden verse afectadas por la CVG. No obstante, aunque existen una serie de iniciativas privadas que han recibido elogios tal como el Proceso Kimberley, su talón de Aquiles consiste en que suelen dejar grandes brechas por cubrir y no están sujetas a una correcta supervisión, además, son pocas las grandes compañías que han implementado iniciativas de protección de los derechos humanos.

Aunque son relevantes e importantes los acercamientos y avances que se han realizado en materia de responsabilidad corporativa y protección de derechos humanos, la presencia de una gran variedad de mecanismos, guías, estándares, o recomendaciones en la materia puede generar para las compañías una confusión a la hora de saber que estrategias, recomendaciones, o guías se deben implementar. Algunos consideran que para solucionar dicho problema se debe crear una entidad internacional encargada exclusivamente de este tema, pero esto presenta grandes dificultades, por lo que un posible remedio a largo plazo será una mayor armonización y homogenización de la normatividad vigente para mejorar la protección de los derechos humanos.

Como se mencionó anteriormente las CVG varían enormemente la una de la otra, por lo tanto, no será suficiente proponer una única herramienta para el problema de violaciones



de derechos humanos. Será necesario entender los distintos factores que se involucran en cada una de las CVG para determinar que estrategias se deben implementar en cada caso particular y de esta manera lograr una mejoría en términos de desarrollo y derechos humanos y el estudio legal de las CVG pretende lograr esto. Adicionalmente, el estudio legal de las CVG busca entrar a jugar un rol importante para la construcción de un régimen global más funcional en materia de negocios y derechos humanos.

Puesto que actualmente no existe una única herramienta que por sí sola sea capaz de proteger los derechos humanos, el estudio legal de las CVG invita a un uso creativo e inteligente de los mecanismos actuales, teniendo en cuenta la diversidad de actores que participan de manera activa en la gobernanza global, puesto que la efectividad de una estrategia de protección de derechos humanos dependerá del apoyo de la sociedad civil global, y en general de una estrategia que encare las enormes, complejas y constantemente cambiantes fuerzas de la globalización. Dicha tarea no será fácil, aún queda un amplio camino por recorrer es seguro asumir que el estudio legal de las CVG es un paso en la dirección correcta.

## Bibliografía

- Augenstein Daniel, Kinley David, "When Human Rights 'Responsibilities' become 'Duties': The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations" en: *Legal Studies Research Paper*, Núm. 12/71, 2012, Universidad de Sidney. Banga Rashmi, "Measuring Value in Global Value Chains", *Unit of Economic Cooperation and Integration Amongst Developing Countries*, UNCTAD, 2013.
- Barrs Grietje, Bair Jennifer, "The role of law in global value chains: a research manifesto", en: *London Review of International Law*, vol. 0, núm. 1. Oxford University Press, 2016.
- Börzel Tanja A., Hönke Jana, "From Compliance to Practice: Mining Companies and the Voluntary Principles on Security and Human Rights in the Democratic Republic of the Congo", en: *SFB-Governance Working Paper, Series 25*, Estados Unidos, 2011. pp. 1-38.
- Croser Marilyn, "Human Rights Violations have increased globally", en: *The Guardian sustainable business*, The Guardian, 2014.
- CSR Asia Center, "Engaging Business on Human Rights", en: *Issues for Responsible and Inclusive Value Chains*, 2015.
- Datta Narayan, "Slavery is Bad for Business: Analyzing the Impact of Slavery on National Economies", en: *Brown Journal of World Affairs*, 2013.
- De Backer Koen, Miroudot Sébastien, "Mapping Global Value Chains", en: *OECD Trade Policy Papers*, núm. 159, OECD Publishing, 2013, p. 8.



Duke University, Global Value Chains Initiative, “Concepts” [en línea], disponible en: <https://globalvaluechains.org/concept-tools>, Consulta: 29 de julio de 2016.

European Union Ministry of Foreign Affairs, “The EU and Global Value Chains, Implementing Sustainable Business through EU Aid and Trade Policies”, 2015.

Frederick Stacey, “Global Value Chains - Concept & Tools, Governance & Competitiveness”, en: Global Value Chains Initiative, Center on Globalization, Duke University, 2016.

Friedman Matt, “Fighting Human Trafficking: The Role of the Private Sector”, en: *CSR Asia Center Weekly*, 2014.

Gereffi Gary, Fernandez-Stark Karina, “Global Value Chain Analysis: A Primer”, en: Center on Globalization, Governance & Competitiveness (CGGC), Duke University, North Carolina, USA, 2011.

Gereffi Gary, Humphrey John, “The Governance of Global Value Chains”, en: *Review of International Political Economy*, 2005.

Gereffi Gary, Korzeniewicz Miguel, *Commodity Chains and Global Capitalism Manual*, Praeger, Westport Greenwood Press, Londres, 1994.

Grossman Gene, Rossi-Hansberg Esteban, “The Rise of Offshoring: it is not Wine for Cloth Any More”, en: *The New Economic Geography: Effects and Policy Implications*, Estados Unidos, pp. 59-102. 2006.

Hartien Clayton, Shabnam Priyadarsini, *The Global Victimization of Children: Problems and Solutions*, Springer, 2012, p. 23.

Hodal Kate, Kelly Chris, “Revealed Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, Uk”, *The Guardian* (10 de junio 2014) [en línea] disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>, consulta: 10 de Agosto 2016.

International Strategy Solutions Limited, Which international market entry method is right for your business [en línea], Disponible en: <http://www.international-strategy.com/2014/12/exporting-franchising-joint-venture-wholly-owned-subsiary-international-market-entry-method-right-business/>, consulta: 20 de agosto de 2016.

Johansson Johny, “Global marketing”, en: Foreign entry, Local Marketing, & Global Management, 5th edition, McGraw-Hill/Irwin, Estados Unidos, 2009.

Ketchen Dave, Short Jeremy, *Mastering Strategic Management*, University of Minnesota Libraries Publishing, 2012.



Kimberley Process [en línea], disponible en: <https://www.kimberleyprocess.com/en/about>, consultado el 02 de Septiembre de 2016.

Kronenberg Tobias, "The Curse of Natural Resources in the Transition Economies", *Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology (MERIT)*, University of Maastricht, Países Bajos, 2002.

La Organización Internacional para la Estandarización, ISO 26000 [en línea], Disponible en: [http://www.iso.org/iso/iso\\_26000\\_project\\_overview-es.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf), consulta: el 02 de septiembre de 2016.

Lakhani Tashlin, Kuruvilla Sarosh, "From the Firm to the Network: Global value chains and relations theory", en: *British Journal of Industrial Relations*, vol. 51, núm. 3. 2013.

Macdonald Kate, "Globalising justice within coffee supply chains? Fair Trade Starbucks and the transformation of supply chain governance", en: *Third World Quarterly*, Routledge Taylor & Francis Group, 2007.

Manova Kalina, "Global Value chains and multinational activity with financial frictions", en: *The Age of Global Value Chains: Maps and Policy Issues*, Standford University, Estados Unidos, 2015.

Marco Trade News, "Labour Rights Violations in Export Production" [en línea], disponible en: <http://marcotradenews.com/noticias/labour-rights-violations-in-export-production-21011>, consulta: 28 de agosto de 2016.

McCormick Dorothy, Schmitz Hubert, "Manual for value chain research on homeworkers in the garment industry", Institute of Development Studies Sussex, University of Sussex, 2002.

Monshipouri Mahmood, Welch Claude E., Kennedy Evan T., "Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities", en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, Núm. 4, 2003

Multinational Corporations, History of Multinational Corporations and Human Rights [en línea], disponible en: <http://internationalrelations.org/multinational-corporations/>, consulta: 07 de Julio de 2016.

Nolan Justine, "Legalizing Responsibility for Human Rights in Global Supply Chains", en: *Center for Business and Human Rights*, Universidad de Nueva York (NYU), 2016.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), "Global Value Chains" [en línea], disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ind/global-value-chains.htm>, consulta: 27 de julio de 2016.



Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), “Presentation of the OECD-WBG inclusive global value chains report”, G20 Trade Ministers Meeting, Istanbul 2015.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, 2011.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Risk awareness tool for multinational enterprises in weak governance zones (2006)” [en línea], disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/36885821.pdf>, consulta: 25 agosto 2016.

Palazzo Guido, Sherer Andreas, “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.

Ratner Steven, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 443, 2011, p. 443-545.

Ruggie John Gerard, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 4, 2007.

-----, *Just Business, Multinational corporations and human rights*, Amnesty international global ethics series, 2013.

Sen Amartya, “Human Rights and the Limits of Law”, en: *Cardozo Law review*, vol. 27-6, 2006. Silliman Shikha, “Precarious Work in the Walmart Global Chain”, Center for Alliance of Labor & Human Rights [en línea] disponible en: <http://asia.floorwage.org/workersvoices/reports/precarious-work-in-the-walmart-global-value-chain>, consulta: 05 de Agosto 2016.

The World Bank, *Global Value Chains* [en línea], disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/trade/brief/global-value-chains>, consulta: el 7 de junio de 2016.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “World Investment Report, Transnational Corporations and Export Competitiveness”, 2002

United Nations Global Compact [en línea] disponible en: [https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los\\_diez\\_principios.html](https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los_diez_principios.html), consulta: 28 de Agosto de 2016

Young Iris Marion, “Responsibility and Global Laboral Justice”, en: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 12 Núm. 4, 2004.



## DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

- 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](mailto:ejil@eafit.edu.co) and [rtamayo1@eafit.edu.co](mailto: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 first 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  
Medellin - Colombia  
2016**

**EAFIT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW  
Vol. 7, 02, July - December 2016**