

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA NOVENA EDICIÓN

Editorial

LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES
ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES: BENEFICIOS PARA COSTA RICA
EN CASO DE ADHESIÓN

Édgar E. Méndez Zamora

TOWARDS AN INTERNATIONAL COURT AGAINST
TERRORISM: AN ANALYSIS OF THE ADDED-VALUE
OF ESTABLISHING SUCH A COURT

Tainá Garcia Maia

LA EFECTIVIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE
CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN
Diana María Beltrán Vargas y Stefanny Justinico Moreno

EVALUATING THE IMPACT OF PRIVATE LAW-
MAKING IN CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY
Gloria Ramos

DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES
Mario Peña Chacón

ENTREVISTA

Sra. Dyalá Jiménez Figueres, Ministra de Comercio Exterior
de la República de Costa Rica

IX
EDICIÓN
II semestre
2018



CONSEJO EDITORIAL

Director General:

Édgar E. Méndez Zamora

Consejo Editorial:

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

Diseño gráfico:

Valeria Tiffer Hangen

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

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

Edición Número 9

II semestre 2018

Fecha de publicación: 08 de enero de 2019

San José, Costa Rica

ISSN: 2215-325X

CONSEJO ASESOR

Jaime Granados Brenes
Derecho del Comercio Internacional

Dyalá Jiménez Figueres
Derecho de Arbitraje Internacional

Juan José Obando Peralta
Derecho Internacional Privado

Elizabeth Odio Benito
Derecho Penal Internacional

Joseph Thompson Jiménez
Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mauricio Salas Villalobos
Derecho Internacional Público y Económico

ÍNDICE

05 Presentación de la novena edición.

EDITORIAL

06 La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: beneficios para Costa Rica en caso de adhesión

Édgar E. Méndez Zamora

ARTÍCULOS

29 Towards an International Court Against Terrorism: An Analysis of the Added-Value of Establishing such a Court

Tainá Garcia Maia

47 La efectividad de la excepción de corrupción en el arbitraje de inversión

Diana María Beltrán Vargas y Stefanny Justinico Moreno

67 Evaluating the Impact of Private Law-Making in Corporate Social Responsibility

Gloria Ramos

94 Derechos Humanos Ambientales

Mario Peña Chacón

ENTREVISTA

138 Dyalá Jiménez Figueres

Ministra de Comercio Exterior de la República de Costa Rica



Presentación

Novena Edición



La IX Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional presenta un adecuado balance entre temas de derecho internacional público y privado. Su contenido explora temas que varían desde el derecho informático y el derecho corporativo hasta el derecho ambiental, el arbitraje de inversión y el derecho penal internacional.

Primeramente, la nota editorial de esta edición explora la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Analiza la legislación doméstica costarricense en temas de documentación electrónica y firma digital y, a partir de ello, explica los beneficios que este país obtendría de una adhesión a dicha convención.

De seguido, la abogada brasileña Tainá Garcia Maia, máster en Derechos Humanos y reciente pasante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presenta, en su artículo, la posibilidad de crear una corte internacional contra el terrorismo y analiza los beneficios que esto implicaría. Además, compara estrategias para luchar contra el terrorismo y explica la estrecha relación que existe entre éstos y el respeto por los Derechos Humanos.

Por su parte, Diana María Beltrán Vargas y Stefanny Justinico Moreno, abogadas colombianas y másteres en Derecho Internacional, analizan a fondo la defensa de corrupción en casos de arbitraje de inversión. Discuten, a la luz de determinados precedentes, su efectividad, su relación con el concepto de orden público, los retos que representa y sus consecuencias para las partes implicadas, entre otros.

Gloria Ramos, abogada costarricense y máster en Derecho Comercial y Corporativo, explora la evolución del derecho corporativo, la teoría de la corporación y

su incursión en el derecho internacional, que ha resultado en la creación de derecho blando como resultado del proceso de globalización. Termina por explicar el rumbo que este fenómeno está tomando actualmente.

Por último, el profesor Mario Peña Chacón, reconocido abogado ambientalista costarricense, hace un análisis del desarrollo que han tenido los derechos ambientales en el derecho internacional de los derechos humanos en los últimos años. Para ello, hace un repaso de los principales instrumentos y resoluciones que han sido protagonistas de este fenómeno jurídico.

La entrevista de esta edición nos fue amablemente concedida por la ministra de Comercio Exterior de la República de Costa Rica, la señora Dyalá Jiménez Figueres, reconocida abogada y árbitra internacional. La señora ministra parte de su amplio bagaje profesional para hablarnos sobre temas relativos a la adhesión de Costa Rica a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a la situación de Costa Rica ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a los recientes arbitrajes en que ha participado Costa Rica ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

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

Edgar E. Méndez Zamora
Director General

**La Convención de las Naciones Unidas
sobre la utilización de las comunicaciones
electrónicas en los contratos
internacionales: beneficios para Costa Rica
en caso de adhesión**

Édgar E. Méndez Zamora
Director General

Desde sus inicios como república independiente, Costa Rica le apuesta al comercio internacional con miras de desarrollar su economía, mejorar la calidad de vida de sus habitantes y posicionarse en el mercado global. Esta tendencia inició en 1832, cuando George Stiepel realizó su primera venta de café a Inglaterra, por medio de Chile, y se consolidó a partir de la década de 1840, cuando don Santiago Fernández Hidalgo se convirtió en el primer exportador de café al mercado europeo.¹

Desde entonces, las exportaciones e importaciones han aumentado y se han diversificado exponencialmente. En 2017, las exportaciones tuvieron un valor total de 10.731.037.162 dólares estadounidenses y consistieron principalmente de bananos frescos (8,24%), instrumentos y aparatos de uso médico (7,67%) y piñas tropicales frescas (6,20%). Por su parte, para el mismo año, las importaciones se valoraron en 15.481.389.291 dólares estadounidenses, de modo que las más cuantiosas fueron por

1. “Historia del Café de Costa Rica,” Instituto del Café de Costa Rica, accedido el 12 de noviembre de 2018, <http://www.icafe.cr/nuestro-cafe/historia/>, párrafos 9 y 10.

EDITORIAL

gasolina súper (3,56%), diésel (3,24%), medicamentos para uso humano (2,03%) y teléfonos móviles (2,02%).²

Para que la capacidad y el potencial de Costa Rica en el mercado internacional continúe creciendo, es fundamental que el régimen jurídico aplicable a estas transacciones sea de calidad, moderno, uniforme e internacionalmente reconocido. El Estado costarricense se ha percatado de estas necesidades, por lo que ha ratificado importantes tratados internacionales de gran renombre en el campo del derecho comercial internacional. Entre ellos, destacan la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, promulgada en Nueva York, en 1958, y ratificada por Costa Rica en 1987³ (en adelante referida como la “Convención de Nueva York”) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, promulgada en Viena, en 1980, y ratificada por Costa Rica en 2017⁴ (en adelante referida como la “Convención

de Viena” o la “CISG”, por sus siglas en inglés). La Convención de Nueva York ha sido suscrita por 159 Estados⁵ y se considera el tratado en derecho internacional privado más exitoso de la historia,⁶ mientras que la CISG ha sido suscrita por 91 Estados y se considera uno de los tratados de derecho comercial internacional de mayor popularidad hasta el momento.⁷

Sin embargo, la vigencia y la aplicabilidad de estos y otros instrumentos de derecho internacional a transacciones transfronterizas modernas está siendo cuestionada. Desde finales del siglo XX, se ha dado un incremento acelerado en el uso de tecnologías de la información para negociar y perfeccionar contratos internacionales. Nuevas herramientas, como los documentos digitales, la firma digital, los certificados electrónicos, el correo electrónico, los servicios de nube y, más recientemente, la cadena de bloques (*blockchain*),⁸ se han demo-

2. Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Estadísticas de Comercio Exterior 2017 – Cifras preliminares,” (2017): 8, <http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos-biblioteca-virtual/recomexpreliminar2017.pdf>

3. “Contracting States,” New York Arbitration Convention, accedido el 12 de noviembre de 2018, <http://www.newyorkconvention.org/countries>

4. “Status – United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Vienna, 1980),” United Nations Commission on International Law, consultado 12 de noviembre de 2018, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

5. “Contracting States,” New York Arbitration Convention.

6. “In Brief,” New York Arbitration Convention, consultado el 12 de noviembre de 2018, <http://www.newyorkconvention.org/in+brief>

7. Clayton P. Gillette y Steven D. Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2016), 50 (loc. 1805)

8. “La Cadena de Bloques es una base de datos de digital, distribuida (descentralizada) y de acceso público que mantiene copias idénticas de la totalidad de sus registros en múltiples sistemas de cómputo alrededor del mundo, por medio de internet. Opera a través de la instalación de programas informáticos (aplicaciones) determinados en dispositivos terminales (computadoras de usuarios), que se sincronizan y despliegan a nivel global un único registro de transacciones consecutivas en bloques. Además, utiliza un complejo sistema de criptografía para garantizar la seguridad

cratizado y han sustituido tecnologías más tradicionales, como los documentos impresos, las firmas manuscritas y el correo postal.

Si bien este rápido cambio en los medios de comunicación y documentación empleados para practicar el comercio ha propiciado la eficiencia, cantidad y celeridad de las transacciones transfronterizas, también ha puesto en tela de duda la aplicabilidad de tratados internacionales a estos novedosos formatos, que eran desconocidos e imprevistos durante el momento de su redacción. Esto supondría graves consecuencias para el régimen jurídico del comercio internacional, puesto que los esfuerzos realizados para redactar, promulgar e implementar estos tratados multilaterales sería anulado por las nuevas tendencias del mundo digitalizado. Volver a construir un régimen equivalente, que sea aceptado y ratificado por una amplia gama de Estados, sería un reto titánico que, incluso en el mejor de los casos, tomaría décadas lograr.

Entre 2002 y 2005,⁹ en un intento por mitigar esta amenaza de la digitalización, la Comisión de las

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante referido como “CNUDMI”) se dio a la tarea de preparar un tratado internacional que promoviera el comercio electrónico transfronterizo, de manera que facilitara el uso de medios electrónicos en la aplicación de tratados redactados antes de que el uso de las comunicaciones electrónicas fuera usual y, además, proveyera un cuerpo normativo sencillo, moderno y uniforme sobre comercio electrónico para países que carecieran total o parcialmente de legislación en estos temas.¹⁰ Fue así como nació, en 2007, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (en adelante conocida como “la Convención” o “ECC”, por sus siglas en inglés).

En Costa Rica, el marco normativo para tratar estos nuevos fenómenos tecnológicos en el marco del derecho comercial es limitado. En su derecho doméstico, sobresale la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, número 8454, que ha introducido a nuestro bagaje legislativo principios fundamentales del derecho informático,

y la autenticidad de los datos que se envían y reciben entre usuarios. Por la manera en que opera, la Cadena de Bloques es considerada virtualmente incorruptible.” Édgar E. Méndez Zamora, “La solución de controversias en línea para relaciones transfronterizas de consumo electrónico: el contrato inteligente como alternativa para la ejecución de laudos” *Revista Costarricense de Derecho Internacional* 7 (2017): 19, obtenido de https://docs.wixstatic.com/ugd/4a4273_b94746368e224519a711a9f80889b12c.pdf

9. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Nota explicativa de la Secretaría de*

la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Nueva York (2005): 23, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf;

10. Luca G. Castellani, “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas,” *Revista de Derecho Privado* 29 (2015): 78.

tales como el principio de equivalencia funcional y el principio de neutralidad tecnológica.¹¹ Sin embargo, en cuanto a instrumentos de derecho internacional, nuestro país no cuenta con normas vigentes que den un tratamiento adecuado a los nuevos fenómenos tecnológicos que invaden el derecho comercial. Esto representa un problema para el comercio internacional costarricense, el cual podría quedar rezagado conforme se generalizan las prácticas comerciales modernas.

En esta nota editorial, se comenzará por una **(I)** descripción general de la ECC, seguido de un análisis de las **(II)** fortalezas y debilidades de la Ley 8454 para regular nuevas tecnologías en el comercio internacional. Posteriormente, se hará un análisis de los **(III)** beneficios que traería la adhesión de Costa Rica a la ECC. Finalmente, se presentarán las **(IV)** conclusiones que derivan del análisis realizado.

I. Descripción general de la ECC

La ECC es un cuerpo normativo relativamente corto que contiene un total de veinticinco artículos. A continuación, se hará un análisis integral de la Convención, de tal forma que quede claro de dónde viene, su razón de ser, su aplicabilidad y su funcionamiento. Para ello, se realizará un repaso de su *(A)*

desarrollo histórico, *(B)* objetivo principal, *(C)* esfera de aplicación y *(D)* disposiciones y conceptos centrales.

A. Desarrollo histórico

Desde la década de 1980, la Organización de las Naciones Unidas era consciente de la creciente necesidad de contar con un régimen jurídico estándar y uniforme de derecho privado para regular el comercio electrónico. Se estaba en un momento histórico estratégico para solventar tal carencia, ya que el rápido desarrollo de las tecnologías de la información y su aplicación a esta actividad económica era un fenómeno sin precedente y, naturalmente, muy pocos Estados tenían leyes para regularlo.¹² Como consecuencia, a finales de dicho decenio, se encargó a la CNUDMI la tarea de llenar este vacío normativo.¹³

Fue así como, en 1996, nació la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante referida como “MLEC”), seguida, cinco años después, por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (en adelante referida como “MLES”). Ambos instrumentos resultaron ser sumamente exitosos y se consolidaron globalmente como los textos normativos de referencia en sus

11. Adriana Acuña y Eugenio Cordero, “Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap: un enfoque desde la perspectiva del consumidor,” *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica* (2014): 17-20, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-contratos-de-shrinkwrap-clickwrap-y-browsewrap-Un-enfoque-desde-la-perspectiva-del-Derecho-del-Consumidor.pdf>

12. Castellani, 77.

13. José Angelo Estrella Faria, “The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – An Introductory Note,” *International & Comparative Law Quarterly* 55 (2006): 689, doi: 10.1093/iclq/lei111.

respectivos ámbitos de aplicación.¹⁴ Además, los principios en los que se fundamentan se convirtieron en piedras angulares del derecho del comercio electrónico.¹⁵

Si bien la MLEC y la MLES dieron resultados muy positivos y siguen siendo instrumentos normativos ampliamente utilizados y adoptados, éstas tienen limitaciones que derivan de su propia naturaleza como leyes modelo. Al tratarse de derecho blando (*soft law*), no tienen fuerza coercitiva sobre los Estados, a menos que éstos las adopten como parte de su legislación doméstica. Sin embargo, durante este proceso, los legisladores pueden y suelen modificar su texto en pequeña o gran medida, lo cual contraría el espíritu de armonización y uniformidad con el cual fueron originalmente concebidas. Además, incluso si son adoptadas textualmente, se convierten en derecho doméstico, de tal forma que adquieren rango de ley, que es, por jerarquía kelseniana, inferior al de un tratado internacional. Esto limita su utilidad para tratar situaciones jurídicas internacionales en el comercio electrónico.¹⁶

Igualmente, desde la redacción y de la MLEC y la MLES, los modelos tecnológicos predominantes en el comercio internacional evolucionaron y fueron sustituidos rápidamente por otros aún más nuevos.

Además, la comunidad internacional notó que ciertas exigencias formales de tratados de más antigua data podían, a corto plazo, obstaculizar el desarrollo del comercio internacional y, a mediano y largo plazo, devenir obsoletos e inaplicables a transacciones modernas.¹⁷ Para subsanar estos problemas, provenientes de una norma de alto rango jerárquico, una ley doméstica, incluso basada en una ley uniforme, puede ser insuficiente. Así, la necesidad de un instrumento internacional vinculante que hiciera frente a estos problemas devino imperiosa.¹⁸

A partir de estas circunstancias, en 2002, el Equipo de Trabajo IV de la CNUDMI inició la preparación del primer tratado internacional dedicado exclusivamente a regular temas de comercio electrónico: la ECC. Su redacción fue fuertemente influenciada por anteriores textos de la CNUDMI, como la CISG (en temas de ámbito de aplicación y cláusulas finales) y la MLEC y la MLES (en torno a disposiciones sustantivas sobre transacciones electrónicas). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de noviembre de 2005, se convirtió en foco de atención de la comunidad internacional, fue positivamente recibida y¹⁹ entró en vigor en 2013.²⁰

14. Estrella Faria, 689.

15. Castellani, 77.

16. Castellani, 77.

17. Estrella Faria, 689.

18. Castellani, 77.

19. Castellani, 77-79; Estrella Faria, 689.

20. “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005),” Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, accedido el 20 de noviembre de 2018, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf

Hasta la fecha, once Estados han accedido a ella, a saber: Honduras (2010), Singapur (2012), República Dominicana (2012), Rusia (2014), Congo (2014), Montenegro (2015), Sri Lanka (2015), Camerún (2017), Fiyi (2017), Azerbaiyán (2018) y Paraguay (2018).²¹

Además, ha sido suscrita, pero aún no ratificada, por doce Estados, que son: la República Centroafricana (2006), China (2006), Madagascar (2006), Líbano (2006), Senegal (2006), Sierra Leone (2006), Colombia (2007), Irán (2007), Panamá (2007), Filipinas (2007), Arabia Saudita (2007) y la República de Corea (2008).²²

De la lista expuesta, llama la atención que la cantidad de Estados parte no es particularmente alta. Sin embargo, la ECC es considerada como uno de los tratados de la CNUDMI de mayor éxito en los últimos años. Su lenta adopción se explica por su naturaleza. Como tratado de derecho mercantil uniforme, recibe poca atención por parte del público en general, por lo que suele quedar rezagado en las agendas legislativas, que frecuentemente se dictan según intereses políticos.²³

También resulta curioso que ninguno de los países desarrollados europeos –que tradicionalmente lideran la adopción de este tipo de tratados– ni los Estados Unidos de América han suscrito o adoptado este instrumento. El profesor Luca Castellani, asesor jurídico en la secretaría de la CNUDMI, explica que esto se debe a que los países europeos “están completamente inmersos en el proceso de integración económica regional, el cual no siempre tiene en cuenta la necesidad de garantizar la interacción con los textos globales uniformes; por otra parte, en las últimas décadas, los Estados Unidos de América han sido renuentes a adoptar tratados multilaterales, con independencia de su objeto.”²⁴

Otro motivo para la gradual adopción de la ECC estriba en que, si bien los Estados reconocen la importancia de sus disposiciones, algunos se limitan a adoptarlas domésticamente, en lugar de adherirse al tratado. Este ha sido el caso, por ejemplo, de Guatemala y Vietnam.²⁵

Hoy, la ECC sigue siendo adoptada y considerada por Estados de diferentes partes del mundo. Entre ellos, se encuentra, por ejemplo, Australia,²⁶ que está en fase avanzada de los procedimientos de

21. “Status - United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005),” The United Nations Commission on International Trade Law, accedido el 20 de noviembre de 2018, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html

22. “Status - United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005)”

23. Castellani, 94.

24. Castellani, 94.

25. Decreto 47-2008 del 19 de agosto 2008, “Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas”; decreto 57/2006/nd-cp del 9 de junio de 2006, “decreto sobre comercio electrónico”, citados en Castellani, 94.

26. “E-commerce,” Australian Government – Attorney-General’s Department, accedido el 20 de noviembre de 2018, <https://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/ECommerce/Pages/default.aspx>

adopción.²⁷ Se prevé que la adopción del tratado continúe ocurriendo. Una buena razón estriba en que múltiples tratados de libre comercio contemporáneos exigen a los Estados parte mantener una legislación nacional uniforme, basada en textos de la CNUDMI, así como el reconocimiento trasfronterizo de firmas electrónicas y demás métodos de autenticación electrónica.²⁸ La adopción de la ECC deviene la solución más evidente y práctica para cumplir con estos requerimientos.²⁹

B. Objetivo principal

El objetivo principal de la ECC, según lo establece su propio preámbulo, es “encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos [...]”³⁰ Para ello, facilita el reconocimiento jurídico transfronterizo de las comunicaciones y de las firmas electrónicas, de tal manera que permite interoperabilidad técnica entre jurisdicciones distintas,³¹ incluso al aplicar tratados que fueron negociados antes del advenimiento de éstas y otras nuevas tecnologías.³²

El profesor Luca Castellani deriva cuatro objetivos principales de la ECC:

1. “Facilitar el uso de medios electrónicos en relación con la aplicación de tratados concluidos antes de que el uso de las comunicaciones electrónicas fuera común.
2. Reforzar los niveles de uniformidad en la promulgación, interpretación y aplicación de la MLEC y la MLES.
3. Actualizar y complementar ciertas disposiciones de la MLEC y la MLES.
4. Proveer una legislación básica moderna y uniforme sobre comercio electrónico a países que carezcan de legislación o que la tengan pero incompleta.”³³

Si bien la Convención establece un régimen interpretativo para adaptar las reglas existentes a contratos celebrados por medios electrónicos, en ningún momento pretende crear disposiciones de derecho sustantivo de aplicación especial para la contratación electrónica.³⁴

27. Castellani, 94.

28. Un ejemplo de estas disposiciones puede encontrarse en los artículos 4 y 5 del Capítulo 10 de Acuerdo de Libre Comercio ASEAN-Australia/Nueva Zelanda (AANZFTA).

29. Castellani, 95.

30. “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005),” Comisión de

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, accedido el 20 de noviembre de 2018, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf

31. Castellani, 78.

32. Estrella Faria, 690.

33. Castellani, 78-79.

34. Rosangelina Fontalvo Ramos, “La incorporación de las comunicaciones electrónicas en los contratos de

C. Esfera de aplicación

El artículo 1 de la ECC define su ámbito de aplicación. Su inciso primero lee textualmente: “La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.”³⁵ A su vez, la Convención define “comunicaciones” como “toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato.”³⁶ Además, se entiende por “comunicación electrónica” toda aquella que “las partes hagan por medio de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”³⁷ Por su parte, la palabra “contrato” se utiliza en un sentido amplio, de forma que contempla acuerdos que no son tradicionalmente llamados contratos, como los compromisos arbitrales.³⁸

A partir de este artículo y la interpretación que ha dado la doctrina, el concepto de comunicaciones electrónicas se considera muy amplio, puesto que cubre todas las etapas contractuales, desde las tratativas preliminares, hasta su perfeccionamiento, cumplimiento y ejecución.³⁹

Como puede observarse, la Convención delimita su aplicación a las comunicaciones electrónicas que estén relacionadas con contratos. Además, agrega un elemento indispensable de internacionalidad, que consiste en que las partes tengan su establecimiento en Estados distintos. Nótese que en esta consideración no cobra relevancia la nacionalidad de los contratantes ni su carácter civil o mercantil.⁴⁰

La ECC dispone expresamente su aplicabilidad a la formación y el cumplimiento de contratos a los que les sean aplicables uno o varios instrumentos internacionales preexistentes. Entre ellos, su artículo 20 menciona la Convención de Nueva York; la CISG; la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 1974, y su protocolo, de 1980; el Convenio de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995; y la Convención de las Naciones

compraventa internacional de mercaderías,” *Ars Iuris Salmanticenses*, 4 (2016): 110, https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/132535/1/La_incorporacion_de_las_comunicaciones_e.pdf, Estrella Faria, 690.

35. ECC, artículo 1.1.

36. ECC, artículo 4.a.

37. ECC, artículo 4.b y 4.c.

38. Estrella Faria, 690.

39. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*. Nueva York (2005): 32, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, Fontalvo, 111.

40. ECC, artículo 1.3.

Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, de 2001. Este artículo también dispone que las disposiciones de la ECC serán aplicables a las comunicaciones electrónicas relacionadas con la formación o el cumplimiento de un contrato al cual le es aplicable cualquier otro instrumento internacional no mencionado expresamente en la anterior lista, a menos que tal aplicabilidad haya sido excluida expresamente por el Estado adoptante de la ECC.⁴¹

La ECC excluye expresamente de su ámbito de aplicación una serie de comunicaciones electrónicas determinadas. Se trata de aquéllas relacionadas con “contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos”, así como con “(i) operaciones de un mercado de valores reglamentado, (ii) operaciones de cambio de divisas, (iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos activos financieros” y “(iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamos, de tenencia o de recompra.”⁴²

Se excluye también su aplicación a las “letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de

embarque o resguardos de almacén y cualquier otro documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercaderías o el pago de una suma de dinero.”⁴³ Estas últimas exclusiones responden a que, en el momento de redacción de la ECC, la CNUDMI aún estaba desarrollando lo que hoy es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos, de 2017, por lo que su contenido final no estaba disponible.⁴⁴

La ECC, al igual que otras convenciones anteriores de la CNUDMI, respeta la autonomía de las partes, puesto que permite a quienes celebran un contrato excluir su aplicación total o parcialmente, así como modificar los efectos de sus disposiciones.⁴⁵

Finalmente, para que aplique la ECC, es necesario que se dé una de dos circunstancias: (i) que la ley aplicable a las comunicaciones electrónicas sea la de un Estado parte, ya sea por normas de derecho internacional privado o por disposición expresa de las partes, o (ii) que las partes válidamente hayan optado expresamente por la ECC.⁴⁶

D. Disposiciones y conceptos centrales

A continuación, se hará un repaso de las disposiciones y los conceptos centrales que caracterizan la

41. ECC, artículo 20.

42. ECC, artículo 2.1.

43. ECC, artículo 2.2.

44. Castellani, 81.

45. ECC, artículo 3.

46. Castellani, 80.

ECC, con el fin de comprender su efecto en las comunicaciones electrónicas relativas a contratos mercantiles.

La ECC incorpora principios que rigen sus disposiciones y son piedra angular de su funcionamiento. Se trata de la autonomía de la voluntad, la uniformidad, la buena fe, la no discriminación, la libertad de forma, la equivalencia funcional y la inalterabilidad del derecho existente.⁴⁷

El principio de autonomía de la voluntad, ya mencionado en esta nota editorial, se consagra en el artículo 3 de la ECC. Como se indicó, permite a las partes disponer sobre la aplicabilidad de la Convención, de tal forma que pueden excluir su aplicación, así como exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.⁴⁸

El principio de uniformidad se encuentra plasmado en su artículo 5.1. Al igual que el anterior, se caracteriza por ser denominador común en múltiples tratados de derecho comercial, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la CISG. Este principio fomenta una interpretación y aplicación armónica de la Convención por parte de quienes la interpretan, independientemente del Estado en el que se encuentren. Es uno de los pilares de cualquier tratado de derecho uniforme, puesto que de poco sirve un

texto normativo que sea idéntico en todos sus Estados parte, pero que tenga una interpretación y una aplicación distinta en cada uno de ellos.

El principio de buena fe es ampliamente conocido y aplicado en tratados de derecho mercantil. Dicta que “los contratos deben ejecutarse de buena fe y que las partes deben presumirla y consagrarla, independientemente del medio que se utilice para la contratación.”⁴⁹ Cobra particular importancia en la contratación electrónica, donde es más frecuente que las partes que contratan no se conozcan personalmente.

El principio de no discriminación, propio del derecho informático, consta en el artículo 8.1. Esta disposición evita que una comunicación o un contrato sea considerado inválido o inejecutable única y exclusivamente por encontrarse en formato electrónico.⁵⁰ Así, pretende acabar con la renuencia de autoridades decisoras, ya sea judiciales, administrativas o arbitrales, de aceptar los medios tecnológicos como un medio válido para la creación de efectos jurídicos.

El principio de libertad de forma se ubica en los artículos 8.2 y 9.1. El artículo 8.2 indica que “las partes no están obligadas a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica”, pero que “su conformidad al respecto puede inferirse de su conducta.” Por su parte, el artículo 9.1

47. Fonalvo Ramos, 112.

48. ECC, artículo 3.

49. Acuña Navas y Cordero Esquivel, 23.

50. ECC, artículo 8.1.

aclara que “nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular”. Así, este principio se encarga de estipular que la Convención no impone una única forma o medio de comunicación entre las partes, sino que éstos están siempre en la libertad de escoger el que les parezca más adecuado, siempre y cuando éste se ajuste a sus gustos y necesidades.

El principio de equivalencia funcional se plasma en el artículo 9 de la ECC. Propio del derecho informático, dispone que las manifestaciones de voluntad hechas en un medio electrónico siempre tendrán los mismos efectos jurídicos que aquéllas realizadas por medios tradicionales, como el escrito.⁵¹ Se trata probablemente de uno de los más importantes que trae la Convención, puesto que tiene múltiples vertientes que aseguran el cumplimiento del objetivo de la ECC por medio de la flexibilidad de formas.

En particular, el artículo 9 hace referencia a tres conceptos fundamentales que son afectados por el principio de equivalencia funcional, que son: “por escrito”, “firmado” y “original”.

El artículo 9.2 indica que, cuando la ley exija que una comunicación o un contrato esté “por escrito” o disponga consecuencias determinadas en caso de

que no lo esté, dicho requisito será cumplido por una comunicación electrónica en tanto “la información consignada en su texto [sea] accesible para su ulterior consulta.”⁵²

El artículo 9.3 ordena que, cuando una ley exija que una comunicación o un contrato sea “firmado” por una parte o disponga consecuencias determinadas en caso de que no lo esté, dicho requisito será cumplido si se utiliza un método que cumpla con dos requisitos: (1) que determine la identidad de la parte que lo utiliza y su voluntad respecto de la información que se encuentra en la comunicación o el contrato y (2) que sea “tan fiable como sea apropiado” para los fines del contrato o comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, o, alternativamente, que se haya “demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas,” cumple las funciones del primer requisito.⁵³

Este artículo es consecuencia del principio general de equivalencia funcional en el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, que deriva del párrafo 1 del artículo 12 de la MLES e indica que el lugar de origen de una firma electrónica no puede ser un factor para determinar su validez y eficacia jurídica, sino que esta valoración debe fundamentarse exclusivamente en su fiabilidad técnica.⁵⁴ Constituye una reacción a ciertos sistemas

51. Acuña Navas y Cordero Esquivel, 17.

52. ECC, artículo 9.2.

53. ECC, artículo 9.3.

54. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of

de derecho doméstico que únicamente reconocen las firmas electrónicas extranjeras provenientes de determinados Estados, por existir acuerdos de reciprocidad con éstos o por tener una cooperación consolidada con sus operadores de firma digital.⁵⁵

El artículo 9.4 refiere a los efectos de la equivalencia funcional sobre el requisito de que una comunicación o contrato sea “original”, contenido frecuentemente en tratados mercantiles. Indica que tal requisito será cumplido por una comunicación electrónica si se verifican dos condiciones: (1) si se puede garantizar la integridad de su información desde el momento en que se generó por primera vez y de forma definitiva, ya sea como comunicación electrónica o de otro tipo, y (2) si, en caso de que se necesite proporcionar la información que la comunicación contiene, ésta puede exhibirse a la persona que la requiere.⁵⁶

La ECC también tiene disposiciones para determinar cuál es la ubicación de cada parte que participa en una comunicación electrónica o contrato electrónico; ésta suele corresponder al lugar indicado por la propia parte.⁵⁷

Finalmente, la ECC determina el tiempo y el lugar de envío y recepción de comunicaciones electrónicas. El tiempo de envío es el momento en el cual la comunicación electrónica sale del sistema de información que está bajo control de la parte que la remite, mientras que el tiempo de recepción es el momento en que la comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en una determinada dirección y éste conoce que ha sido enviada. El lugar de envío y recepción será el establecimiento de cada parte, respectivamente, el cual se determina de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior.⁵⁸

II. Fortalezas y debilidades de la Ley 8454 para regular nuevas tecnologías en el comercio internacional

En Costa Rica, no rige ningún tratado que regule la contratación electrónica y las comunicaciones electrónicas en el derecho comercial internacional. En materia de regulación del comercio electrónico y para efectos de los temas que se tratan en esta nota editorial, el principal cuerpo normativo vigente es la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, número 8454, publicada en el

electronic authentication and signature methods,” Viena (2009), 75, ¶159, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf

55. Este es el caso, por ejemplo, de Argentina, que únicamente reconoce una firma digital extranjera si (i) hay un acuerdo de reciprocidad con su país de origen o si (ii) está reconocida por una autoridad de certificación de firmas

digitales argentina y validada por la autoridad de aplicación que designa la ley; Artículo 16 de la Ley 25.506 de Firma Digital de la República de Argentina; Promoting confidence in electronic commerce, 74.

56. ECC, artículo 9.4; consúltese también el artículo 9.5, que detalla las disposiciones del artículo 9.4.

57. ECC, artículo 6.

58. ECC, artículo 10.

diario oficial La Gaceta, número 197, del 3 de octubre de 2005 (en adelante referida como la “Ley 8454”).⁵⁹

A pesar de que la MLEC y la MLES existían para la época en que se publicó la Ley 8454, ésta no las adopta total ni parcialmente, sino que constituye un cuerpo normativo por aparte que se inspira, aunque sea indirectamente, en leyes domésticas análogas de ciertos Estados, como la Ley de Firma Digital argentina.⁶⁰

Como su nombre lo sugiere, la Ley 8454, compuesta de 33 artículos, regula temas relativos al reconocimiento de documentos electrónicos y firmas digitales, así como los certificados digitales utilizados para garantizar su integridad y autenticidad.⁶¹ Esta ley ha probado ser eficaz en la implementación de los documentos electrónicos y la firma digital en Costa Rica, no solamente en temas comerciales, sino también administrativos y demás. Hoy, tanto instituciones públicas como privadas⁶² implementan la firma digital en sus funciones diarias.

59. “Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos,” Sistema Costarricense de Información Jurídica, consultado el 26 de noviembre de 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=0&strTipM=FN; Aparte de la Ley 8454, existe el proyecto de ley número 16081, que propone la promulgación de una “Ley de Comercio Electrónico”. Presentado el 6 de diciembre de 2005 por la entonces diputada Laura Chinchilla Miranda, tiene la intención de “complementar la legislación que regula el uso de la firma digital, [representaría] un elemento clave para el desarrollo del comercio electrónico en Internet, el cual vemos como día a día crece en nuestro país mediante ofertas de supermercados, aerolíneas, agentes bursátiles y bancos, todos los cuales ofrecen sus productos y servicios directamente por la red.” (Justificación del Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Expediente Legislativo número 16.081). Trata temas varios en contratación electrónica, como el consentimiento de las partes, la validez de los contratos y la jurisdicción de los tribunales costarricenses en contratación internacional. Sin embargo, este proyecto está archivado en la Asamblea Legislativa desde el 17 de febrero de 2010; José David Segura García, “La fiscalidad del comercio electrónico en Costa Rica,” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica (2012): 85, <http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/10/La-Fiscalidad-del-Comercio-Electr%C3%B3nico-en-Costa-Rica.pdf>; También existe el proyecto de ley número 19.012, que propone la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (Ley de Comercio Electrónico), presentado por la abogada Vilma Sánchez del Castillo, que “acoge en su seno referencias y normas tomadas, principalmente, de los siguientes textos: la

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2006, todas dictadas por la CNUDMI/UNCITRAL; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de España y, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, ambas de corte español.” (Justificación del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, Expediente Legislativo número 19.012).

60. Ley de Firmas Digitales, número 25.506. República de Argentina. Sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001.

61. Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, número 8454. República de Costa Rica. Publicada el 3 de octubre de 2005.

62. Actualmente, más de sesenta instituciones gubernamentales utilizan la firma digital en Costa Rica, entre los cuales se encuentran bancos, cooperativas y mutuales de ahorro y préstamo, superintendencias, instituciones estatales, ministerios, municipalidades, órganos de control, poderes de la República, colegios profesionales y universidades, entre otros; “Entidades que utilizan la Firma Digital,” Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones,” consultado el 26 de noviembre de 2018, <http://www.mifirmadigital.go.cr/fdigital/pdf/fd-instituciones.pdf>

Si bien la Ley 8454 ha permitido a Costa Rica adaptar su ordenamiento jurídico al reconocimiento de la validez y la eficacia de nuevos medios tecnológicos, se trata de un instrumento de derecho doméstico. Como tal, no está diseñado para regular situaciones que suelen presentarse en relaciones contractuales electrónicas transfronterizas, ni es particularmente anuente al reconocimiento de documentos y firmas electrónicas provenientes de otras jurisdicciones.

A pesar de esto, la Ley 8454 puede ser aplicada para resolver conflictos de carácter internacional en los cuales la ley aplicable es la costarricense. Con el fin de evaluar su aptitud para ello, se hará un breve análisis de las fortalezas y debilidades que presenta esta ley para regular comunicaciones y contratos electrónicos transfronterizos.

Probablemente, la más evidente de las fortalezas de la Ley 8454 estriba en que positiviza los principios fundamentales del derecho informático, que constituyen piedra angular para el reconocimiento de la validez y el valor jurídico de los documentos electrónicos.

El primero que se plasma en el texto legislativo es el principio de regulación mínima. Inserto en el artículo 2(a), ordena “regulación mínima y desregu-

lación de trámites”. A nivel doctrinario, este principio pretende evitar una regulación excesiva del comercio electrónico, para propiciar la aparición de nuevos negocios en Internet y el desarrollo de una sociedad telemática.⁶³

De seguido, se positiviza el principio de neutralidad tecnológica. Regulado en el artículo 2(d), prescribe “[i]gualdad de tratamiento para las tecnologías de generación, proceso o almacenamiento involucradas”.⁶⁴ Se trata de un principio reconocido a nivel internacional que propone que los Estados no favorezcan a un tipo de tecnología sobre otra, sino que traten a todas por igual, siempre que éstas cumplan con las funciones requeridas.⁶⁵

Por último, se estipula el principio de equivalencia funcional. La ley reconoce que “cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen o transmitan por medios físicos.”⁶⁶ Este principio se refleja en los artículos 3, 4 y 9 de la mencionada ley y es un instrumento importantísimo para alargar la vida útil de legislación preexistente que, al momento de su redacción, fue pensada exclusivamente para regular documentos, comunicaciones, firmas y de-

63. Antonio David Berning Prieto, “Derecho de la contratación electrónica,” *Noticias jurídicas*, 1 de junio de 2008, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4382-derecho-de-la-contratacion-electronica/>

64. Ley 8454, artículo 2(a).

65. Acuña Navas y Cordero Esquivel, 20.

66. Ley 8454, artículo 3.

más elementos en su versión tradicional, no electrónica ni informática. A partir de este principio, tales disposiciones normativas pueden ahora ser aplicadas a los equivalentes digitales de los objetos que originalmente regulaban.

Otra fortaleza de la Ley 8454 es que reconoce la validez jurídica de la firma digital, que es una útil herramienta tecnológica para expresar una voluntad determinada en relación con un documento digital. Tal validez se logra por medio de los certificados digitales, que permiten garantizar, confirmar o validar técnicamente la vinculación jurídica entre un documento, una firma digital y una persona, así como la integridad, autenticidad y no alteración de ese documento y de la firma digital asociada.⁶⁷

Esta ley regula los certificados digitales en aspectos como sus mecanismos de funcionamiento,⁶⁸ su suspensión,⁶⁹ su revocación y las entidades que los administran (entidades certificadoras).⁷⁰ Además, prevé la posibilidad de que exista interoperabilidad técnica internacional en el uso de la firma digital, de manera que en Costa Rica se reconozca la validez jurídica de ciertas firmas digitales extranjeras.⁷¹ Finalmente, el Reglamento a la Ley 8454 expande y detalla aún más en torno a los temas que introduce la ley.

La positivización de los anteriores principios y el reconocimiento de la firma digital significa un gran avance y una notable modernización en el ordenamiento jurídico costarricense. A partir de ello, Costa Rica cuenta con la materia prima para hacer frente a muchos de los nuevos fenómenos tecnológicos que se han presentado durante los últimos años y que probablemente se seguirán presentando en décadas por venir.

Sin embargo, la Ley 8454 está lejos de ser perfecta. Presenta notables debilidades, sobre todo para regular situaciones jurídicas con elementos de internacionalidad.

La primera de éstas gira en torno a su incapacidad para modernizar y alargar la vida útil de las normas internacionales vigentes en Costa Rica. Si bien la Ley 8454 establece principios fundamentales del derecho informático que actualizan la interpretación de otras leyes de la República, así como de reglamentos, decretos y otras normas de rango jerárquico inferior, estos principios no pueden ser aplicados de la misma forma a la interpretación de tratados internacionales.

Esta incapacidad, que se enfatiza en el ámbito del derecho comercial internacional, responde a un tema kelseniano de jerarquía de normas, así como

67. Ley 8454, artículo 11.

68. Ley 8454, artículo 12.

69. Ley 8454, artículo 14.

70. Ley 8454, sección II.

71. Ley 8454, artículo 13.

a principios de uniformidad e interpretación autónoma que normalmente rigen en los tratados de esta rama.⁷² De ello resulta que lo dispuesto por la ley doméstica de un Estado en particular no tiene mayor injerencia sobre la interpretación y la aplicación de las disposiciones normativas de tratados y convenciones. Por lo tanto, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 8454, importantes tratados internacionales en derecho comercial que se encuentran vigentes en Costa Rica, como la CISG y la Convención de Nueva York, quedan potencialmente desprotegidos ante la aparición de nuevas tecnologías, la utilización de la firma digital y la digitalización de los contratos y las comunicaciones en general.

Una segunda debilidad de la Ley 8454 radica en el criterio utilizado para el reconocimiento de firmas digitales provenientes de otros Estados. Al igual que la Ley de Firma Digital argentina, la costarricense utiliza un criterio territorialista para reconocer la validez de firmas y certificados digitales extranjeros. Esto significa que nuestro ordenamiento jurídico únicamente reconoce pleno valor y eficacia jurídica a un certificado digital extranjero cuando esté respaldado por un certificador registrado en Costa Rica, por existir una relación de correspondencia con el certificador extranjero, o cuando cumpla con los requisitos técnicos establecidos en el

Reglamento a la Ley 8454 y exista un acuerdo de reciprocidad entre Costa Rica y su país de origen.⁷³

Esta forma de tratar las firmas digitales extranjeras constituye una complicación burocrática y una limitación innecesaria a su implementación en transacciones internacionales. La Ley 8454 no parece dar una buena razón para rechazar el reconocimiento de una firma digital que, aunque provenga de un Estado con el cual Costa Rica no mantenga reciprocidad internacional ni interoperabilidad técnica, sí cumpla con todos los requisitos técnicos y de seguridad informática que aseguren su autenticidad y fiabilidad.

Otro punto débil que presenta la Ley 8454 es que, a nivel de derecho comparado, no constituye un instrumento de derecho uniforme. Esto repercute en la confianza que puedan tener comerciantes extranjeros a la hora de hacer negocios en los que la ley costarricense sea –al menos potencialmente– aplicable. En caso de surgir una controversia, se tendrían que enfrentar con un cuerpo normativo desconocido cuya interpretación les es desconocida. Esta situación tiene repercusiones innegables sobre el comerciante costarricense, así como sobre aquél que tenga establecimientos comerciales en Costa Rica o, de una u otra forma, mantenga lazos con su

72. Por ejemplo, los principios de uniformidad y de interpretación autónoma que se plasman en el artículo 7 de la CISG.

73. Ley 8454, artículo 13.

ordenamiento jurídico. Esta problemática incluso desincentiva la inversión extranjera en este país.

Otros Estados han incorporado a sus ordenamientos leyes modelo —como la MLES y la MLEC— que les garantizan normas de avanzada, de prestigio internacional y sujetas a una interpretación uniforme. Lamentablemente, éste no es el caso de Costa Rica.

Finalmente, la Ley 8454, por su innegable naturaleza de derecho doméstico, no da soluciones a problemas recurrentes y controversiales en la aplicación de normas preexistentes para regular las comunicaciones y la contratación electrónica internacional. Esto se refiere, por ejemplo, a cómo determinar conceptos como la “ubicación de las partes”, el “tiempo y lugar de envió” y el “tiempo y lugar de recepción” de las comunicaciones. Así, en caso de existir controversia en torno a un contrato o una comunicación electrónica internacional, se deja la determinación de estos conceptos abierta para la interpretación subjetiva de cortes judiciales y tribunales arbitrales, lo cual resulta en inseguridad jurídica para las partes implicadas.

III. Beneficios que traería la adhesión de Costa Rica a la ECC.

La adhesión de Costa Rica a la ECC traería una serie de beneficios para su ordenamiento jurídico, que se verían reflejados en mejoras relativas a seguridad jurídica, modernización y uniformidad.

La incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico implicaría una drástica reducción en la incertidumbre que actualmente experimentan las partes que, bajo el amparo de la ley costarricense, celebran un contrato internacional utilizando medios puramente electrónicos y empleando tecnologías modernas, como la firma digital.

Siempre que este negocio jurídico cumpla con los presupuestos ya mencionados —previstos por el Capítulo I de la Convención—, la ECC será garante de la validez y la eficacia de tal acuerdo de voluntades, por lo que recibirá la protección que brinda el Estado de Derecho. Esto incentivará el uso de nuevas tecnologías y dará vía libre para la implementación de las venideras, lo cual dotará al comercio internacional costarricense de una ventaja competitiva con respecto a otros de la región.

La ECC impondría criterios amplios, internacionales y uniformes para el reconocimiento de principios que, aunque ya conocidos en el ordenamiento costarricense, pueden no estar integralmente desarrollados o verse inevitablemente alterados por normas e interpretaciones domésticas. Su adopción aseguraría que las posibles variaciones en la aplicación del principio de equivalencia funcional a nivel

nacional no obstaculicen la validez de transacciones electrónicas internacionales.⁷⁴ Por ejemplo, la Convención regularía expresamente la equivalencia funcional en conceptos fundamentales de los medios tradicionales, como “por escrito” y “original”, lo cual no sucede en el ordenamiento doméstico costarricense. Además, establecería criterios amplios para la equivalencia funcional de una “firma manuscrita”. De esta manera, garantizaría la validez de comunicaciones y contratos electrónicos internacionales que sean sometidos a normativa que exija requisitos de escritura y originalidad en el sentido tradicional.

Estas particularidades de la Convención incluso podrían orientar al legislador costarricense para implementar disposiciones análogas que sean aplicables y beneficien los contratos y las comunicaciones comerciales domésticas.

La entrada en vigencia de la ECC implicaría la derogación del artículo 13 de la Ley 8454, de modo tal que se pasaría de un criterio territorialista a un criterio de fiabilidad técnica para determinar la validez de una firma digital extranjera en el ordenamiento jurídico costarricense. Para que sea eficaz en Costa Rica, ya no sería necesario que la firma digital en cuestión provenga de un país con el cual exista reciprocidad e interoperabilidad técnica, ni que el certificador que la haya emitido mantenga

corresponsalía con uno costarricense, sino que bastaría con que cumpla con criterios técnicos suficientes para garantizar su autenticidad y la fiabilidad. Así, el ordenamiento costarricense promovería la no discriminación de las firmas digitales en virtud de su lugar de procedencia y daría importancia únicamente a su potencial para garantizar verdadera autenticidad.

Esto es un claro beneficio para el comercio internacional de este país, puesto que la posibilidad de utilizar firmas digitales en transacciones transfronterizas no se limitaría únicamente a Estados determinados, sino que estaría abierta a cualquiera que demuestre tener lo necesario para implementar un sistema seguro y confiable. Así, las bondades de estas nuevas tecnologías podrían ser utilizadas sin importar la procedencia de las partes contratantes. Esta postura progresista invita a comerciantes de todo el mundo a negociar libre y eficientemente con costarricenses.

La Convención facilitaría en Costa Rica el uso de medios electrónicos al aplicar tratados que fueron redactados antes de que el uso de comunicaciones electrónicas fuera común. Por su rango en la jerarquía de normas y su carácter vinculante, la ECC es el instrumento ideal para remover los obstáculos de requerimientos de forma que puedan presentarse en estos contextos. En este sentido, sería más eficaz

74. Castellani, 87.

que cualquier ley doméstica –incluso aquella basada en una ley uniforme– y que cualquier instrumento de derecho blando (*soft law*).⁷⁵

Su efecto alcanzaría, por ejemplo, la CISG y la Convención de Nueva York, cuya importancia en el derecho comercial internacional es ampliamente conocida, pero que contienen requisitos que podrían limitar el uso de comunicaciones electrónicas.⁷⁶ Asimismo, en caso de ser ratificada, podría afectar a la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. De esta misma forma, beneficiaría la interpretación de cualquier otro tratado vigente en Costa Rica que contenga términos propios de tecnologías tradicionales, puesto que alargaría su vida útil y les permitiría evolucionar de la mano con la realidad del comercio internacional.

Llama especialmente la atención el caso de la Convención de Nueva York. Se trata de un tratado longevo⁷⁷ que, hasta la fecha, sigue siendo piedra angular de la ejecución de laudos a nivel mundial. Sin embargo, puede ponerse en tela de duda su capacidad de reconocer la validez de acuerdos arbitrales

plasmados en nuevos medios electrónicos, lo cual supondría el preludio de una pronta y preocupante obsolescencia. En particular, se menciona la posibilidad de perfeccionar un acuerdo arbitral en un sistema de cadena de bloques,⁷⁸ que ofrece significativas ventajas en temas de autenticidad, practicidad y eficiencia, pero que no necesariamente cumple con los requisitos del artículo II, que exige que tal acuerdo conste “por escrito” y esté “firmado” por las partes. Por otro lado, en su artículo IV, la Convención de Nueva York exige, para el reconocimiento y la ejecución de un laudo, que se presente el “original” o una copia “autenticada” de éste. Estos requerimientos, en principio y en su literalidad, tampoco podrían ser cumplidos por un laudo emitido en la cadena de bloques.

La ECC podría solventar la problemática descrita. Sus disposiciones ordenarían que tales requerimientos sean interpretados con base en principios y parámetros que, incluso en un contexto de cadena de bloques, permiten reconocer la validez de acuerdos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución laudos bajo la Convención de Nueva York. Esto se

75. Un instrumento internacional de derecho blando que suele utilizarse para adaptar la Convención de Nueva York a la utilización de nuevas tecnologías en la formación de acuerdos arbitrales es la “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones. Si bien este instrumento es de utilidad para permitir el reconocimiento de acuerdos arbitrales celebrados en medios de contratación electrónica, debe

recordarse que, por su naturaleza de derecho blando, no puede garantizar dicho resultado, mas simplemente propiciarlo.

76. En el caso de la CISG, el término “por escrito” se encuentra plasmado en los artículos 11, 12, 13, 21, 29 y 96.

77. Como se mencionó anteriormente, la Convención de Nueva York data de 1958.

78. Marika R. P. Paulsson, “The Blockchain ADR: Bringing International Arbitration to the New Age,” *Kluwer Arbitration Blog*, 8 de octubre de 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/09/blockchain-adr-bringing-international-arbitration-new-age/>

traduce en un claro beneficio para el ordenamiento jurídico costarricense, que se modernizaría notablemente y superaría, en estos términos, incluso a los más prestigiosos ordenamientos a nivel mundial.

Finalmente, la adopción de la Convención supondría un aumento en el prestigio internacional de Costa Rica en términos comerciales y de desarrollo. El país se ajustaría a un nuevo estándar legislativo mundial en términos de comercio electrónico transfronterizo, cuya importancia ha sido reconocida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”),⁷⁹ a la cual Costa Rica pretende adherirse en un futuro cercano.⁸⁰ Estos cambios legislativos realzarían la imagen del país y lo calificarían como un socio comercial dispuesto a ajustarse a las más modernas tendencias del mercado internacional y del desarrollo tecnológico.

IV. Conclusiones

Durante las últimas décadas, el rápido incremento de las tecnologías de la información disponibles para el ciudadano promedio ha impregnado el comercio internacional de nuevas formas de comunicación que antes eran desconocidas e inimaginables.

Como sucede con todo nuevo fenómeno social, este cambio vanguardista nació desregulado y es ahora labor del derecho —siempre a la retaguardia— dotarlo de un marco normativo que le otorgue reconocimiento y valor jurídico.

Nuevas tecnologías sustituyen cada vez más ampliamente a sus equivalentes tradicionales. Frente a estas nuevas formas, la vigencia y aplicabilidad de prestigiosos y exitosos tratados internacionales existentes se tornan cuestionables, lo cual podría resultar en un retroceso significativo para el derecho comercial internacional.

Ante ello, en 2005, la CNUDMI promulgó la ECC, que entró en vigor en 2013 y ha sido adoptada por once Estados. Inspirada ampliamente en la MLEC y la MLES, se le considera uno de los tratados de la CNUDMI más exitosos de los últimos años. Actualmente, se encuentra en la mira de países de todo el mundo y se prevé que el número de Estados miembros siga creciendo con regularidad.

El objetivo principal de la ECC gira en torno a eliminar obstáculos jurídicos para la utilización de comunicaciones electrónicas en Estados con diferentes tradiciones jurídicas, sociales y económicas. Promueve el reconocimiento transfronterizo del valor jurídico de comunicaciones y firmas digitales y

79. Organisation for Economic Co-operation and Development, “Electronic and Mobile Commerce”, OECD Digital Economy Papers, número 228, OECD publishing, 2013, 26, <http://dx.doi.org/10.1787/5k437p2gxw6g-en>

80. “Costa Rica y la OCDE,” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, consultado el 10 de diciembre de 2018, <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/costa-rica-y-la-ocde.htm>

facilita el uso de medios electrónicos en relación con la aplicación de tratados redactados antes del advenimiento y la implementación generalizada de las comunicaciones electrónicas.

La Convención se aplica al empleo de comunicaciones electrónicas relativas a la formación y el cumplimiento de contratos cuyas partes se encuentran en Estados distintos. Contempla una amplia gama de acuerdos privados de voluntad, como, por ejemplo, los compromisos arbitrales. Además, dispone expresamente que sus disposiciones servirán para interpretar el contenido de tratados anteriores, como la Convención de Nueva York y la CISG. Por su parte, excluye expresamente ciertos escenarios de su ámbito de aplicación, como es el caso de los contratos con fines personales, familiares o domésticos.

Entre sus disposiciones y conceptos centrales, la ECC incorpora los principios de autonomía de la voluntad, uniformidad, buena fe, no discriminación, libertad de forma, equivalencia funcional e inalterabilidad del derecho existente. De éstos, la mayoría pertenece a una novedosa generación de principios propios del derecho informático. Establece la posibilidad de interpretar requisitos aplicables a tecnologías tradicionales, como aquéllos determinados por los términos “por escrito”, “firmado” y “original”, de forma tal que puedan ser cumplidos por los nuevos medios digitales. Además, establece criterios para poder determinar la

ubicación de partes al momento de comunicarse y contratar electrónicamente, así como el tiempo en que ocurrió el envío y la recepción de estas comunicaciones.

Estados de todo el mundo tienen ahora la opción de adherirse a la Convención. Este es el caso de Costa Rica, un país que, desde sus inicios, le ha apostado al comercio internacional para garantizar el bienestar de su población.

En Costa Rica, no rige ningún tratado que regule las comunicaciones electrónicas y la contratación electrónica en el derecho comercial internacional. A nivel doméstico, la regulación de nuevas tecnologías de comunicación y de la firma digital gira en torno a la Ley 8454, que se inspira en leyes domésticas análogas de otros Estados, pero que no responde a la MLEC ni a la MLES. Regula el reconocimiento de documentos electrónicos y firmas digitales e introduce al ordenamiento jurídico principios fundamentales del derecho informático, como el principio de regulación mínima, el de neutralidad tecnológica y el de equivalencia funcional.

Sin embargo, la Ley 8454 no es ideal para regular las comunicaciones electrónicas y la contratación electrónica transfronteriza. No es eficaz para adaptar la aplicación de tratados internacionales existentes a las nuevas tendencias tecnológicas del comercio internacional. Además, obstaculiza la implementación transfronteriza generalizada de la firma digital. Por otro lado, no constituye un instrumento

de derecho uniforme, lo cual repercute en la confianza de comerciantes extranjeros a la hora de hacer negocios en los que la ley costarricense sea aplicable. Finalmente, por su naturaleza doméstica, no resuelve problemas que frecuentemente se presentan en la contratación electrónica internacional, como la determinación de la ubicación de las partes, el tiempo y lugar de envío y el tiempo y lugar de recepción de las comunicaciones. Esto expone a las partes a la interpretación de cortes judiciales y tribunales arbitrales, lo cual resulta en inseguridad jurídica.

Ante este panorama, la adhesión de Costa Rica a la ECC traería una serie de atractivos beneficios:

- Reduciría considerablemente la incertidumbre relacionada con la utilización de medios electrónicos en contratación internacional, siempre que la ley costarricense sea aplicable. Esto incentivaría el uso de nuevas tecnologías, que suele traer emparejada mayor eficiencia.
- Modernizaría el ordenamiento jurídico costarricense. Este efecto podría extenderse al ámbito doméstico, puesto que el legislador podría tomar normas y principios de la ECC para implementarlos en legislación nacional. Esto aseguraría que las mismas reglas apliquen a transacciones nacionales e internacionales, lo cual evitaría que exista un régimen jurídico dual en el que sea necesario

determinar la naturaleza internacional o doméstica de cada caso para definir las reglas aplicables. Para ello, vale la pena evaluar la incorporación de la MLEC y la MLES al ordenamiento jurídico costarricense.

- Facilitaría el reconocimiento de firmas electrónicas extranjeras, de forma que aplicaría un criterio más razonable para el reconocimiento de su validez.
- Posibilitaría el uso de medios electrónicos al aplicar tratados que existen desde hace décadas, como la Convención de Nueva York y la CISG. Incluso, abriría la puerta al arbitraje internacional basado en nuevas tecnologías, como la cadena de bloques, que ofrece una mayor garantía de autenticidad y seguridad de los documentos implicados.
- Aumentaría el prestigio del ordenamiento jurídico costarricense ante la comunidad internacional, lo cual es de gran importancia para Costa Rica, sobre todo si se considera su interés en adherirse a la OCDE.

Si bien es cierto que los principales aliados comerciales de Costa Rica no han suscrito la ECC, esto no debe desalentar su adopción. Tales países, como los Estados Unidos de América y varios Estados europeos, gozan de una alta integración económica que les es exclusiva y les permite una más sencilla homogenización jurídica en temas de comercio

electrónico. Costa Rica no tiene esta ventaja, por lo que la adhesión a la Convención le ofrece una valiosa alternativa.

Finalmente, vale acotar que, a pesar de que la adhesión de Costa Rica es importante para el país, esta acción, por sí sola, estaría lejos de cumplir el verdadero objetivo de la Convención. Para lograr verdadera uniformidad en el tratamiento de las comunicaciones electrónicas internacionales, es preciso que este tratado sea adoptado por una amplia gama de Estados. Para conseguirlo, la responsabilidad recae sobre los profesionales en derecho, que tienen la responsabilidad de difundir su contenido y abogar por su adopción. Esta labor pesa particularmente sobre la comunidad de especialistas en arbitraje, que se vería especialmente beneficiada por esta Convención, pero que, lastimosamente, no ha mostrado suficiente interés en ella.⁸¹

81. Castellani, 96.

Towards an International Court Against Terrorism: An Analysis of the Added-Value of Establishing such a Court

Tainá Garcia Maia*

Resumen: Desde 2001, el combate al terrorismo se consolidó como una de las grandes cuestiones en la agenda de organizaciones internacionales y en discusiones bilaterales dirigidas a promover una respuesta más efectiva al terrorismo, incluso a nivel judicial. El presente artículo se propone comparar dos estrategias de contraterrorismo: de un lado, el establecimiento de una corte internacional contra el terrorismo; de otro, el combate al terrorismo por medio del ejercicio de la jurisdicción doméstica de los Estados, asistido por la cooperación internacional. Al largo de este análisis, el artículo promoverá una discusión constante de derechos humanos, lo que se justifica por la percepción de que contraterrorismo y derechos humanos son dos caras de una misma moneda, y cualquier separación entre los dos es artificial y no contribuye a una estrategia efectiva de contraterrorismo.

Palabras claves: contraterrorismo; derechos humanos; corte internacional contra el terrorismo; análisis comparativo.

Abstract: From 2001 onwards, counterterrorism has been a major issue in the agenda of international organizations and in bilateral discussions aimed at the promotion of a more effective response to terrorism, including at the Judiciary level. The present article aims to analyse whether there is an added-value in establishing an international court against terrorism, in comparison to domestic prosecution with the assistance of international cooperation. Throughout this analysis, the paper will engage in a constant discussion of human rights law. This is justified by the understanding that counterterrorism and human rights are two sides of a same coin, and any separation of the two is artificial and does not contribute to an effective counterterrorism strategy.

Key words: counterterrorism; human rights law; international court against terrorism; added value.

* Tainá Garcia Maia is finalizing her Master studies in Theory and Practice of Human Rights at the University of Oslo (Norway) and has a Law degree from the Federal University of Minas Gerais (Brazil). She recently completed a stay as a visiting professional in the Inter-American Court of Human Rights, and was awarded the Fritt Ord Student Scholarship for her Master thesis. Contact information: tainagm@hotmail.com.

1 INTRODUCTION

In 2015, Spain and Romania initiated consultations on the creation of an international court against terrorism. Two years later, at the opening of the 72nd session of the United Nations (UN) General Assembly, the Romanian President reiterated his country's commitment to the creation of this court. While the idea of creating an international court against terrorism is not completely new and has even been the object of academic debate, it "regained momentum as a result of [the] joint Romanian-Spanish initiative", as noted by Luca Pantaleo and Olivier Ribbelink.¹

It is uncertain whether the Spanish-Romanian proposal will succeed. Yet, even if this proposal does not gain support within the international community, it is of great relevance to analyse the added value of an international court against terrorism. Since 2001, terrorism has been a major issue in the public debate and in international relations, and the discussion on international or quasi-international alternatives to the prosecution of acts of terrorism has been present for too long to be ignored. Additionally, the scale and frequency of terrorist attacks point to the likelihood of a search for a more effective response, including at the Judiciary level.

In this context, the present article aims to answer whether there is an added-value in establishing an international court against terrorism, instead of relying exclusively on the prosecution for terrorist acts at domestic courts, with the assistance of international cooperation. Section 2 of the paper will present the legal basis for the exercise of domestic jurisdiction over acts of terrorism and introduce some advantages and disadvantages of prosecution for these acts at the national level. Section 3 will conduct the same analysis with regards to an international court against terrorism. The final section will reach a tentative conclusion on whether there is an added value on establishing an international court against terrorism. Throughout this analysis, the paper will engage in a constant discussion of human rights law. This is justified by the understanding that counterterrorism and human rights are two sides of a same coin, and any separation of the two is artificial and does not contribute to an effective counterterrorism strategy.²

While defining terrorism is not the purpose of the paper, it is necessary to introduce the definition that is used as a basis for the analysis here conducted. After all, how can the reader comprehend the discussion on prosecution for acts of terrorism, without knowing what the author understands as con-

¹ Luca Pantaleo, Olivier Ribbelink (2016) "The Establishment of a Special Court against Terrorism". *EJIL: Talk!*

² Cf. Karima Bennouna (2008) "Terror/Torture", 26 *Berkeley Journal of International Law*.

stituting such an act? This paper adopts the definition proposed by Louise Richardson, according to whom terrorism “simply means deliberately and violently targeting civilians for political purposes”.³ Terrorism can be committed during an armed conflict or at peace times. It can be widespread and systematic or simply sporadic.

2 PROSECUTION AT THE DOMESTIC LEVEL

2.1 Legal basis

Prosecution at the domestic level for acts of terrorism is both a right of states and an obligation under certain treaties. This will be explained in the two sub-sections below.

2.1.1 *Right to prosecute at domestic courts: an exercise of jurisdiction*

The right of states to prosecute a person for acts of terrorism at their domestic courts derives from the concept of jurisdiction. The word “jurisdiction” is used in international and human rights law with multiple meanings. The one relevant for the purposes of this paper is jurisdiction in general inter-

national law. In general international law, “jurisdiction” refers to the power of a state to regulate conducts.⁴ This power derives from the sovereignty of the state and manifests itself through the state’s authority to prescribe laws (prescriptive jurisdiction), enforce them (executive jurisdiction) and adjudicate (judicial jurisdiction). This section focuses on judicial jurisdiction (also known as adjudicatory and curial jurisdiction⁵), that is, the authority of the state to settle legal disputes through its courts. It is due to the judicial jurisdiction of a state that it has the power and the right to prosecute someone at its domestic courts for an act of terrorism.

States normally exercise their domestic jurisdiction over conducts that took place in their own territory. However, in certain cases, a state might have an interest in exercising its jurisdiction extraterritorially, that is, with regards to acts committed outside its territory. This is particularly evident in the case of terrorist attacks. Take as an example the November 2015 terrorist attacks in Paris. As reported by BBC News, on 13 November 2015, “gunmen and suicide bombers hit a concert hall, a major stadium, restaurants and bars, almost simultaneously – and

³ Louise Richardson (2006) “What Terrorists Want”, *New York Times*, available at: <<http://www.nytimes.com/2006/09/10/books/chapters/0910-1st-rich.html>> [last access in 24 November 2017].

⁴ Cf. Marko Milanović (2008) “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”. *Human Rights Law Review*, vol. 8, p.10.

⁵ Ibid.

left 130 people dead and hundreds wounded”.⁶ Among the victims, there were French nationals, as well as individuals from other nationalities, including Portuguese, Spanish, Moroccan and Mexican.⁷ Could Mexico, for instance, exercise its judicial jurisdiction over persons suspected of involvement in the Paris attacks? In other words, could Mexico prosecute those suspects in its domestic courts? The answer is positive, for the reasons explained below.

Today, the prevalent view is that jurisdiction is primarily territorial, and the exceptions to the principle of territoriality depend on the existence of norms of international law that expressly allow for the exercise of extraterritorial jurisdiction.⁸ The principles that are generally recognized as the basis for the extraterritorial exercise of jurisdiction are: (i) the principle of active nationality; (ii) the principle of passive nationality; (iii) the protective principle; and (iv) the principle of universality.⁹

Under the active nationality principle, a State may regulate the conduct of its nationals.¹⁰ Thus, if a

foreign terrorist fighter from Norway travels to Syria, Norway is entitled to prosecute that person for his/her conduct that took place in Syria, as long as the conduct is criminalised under Norwegian law, and the Norwegian criminal law authorises the application of the active nationality principle. The passive nationality principle, for its turn, entitles a state to prosecute an individual for a conduct that directly affected nationals of the state in question.¹¹ It is because of this principle that Mexico, for example, would be entitled to prosecute persons accused of being involved in the Paris attacks, as long as Mexican criminal law criminalizes the conduct and authorises the application of the principle of passive nationality.

The protective principle entitles a state to “punish persons who seek to harm its most vital interests”.¹² The use of this principle in the exercise of extraterritorial jurisdiction in counterterrorism is well illustrated by John Depue. Depue explains that, in 2004, the United States (US) passed the Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004, which expanded the jurisdiction of the US to

⁶ “Paris attacks: What happened on the night”, *BBC News*, 9 December 2015, available at: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-34818994>> [last access in 5 November 2017].

⁷ Helen Davidson and agencies, “Identities of Paris terror attack victims from more than a dozen countries emerge. The names of the 129 people killed in Friday night’s attacks start to come to light as other friends and family continue to search”, *The Guardian*, available at: <<https://www.theguardian.com/world/2015/nov/15/paris-attacks-identities-of-victims-from-more-than-a-dozen-countries-emerge>> [last access in 5 November 2017].

⁸ Cf. Antonio Cassese. Gaeta Paola. Laurel Baig. Mary Fan. Christopher Gosnell. Alex Whiting (2013) *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 3rd edition, p.272; cf. International Court of Justice. Joint separate opinion of judges Higgins, Kooijmans e Buerghenthal. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of Congo v. Belgium), 14 February 2002, para. 51.

⁹ Milanović, *supra* note 4, p.11-12; cf. Duffy, *supra* note 1, p.152-156.

¹⁰ Milanović, *ibid*.

¹¹ *Ibid*.

¹² *Ibid*, p.11.

cover material support to foreign terrorist organizations (FTO), even when such support is provided outside the US and by a foreign national.¹³ Depue explains that “[t]he justification for the assertion of such jurisdiction is that, by providing assistance to an FTO – which by definition presents a threat to the security of the United States – the defendant engages in conduct which, itself, threatens the security of the United States. This rationale is supported by the ‘protective’ theory of extraterritorial jurisdiction”.¹⁴ According to Noah Bialostozky, this has “recently become a primary prosecutorial tool in US counterterrorism efforts”.¹⁵

Finally, the principle of universality allows for any state to exercise its jurisdiction over certain serious crimes, even when those crimes were committed by foreigners, against foreigners and in a foreign territory. Helen Duffy explains that the reason lying behind the principle of universality is the understanding that certain serious crimes “injure not only individual victims but the international community as a whole”.¹⁶ Examples of such crimes would be crimes against humanity and war

crimes.¹⁷ An act of terrorism may, under certain circumstances, amount to war crime or crime against humanity and thus be subject to universal jurisdiction, as long as this type of jurisdiction is implemented in the national law of a given state. The circumstances under which an act of terrorism will constitute a war crime or a crime against humanity will be briefly explained below.

War crimes are serious infringements of international law (either customary or treaty law) that entail individual criminal responsibility and that are committed during an armed conflict.¹⁸ Some of the acts that may amount to war crimes include willful killing, willfully causing great suffering, serious injury to body or health, extensive destruction of property and intentionally directing attacks against the civilian population or civilian objects.¹⁹ These acts may be committed through “terrorist’ tactics or methods”.²⁰ Hence, acts of terrorism committed during an armed conflict may amount to a war crime. Moreover, spreading terror among the civil-

¹³ Cf. United States Code § 2339B – Providing material support or resources to designated terrorist organizations. Available at: <<https://www.law.cornell.edu/us-code/text/18/2339B>> [last access in 5 November 2017].

¹⁴ John Depue (2007) “Fundamental Principles Governing Extraterritorial Prosecutions— Jurisdiction and Venue”, *The United States Attorneys’ Bulletin*, volume 55, number 2, p.6.

¹⁵ Noah Bialostozky (2013) “Extraterritoriality and National Security: Protective Jurisdiction as a Circumstance Precluding Wrongfulness”, *Columbia Journal of Transnational Law*, issue 52, p.632.

¹⁶ Duffy, *supra* note 1, p.153.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Cf. International Criminal Court for the Former Yugoslavia, Trial Chamber Judgement, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, 31 January 2005, para.218.

¹⁹ Cf. United Nations General Assembly (UNGA), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, Art. 8.

²⁰ Duffy, *supra* note 1, p.135.

ian population is, in itself, prohibited in international humanitarian law²¹ and is arguably a war crime.²²

Similarly, acts of terrorism may amount to crimes against humanity. A crime against humanity is “a serious attack on human dignity or a grave humiliation or degradation of one or more persons”, committed during an armed conflict or in peace time, as “part of a widespread or systematic practice that either forms part of a policy by a government, a *de facto* political authority or an organized political group or is tolerated, condoned, or acquiesced in by the aforementioned government, authority or group”.²³ Examples of conduct that may amount to this crime include murder, persecution and inhumane acts that intentionally cause great suffering.²⁴ Applying these concepts to terrorism, one can note that the acts listed above can be committed as part of a terrorist attack. Additionally, acts of terrorism tend to be, by definition, grave attacks on human dignity. If they are widespread or systematic, and part of a policy of a state or a non-state group, they may amount to a crime against humanity.²⁵

Conclusively, there is a wide basis under international law for a state to have jurisdiction over acts of terrorism, even if they are committed abroad. Often, more than one state will have the right to exercise its jurisdiction over the same terrorism act. In the next section, the paper will explain how the exercise of domestic jurisdiction over an act of terrorism is not only a prerogative of states, but also an obligation under international law.

2.1.2 *Obligation to prosecute*

Human rights treaties impose on states an obligation to prosecute or extradite alleged perpetrator of offences that violate human rights. While there is no obligation to prosecute or extradite as such in human rights treaties, such an obligation might be understood as implicit, both in the human right to an effective remedy and in the obligation of states to protect and fulfil human rights.²⁶ Turning first to the right to an effective remedy, imagine a situation in which a state carries out an act of terrorism. Acts of terrorism may violate a series of fundamental rights and freedoms, such as the right to life, prohibition against torture, right to liberty and security, freedom of assembly, freedom of expression

²¹ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (AP I)*, 8 June 1977, Article 51(2); ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, Article 13(2).

²² Duffy, *supra* note 1, p.136-137.

²³ Cassese, *supra* note 19, p.90-91.

²⁴ Duffy, *supra* note 1, p.126.

²⁵ Ibid, p.133-134.

²⁶ UNGA, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, Art. 2(3)(a); cf. Organization of American States, *American Convention on Human Rights*, 22 November 1969, Art.25; Council of Europe, *European Convention on Human Rights*, 4 November 1950, Art.13

and the right to the highest attainable state of health. The persons whose human rights were violated by state terrorism (or family members of persons who died or disappeared as a result of it) have the right to an effective remedy. Domestic prosecution for acts of terrorism is thus an important instrument for a state to fulfil its obligation to provide an effective remedy for violations of human rights.

The obligation to prosecute may also be deduced from the obligation of states to protect and fulfil human rights. Every human rights norm creates an obligation upon states bound by it to respect, protect and fulfil the right in question.²⁷ The obligation to respect means to “refrain from interfering with the enjoyment [of human rights]”.²⁸ The obligation to protect “requires measures by the state to ensure that enterprises or individuals do not deprive [other] individuals [of human rights]”.²⁹ Finally, the obligation to fulfil encompasses facilitating “opportunities by which the rights (...) can be enjoyed”³⁰, and fulfilling “the rights of those who otherwise cannot enjoy their (...) rights”.³¹ While the obligation to respect is negative (“refraining”

from interfering), the obligations to protect and fulfil are positive.

Prosecuting an act of terrorism can produce a deterrence effect and thus is a relevant measure for states to take in ensuring “that enterprises or individuals do not deprive [other] individuals”³² of their human rights. Furthermore, conducting an investigation and prosecuting is a necessary measure for states “to ensure the free and full exercise” of human rights.³³ Therefore, the obligation to prosecute derives from the obligation of states to protect and fulfil. This understanding is supported by Helen Duffy, according to whom “[the] duty *aut dedere aut judicare* – to extradite or prosecute – is (...) interpreted as implicit in the positive duty to ensure rights under more general human rights instruments”.³⁴

Furthermore, the obligation to prosecute or extradite is made explicit in certain treaties. Examples are grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, torture, taking of hostages and unlawful seizure of aircraft. Acts of terrorism may take the form of any of the abovementioned conducts.

²⁷ Cf. Olivier de Schutter (2014) *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*. 2nd edition. Cambridge University Press [ebook], Chapter 3.

²⁸ Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (1997), para.6; African Commission on Human and Peoples’ Rights. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*. Comm. No.155/96 (2001), para.45.

²⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights

(1999). *General Comment No.12, The Right to Adequate Food (Art. 11)*. E/C.12/1999/5, paras.15.

³⁰ Economic and Social Council (1999). *The right to adequate food and to be free from hunger*. E/CN.4/Sub.2/1999/12, para.52(c).

³¹ Ibid, para.52(d).

³² CESCR General Comment 12, *supra* note 19.

³³ Inter-American Court of Human Rights, Judgment, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 29 July 1988, para.176

³⁴ Duffy, *supra* note 1, p.161.

As explained above, acts of terrorism may constitute a war crime. One category of war crimes are the grave breaches of the Geneva Conventions of 1949.³⁵ Grave breaches are serious violations of the law of international armed conflicts, regulated under the four Geneva Conventions and their Additional Protocol I (AP I).³⁶ Examples of grave breaches are wilful killing of civilians, wilfully causing great suffering, taking of hostages and launching an indiscriminate attack in the knowledge that it will have adverse effects on civilian life and civilian objects.³⁷ The Geneva Conventions of 1949, now universally ratified, set an obligation upon states parties to either exercise universal jurisdiction over the grave breaches or, alternatively, to extradite the alleged perpetrator to another country capable and willing to conduct the prosecution.³⁸ A similar provision is found in the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which sets upon state parties an obligation to establish universal jurisdiction over acts of torture, as well as an obligation to prosecute or extradite.³⁹

2.2 Advantages and disadvantages of domestic prosecution for acts of terrorism

2.2.1 *Advantages: a more straightforward approach, a nationally-led process and the possibility of international co-operation*

The paper will analyse three advantages of domestic prosecution for acts of terrorism, namely: (i) domestic prosecution of acts of terrorism is a more straightforward approach; (ii) it constitutes a nationally-led process, which contributes to the process of healing of the state and its society; and (iii) some obstacles of domestic prosecution can be circumvented through international cooperation.

Firstly, as shown above, there is a wide basis under international law for a state to have jurisdiction over acts of terrorism. Indeed, it is hard to conceive any act of terrorism not falling within the domestic jurisdiction of at least one state, if not more. Moreover, even if acts of terrorism do not amount to an international crime, a state may still exercise jurisdiction over such acts, because they constitute common crimes. As Hellen Duffy explains,

³⁵ Rome Statute, *supra* note 19, Art. 8(2)(a).

³⁶ AP I, *supra* note 21, Art.85(3); ICRC, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 12 August 1949, Art.50; ICRC, *Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 12 August 1949, Art.51; ICRC, *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, 12 August 1949, Art.130; ICRC, *Convention (IV)*

relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, Art.147.

³⁷ Ibid.

³⁸ GC I, *ibid*, Art.49; GC II, *ibid*, Art.50; GC III, *ibid*, Art.129; GC IV, *ibid*, Art.146.

³⁹ UNGA, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, Art.5 and 7; cf. International Court of Justice, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 July 2012.

whether or not acts of terrorism will amount to war crimes or crimes against humanity, and “[w]hether or not domestic law criminalises terrorism as such, it will inevitably prohibit murder or attacks on the physical integrity of persons or on property”.⁴⁰ For this reason, domestic prosecution can be qualified as the most straightforward approach.⁴¹

Secondly, when a domestic trial takes place in the country where the terrorist attack occurred or whose nationals were victims of the attack, one could see the trial itself as a step forward in reaching closure and promoting healing in the affected society. In a domestic trial, “the suspects could be tried publically at home, victims’ families could be present in the courtroom during the hearing, and communities could see the perpetrators incarcerated in a local prison”.⁴² Many states prefer that than seeing alleged perpetrators of atrocious terrorist acts being prosecuted abroad, in an international court. In this sense, Erin Creegan affirms that “[c]ommunity justice for a harm done to that community is a valuable process”.⁴³

Thirdly, whereas domestic prosecution for acts of terrorism certainly faces obstacles, these obstacles can be diminished through international cooperation. Examples of this practice include extradition

and mutual legal assistance. International cooperation does not contribute much in a scenario where a state is unwilling to prosecute. Yet, it is extremely relevant in cases where the state is willing, but unable to prosecute. Additionally, even when a state has a well-structured judiciary and can generally conduct trials effectively, international cooperation is still important. After all, suspects can escape to another country, and thus extradition becomes necessary. Moreover, relevant documents or witnesses for the prosecution or for the defence may be situated in a third country, in which case mutual legal assistance is needed.

Michèle Coninsx and José Luís Lopes da Mota highlight how terrorism is currently a “borderless phenomenon and therefore the prevention and investigation of international terrorist activity require an international response, with an emphasis on effective intelligence sharing, joint law enforcement operations and cross-border judicial cooperation”. Similarly, Duffy wrote that international cooperation “is essential for the purposes of arresting and transferring suspects, freezing assets and securing evidence”.⁴⁴ In order to illustrate how international cooperation takes place in the field of prosecution for acts of terrorism, this paper will briefly introduce the practice of Eurojust.

⁴⁰ Ibid, p.42.

⁴¹ Cf. Duffy, *supra* note 1, p.143.

⁴² Erin Creegan (2011) “A Permanent Hybrid Court for Terrorism”, 26 *Am. U. Int'l L. Rev.*, p.264.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Duffy, *supra* note 1, p.160.

Eurojust is a judicial cooperation unit of the European Union (EU), with legal personality to establish cooperation agreements with third countries.⁴⁵ In the view of Coninsx and da Mota, this unit “has demonstrated its special added value through operational meetings and networking efforts within the EU and beyond”.⁴⁶ These two authors exemplify the special value of Eurojust with reference to Operation KARI. This operation concerned “a Brussels-based cell of individuals suspected of terrorist activities related to Jihad in Iraq, with targets in Belgium and Iraq.”⁴⁷ The operation involved 16 countries, including non-EU States, such as Algeria, Morocco, India and Kenya. Eurojust coordinated and followed up on several requests for mutual legal assistance, and 22 such requests were issued in this case.⁴⁸

2.2.2 Obstacles: states unwilling or unable to prosecute

This section will discuss two of the main obstacles to domestic prosecution for acts of terrorism, namely, states unwilling to prosecute and those unable to do so. Turning first to states unwilling to prosecute, the association between terrorism and politics may lead to certain acts of terrorism being regarded as “justifiable”, or to perpetrators being

perceived as victims of political persecution or even as “good terrorists”. In this context, states may be unwilling to prosecute and may take measures to this effect, such as: an unreasonable and unjustifiable delay of the investigations and the trial; a sham trial; granting amnesties, barring investigations or criminal proceedings and obliterating sentences passed for the crimes covered by amnesty.⁴⁹

Another type of unwillingness is that of states that want to prosecute, but not in accordance with due process and fundamental judicial guarantees. Torture, inhuman or degrading treatment or punishment and prolonged detainment without a judicial sentence are some examples of practices conducted throughout the world in the so-called “war on terror”.⁵⁰ States that have consistently applied these practices can be regarded as unwilling to prosecute in accordance with the fundamental guarantees derived from international law.

Turning now to states unable to prosecute, this category encompasses a number of different cases, such as: “failed” states; states that do not have control over a part of its territory; states that are unable to genuinely prosecute in accordance with fundamental judicial guarantees (for example, states that

⁴⁵ Michèle Coninsx. José Luís Lopes da Mota (2009) “The International Role of Eurojust in Fighting Organized Crime and Terrorism”, *European Foreign Affairs Review* 14, p.167; cf. Council of Europe, Decision 2002/187/JHA, 6 March 2002.

⁴⁶ Ibid, p.169.

⁴⁷ Ibid, p.168.

⁴⁸ Cf. *ibid*.

⁴⁹ Cf. Cassese, *supra* note 19, p.309.

⁵⁰ Cf. Duffy, *supra* note 1, p.159.

cannot guarantee a defence council to the accused or ensure protective measures⁵¹); and states barred from prosecuting due to the application of a statute of limitations.

With regards to amnesties and statutes of limitations applied to acts of terrorism, their legality under international law can be vehemently contested.⁵² Still, states might be unwilling to comply with their obligation to prosecute and thus enact statutes of limitations and amnesties laws applicable to acts of terrorism, whether or not their enactment is in accordance with international law.

3 PROSECUTION AT AN INTERNATIONAL COURT AGAINST TERRORISM

3.1 Legal basis

The jurisdiction of an international criminal court derives from and is limited by the court's statute. The statute of an international court might be adopted by the UN Security Council (UNSC), as was the case of the Statute of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia and the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Another possibility is for the statute to be adopted by states, as a treaty. This was the case of

the Statute of the International Criminal Court (ICC), also known as Rome Statute.

It is unlikely that the UNSC will adopt a resolution establishing an international court against terrorism. For a non-procedural resolution to be adopted, as would be the case of a resolution that creates an international court against terrorism, there can be no vote against it by the 5 permanent members of the UNSC. In other words, the US, Russia, China, the United Kingdom and France would have to either vote in favour of the resolution or abstain from voting. Taking into account the controversies surrounding the definition of terrorism and other controversial topics, such as whether freedom fighters should be labelled as terrorists, it is easy to conceive veto power being used at least once against the adoption of a resolution creating an international court against terrorism. Additionally, even if this was not the case, one should note that the UNSC has seldom exercised its power to create an international criminal court. This has only been done in exceptional and grave cases, in an *ad hoc* basis, and the UNSC has not exercised this power for more than a decade now. Hence, the creation of an international court against terrorism through a resolution of the UNSC seems unlikely.

The second possibility for the creation of the court would be through the adoption of a treaty by states,

⁵¹ Cf. International Criminal Court, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 31 May 2013.

⁵² Cf. Cassese, *supra* note 19, p.312 and 315.

on a voluntary basis. The negotiation of such a treaty is likely to face great political difficulties. Not only the jurisdiction of the court would have to be determined in the treaty, but a definition of terrorism would have to be provided as well. After all, while the Special Tribunal for Lebanon concluded that the international crime of terrorism in times of peace emerged under customary international law⁵³, this view is controversial. In this regard, Duffy affirmed that “[f]or the time being, it may be tentatively concluded that international law cannot be said to prohibit or indeed penalise terrorism, according to an understood definition of the term under customary international law”.⁵⁴ The lack of consensus on the existence or precise content of an international crime against terrorism is a strong indicator of the political hardships to be faced during the negotiation of a treaty establishing an international court against terrorism. This seems to be a difficult path in which reaching consensus is unlikely. Even if such a definition is reached and the statute is adopted, the perspectives of the statute reaching universal or quasi-universal ratification in the near future is unrealistic. Therefore, although such a statute could eventually be adopted, it would probably have a limited number of state parties and, just due to this factor, one could question how

effective would the court be or how much added value could it actually have.

3.2 Is there an added-value in creating an international court against terrorism?

3.2.1 *Are the obstacles faced by domestic prosecution overcome by the creation of such a court?*

An international criminal court is particularly valuable for its competence to conduct trials that could not otherwise be conducted because some states are unwilling or unable to prosecute. Amnesty laws and statute of limitations are not bars for prosecution at an international court, because the statute of the court can expressly provide for the non-applicability of these legal impediments for the exercise of criminal jurisdiction.⁵⁵ Therefore, creating an international court against terrorism is an effective measure towards overcoming *legal* barriers for prosecution. Yet, the creation of the court is not, by itself, an effective measure towards overcoming *substantive* barriers to prosecution. As Cassese explains, “[t]he crucial problem international criminal courts face is the *lack of enforcement agencies* directly available to those courts for the purpose of collecting evidence, searching premises, seizing documents, or executing arrest warrants and other judicial orders”.⁵⁶ International criminal courts

⁵³ Special Tribunal for Lebanon, *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, 16 February 2011, para.85.

⁵⁴ Duffy, *supra* note 1, p.41.

⁵⁵ Cf. Rome Statute, *supra* note 19, Art.29.

⁵⁶ Cassese, *supra* note 8, p.269.

must then “rely heavily on the cooperation of states”.⁵⁷ In Cassese’s view, these courts are “totally dependent on international diplomacy and states’ good will”.⁵⁸

Yet, international cooperation can also be directed at assisting fragile states or at promoting extradition of alleged perpetrators of acts of terrorism. In the words of Creegan, “[a]lthough some states possess meager law enforcement capabilities buttressed by frail court systems, their lack of efficacy is typically overcome by mutual legal assistance rather than through the loss of local control over prosecution.”⁵⁹ Conclusively, creating an international court against terrorism certainly helps in overcoming the obstacles faced by domestic prosecution, but it is not a necessary measure to achieve this goal. Strengthening international cooperation between states for the purposes of making a domestic trial genuinely possible can likewise achieve this goal.

3.2.2 Other relevant factors: greater impartiality and symbolic value

The creation of an international court against terrorism is a positive step (although not a necessary one) towards overcoming the obstacles posed by states unwilling or unable to prosecute alleged perpetrators for acts of terrorism. Yet, this is not the

only advantage of creating such this court. Two other arguable advantages stand out, namely: (i) greater impartiality of an international court against terrorism; and (ii) symbolic value of the court.

Turning to first arguable advantage, acts of terrorism are often regarded as atrocious acts committed against ordinary and innocent people, and the desire for justice mobilizes the directly affected society. Judges that are nationals of the state where the terrorist act was committed are susceptible to be influenced by this “thirst for punishment”. In this scenario, the impartiality of the domestic court might be questioned, and abusive processes are more likely to take place. As Duffy noted, “terrorism’ trials have often come to be synonymous with abusive processes”.⁶⁰ International courts, on the other hand, are composed by judges that are more distant from the terrorist attack and its ramifications, and who might thus be better placed to conduct a trial that genuinely meets the requirement of impartiality. In the words of Cassese, “[i]nternational judges are in a better position to be unbiased, or at any rate more even-handed, than national judges who have been caught up in the milieu in which the crime in question was perpetrated”.⁶¹ Conclusively, international courts are able “to better resist the possible psychological pressure of the

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Creegan, *supra* note 42, p.263.

⁶⁰ Duffy, *supra* note 1, p.159.

⁶¹ Cassese, *supra* note 8, p.268.

outside world and the reaction of the public or the media to their deliberations”.⁶²

Secondly, prosecuting terrorism at an international organ has a great symbolic value. It states that terrorism is an international crime, that affects the international community as a whole. In the words of Duffy, “[t]he fact that acts of international terrorism might amount to crimes under international law is [...] significant [...] as an indicator of their egregious nature, and international character”.⁶³ Additionally, if terrorism is an international crime, it affects the international community as a whole. Thus, it is not only the state in which the act took place that needs healing, but the world as a whole. An international trial would be the most effective way to deliver this, since it acts “on behalf of the whole international society”⁶⁴ and their proceedings receive greater visibility than domestic ones.⁶⁵

4 CONCLUSION

Prosecuting terrorism at an international court against terrorism faces a series of obstacles. The first of them are the political deadlocks that are likely to appear in the negotiations towards the adoption of the court’s statute and the definition of terrorism in that instrument. Additionally, the most

straightforward and comprehensive approach to prosecuting acts of terrorism is at domestic courts. One might thus ask: if it is hard to conceive an act of terrorism not falling within the jurisdiction of any state, why should states create an international court against terrorism? Lastly, international criminal courts lack strong enforcement mechanisms and they depend, in many instances, on cooperation from states. If international cooperation is needed, why not simply offer it to states that are willing to prosecute alleged perpetrators of acts of terrorism, in a trial that is still nationally-owned and that can contribute to the healing of the society that was directly affected by such acts? Quoting Duffy, “[w]hile discussions have also unfolded in an academic context as to the merits of an alternative ‘international terrorism court’, practice post-9/11 reveals little appetite for such a development, and tends by contrast to underscore the importance of the role of national courts, bolstered by more effective international cooperation”.⁶⁶

On the other hand, prosecuting terrorism as an international crime and in an international court has certainly its advantages. While it is not a necessary measure towards promoting accountability for acts of terrorism, it certainly contributes to this. An international court can disregard amnesty laws, immunities and statutes of limitations that are in force

⁶² Ibid.

⁶³ Duffy, *supra* note 1, p.143.

⁶⁴ Cassese, *supra* note 8, p.268.

⁶⁵ Ibid, p.268-269.

⁶⁶ Ibid, p.164.

in the domestic legal system of states. Additionally, such a court will have a greater distance from the atrocity that took place, and thus it will arguably have greater impartiality. Finally, the creation of this court will be accompanied by a great symbolic value, capable of generating more deterrence and of promoting greater consciousness that certain acts of terrorism constitute international crimes, have an egregious nature and affect the international community as a whole. This is reinforced by the greater visibility of international trials.

It is thus undeniable that prosecuting acts of terrorism at an international court has a unique added value. However, to say that prosecuting terrorism at an international court has an added value is not necessarily the same as to say that creating an international court against terrorism has an added value. Creating a new court demands a big political effort and implies adopting a statute, attracting states parties and establishing a new enforcement mechanism and cooperation agreements. This may simply constitute duplicated efforts, since the international community already has an international criminal court. Amending the Rome Statute is certainly a possibility, much more realistic than creating a new court. Agreeing on an international definition of terrorism and negotiating the expansion of the ICC's jurisdiction is certainly difficult, but it is much more credible than creating a new international criminal court. While amending the Rome

Statute is an issue to be discussed in a second paper, presenting this discussion is still a relevant point here. The creation of another court may simply duplicate efforts, be stuck in political deadlocks and fragment the implementation of international criminal law.

REFERENCES

Treaties

International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (AP I)*, 8 June 1977.

ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977.

ICRC, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 12 August 1949.

ICRC, *Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 12 August 1949.

ICRC, *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, 12 August 1949.

ICRC, *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 12 August 1949.

Council of Europe, *European Convention on Human Rights*, 4 November 1950.

United Nations General Assembly (UNGA), *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966.

Organization of American States, *American Convention on Human Rights*, 22 November 1969.

UNGA, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984.

UNGA, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998.

Domestic law

United States Code § 2339B – Providing material support or resources to deisganted terrorist organizations. Available at: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2339B>> [last access in 5 November 2017].

Judicial and quasi-judicial decisions

Inter-American Court of Human Rights, Judgment, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 29 July 1988.

International Court of Justice. Joint separate opinion of judges Higgins, Kooijmans e Buergenthal.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), 14 February 2002.

International Court of Justice, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 July 2012.

International Criminal Court for the Former Yugoslavia, Trial Chamber Judgement, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-T, 31 January 2005, para.218.

Special Tribunal for Lebanon, *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide,*

perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, para.85.

International Criminal Court, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 31 May 2013.

African Commission on Human and Peoples' Rights. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*. Comm. No.155/96 (2001).

Documents from international organizations

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (1997).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1999). *General Comment No.12, The Right to Adequate Food (Art. 11)*. E/C.12/1999/5.

Economic and Social Council (1999). *The right to adequate food and to be free from hunger*. E/CN.4/Sub.2/1999/12.

Council of Europe, Decision 2002/187/JHA, 6 March 2002.

Books

Antonio Cassese. Gaeta Paola. Laurel Baig. Mary Fan. Christopher Gosnell. Alex Whiting (2013) *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3rd edition.

Olivier de Schutter (2014) *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*. 2nd edition. Cambridge University Press [ebook].

Academic articles

Erin Creegan (2011) "A Permanent Hybrid Court for Terrorism", 26 *Am. U. Int'l L. Rev.*

John Depue (2007) "Fundamental Principles Governing Extraterritorial Prosecutions— Jurisdiction and Venue", *The United States Attorneys' Bulletin*, volume 55, number 2.

Karima Bennouna (2008) "Terror/Torture", 26 *Berkeley Journal of International Law*.

Luca Pantaleo. Olivier Ribbelink (2016) "The Establishment of a Special Court against Terrorism". *EJIL: Talk!*

Marko Milanović (2008) "From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties". *Human Rights Law Review*, vol. 8.

Michèle Coninx. José Luís Lopes da Mota (2009) "The International Role of Eurojust in Fighting Organized Crime and Terrorism", *European Foreign Affairs Review* 14.

Noah Bialostozky (2013) "Extraterritoriality and National Security: Protective Jurisdiction as a Circumstance Precluding Wrongfulness", *Columbia Journal of Transnational Law*, issue 52.

Articles from online magazines

Louise Richardon (2006) "What Terrorists Want", *New York Times*, available at: <<http://www.nytimes.com/2006/09/10/books/chapters/0910-1st-rich.html>> [last access in 24 November 2017].

"Paris attacks: What happened on the night", *BBC News*, 9 December 2015, available at: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-34818994>> [last access in 5 November 2017].

Helen Davidson and agencies, “Identities of Paris terror attack victims from more than a dozen countries emerge. The names of the 129 people killed in Friday night’s attacks start to come to light as other friends and family continue to search”, *The Guardian*, available at: <<https://www.theguardian.com/world/2015/nov/15/paris-attacks-identities-of-victims-from-more-than-a-dozen-countries-emerge>> [last access in 5 November 2017].

La efectividad de la excepción de corrupción en el arbitraje de inversión

Diana María Beltrán Vargas*

Stefanny Justinico Moreno**

Resumen: Este artículo hace un análisis de decisiones emitidas por tribunales de inversión, en las que se han ventilado alegatos relacionados con la comisión de actos de corrupción por parte del inversionista extranjero. Con estas decisiones, se busca identificar la forma en que los Tribunales han manejado el asunto de la corrupción, tanto en fase de admisibilidad como en el fondo de la controversia. El texto explora las fuentes utilizadas, tales como Tratados Bilaterales de Inversión y nociones de orden público.

El artículo sostiene que los alegatos de corrupción son un reto para los operadores jurídicos. Este reto requiere una respuesta actual y exige la delimitación de estándares de prueba y derecho aplicable. Se concluye que utilizar la defensa de corrupción no necesariamente es una estrategia adecuada para los Estados, ya que, si bien puede ayudarles a ganar controversias específicas, también compromete su ambiente de inversiones.

Palabras claves: arbitraje de inversión, corrupción, CIADI.

Abstract: This paper analyses awards adopted by investment tribunals, particularly in regards to arguments related to corruption acts by the foreign investor. It examines how the Tribunals have handled allegations regarding corruption acts during the admissibility stage, as well as in the decision on the merits. It explores the different legal sources used in these cases, such as Bilateral Investment Agreements and public policy concepts.

The authors believe that allegations on corruption pose a challenge to arbitrators and practitioners. This challenge requires a solution, and demands a limitation on the standards of proof and the applicable law. The paper concludes that it is not an adequate strategy for States to allege corruption by a foreign investor, because, even though it may allow them to win specific disputes, it also compromises their investment environment.

Keywords: investment arbitration – corruption – ICSID.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho de los contratos y relaciones jurídico negociales de la misma Universidad, y master (LLM) en derecho comercial internacional de la Universidad de Leicester (Reino Unido). Actualmente se desempeña en la práctica privada y como profesora asistente en la Universidad Externado de Colombia. (El presente escrito no representa una postura institucional, son opiniones de la autora). Contacto: dianama.beltran@uexternado.edu.co

** Abogada de la Universidad de La Sabana, Magister en Derecho Internacional de la misma Universidad. Asesora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), grupo de defensa internacional. (El presente escrito no representa una postura institucional, son opiniones de la autora). Contacto: stefannyjumo@unisabana.edu.co.

I. Introducción

La corrupción es una situación reprochada en el mundo. Actualmente, ha adquirido tal relevancia que existe un esfuerzo global para combatirla. En el ámbito del derecho internacional, este fenómeno se ha manifestado en la elaboración de varios tratados y convenciones internacionales sobre la materia, que reflejan la preocupación de los actores económicos sobre la expansión de actos de corrupción en el escenario del comercio internacional y de inversiones.¹

En el arbitraje de inversiones, la construcción de la defensa del Estado demandando sobre la existencia de un acto de corrupción del inversionista extranjero, ha generado todo tipo de retos para los operadores jurídicos, que pueden presentarse tanto en la jurisdicción del tribunal, como la admisibilidad de este tipo de reclamaciones.

En cuanto al derecho aplicable, hay casos en los cuales los Tratados Bilaterales de Inversión ("TBI") han definido lo que se debe entender por "inversión" y entre esas definiciones se ha incluido el requisito de haber sido constituidas "de acuerdo con las leyes" del Estado anfitrión.

Por lo tanto, si una inversión ha sido constituida mediante actos de corrupción, el inversionista pierde legitimación para demandar cualquier violación de sus derechos, ya que dicha inversión no ha sido realizada de conformidad con la ley del Estado receptor.²

Por otra parte, en los casos en los que no se exige el requisito de legalidad derivado de TBI, los tribunales de arbitramento se han visto en la necesidad de recurrir a criterios exógenos como el orden público internacional y al derecho internacional consuetudinario, en materia de lucha contra la corrupción.³

La corrupción genera dificultades prácticas. Como algunos autores sugieren, la corrupción y la entrega de sobornos es una práctica muchas veces aceptada de manera tácita en especial en países en vía de desarrollo, dirigidas a altos funcionarios del Estado o a personas que se encuentran en una posición de influencia que puede afectar o beneficiar la inversión.⁴

Este es el caso en que los inversionistas extranjeros, en algunas ocasiones, se ven constreñidos a entregar dádivas para asegurar el resultado de alguna transacción, reducir ciertos

¹ Florian Haugeneder, "Corruption in Investor-State Arbitration", 10 *J. World Investment & Trade*, 323 (2009), Pg. 1.

² Michaela Halpern, "Corruption as a Complete Defense in Investment Arbitration or Part of a Balance", 23 *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.* 297, (2016), p. 298.

³ Margareta Habazin, "Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration", 18 *Cardozo J. Conflict Resol.* 805, (2017), Pg. 812.

⁴ *Ibid*, Pg. 273.

riesgos derivados de la inversión⁵ y así lograr relacionarse con las autoridades gubernamentales, con el fin de prevenir la posibilidad de expropiación por parte del Estado receptor de la inversión.⁶ La anterior situación se genera en un contexto en el que los actos de corrupción hacen parte de la forma en la que se hacen negocios, y como un medio para garantizar que la inversión exista.⁷

Uno de los casos que ha generado mayor atención en lo que concierne al análisis de actos de corrupción en el ámbito del derecho de inversión, es el laudo *World Duty Free v. Republic of Kenya* del año 2006 (*WDF*). En este caso, la demanda del inversionista fue desestimada ya que se demostró en el proceso que este realizó un soborno al presidente de Kenya. En esta materia también se destaca el caso *Metal Tech v. Uzbekistan* (*Metal Tech*), en el cual el Tribunal CIADI desestimó la demanda por la existencia de corrupción por una de las partes, en particular, por un acto de corrupción del inversionista extranjero que consistió en unos pagos realizados a funcionarios del gobierno a través de contratos de consultoría.⁸

En los casos en los que se ha abordado este tema, se refleja un aumento de los alegatos de

corrupción respecto de la defensa en demandas de inversionistas extranjeros a los Estados. Igualmente, se ha recordado a la comunidad internacional y a la comunidad de empresarios, así como a los practicantes del derecho, que la corrupción no es ajena al derecho y en particular al derecho de inversiones,⁹ y que está exigiendo de los administradores de justicia una respuesta en los casos concretos.

Bajo este escenario, este escrito hace un análisis de algunas decisiones que se han emitido, en los que se haya alegado que el inversionista cometió un acto de corrupción, con el fin de identificar la forma en que los tribunales han abordado estos alegatos. Por un lado, identificar qué elementos se han definido para clasificar un alegato de corrupción en etapa de jurisdicción o de mérito y, por el otro, determinar si esta diferenciación es eficiente o si, por el contrario, no genera ningún efecto práctico en la decisión del tribunal.

La tesis sostenida en este escrito es que la defensa de los Estados, estructurada sobre un acto de corrupción del inversionista, impide la administración de justicia en el caso concreto y resulta en que ninguna de las partes –en principio– puede dar solución a una controversia

⁵ Ibid, Pg. 808.

⁶ Ibid, Pg. 808.

⁷ Katia Fach Gómez, “Inversiones internacionales y corrupción en américa latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática”,

Max Planck Institute Research Paper Series No. 2017-23, Pg. 6.

⁸ Habazin, Ob. Cit, Pg. 309.

⁹ Habazin, Ob. Cit, Pg. 309.

en lo que concierne al tema de la corrupción. Tal y como se ha abordado el asunto de la corrupción en el arbitraje de inversión, no se generan efectos en cuanto a la resolución de controversias: si el asunto se ventila como jurisdiccional, la consecuencia es un estancamiento de una disputa entre las partes; si se trata en el ámbito de los méritos de la disputa, implica desestimar las alegaciones de una violación a los derechos del inversionista. Bajo el segundo escenario, sería necesario repensar el tema y crear una posibilidad de ligar los actos de corrupción a un estándar de protección, debido a las dificultades probatorias que este argumento contiene, con el propósito de que se pueda avanzar en las etapas procesales y obtener una decisión de fondo sobre un caso que realmente tenga efectos en la lucha contra la corrupción.

El escrito se desarrollará de la siguiente manera: en la primera parte se presentarán los casos objeto de análisis, sus argumentos y el razonamiento del tribunal sobre los alegatos de corrupción, identificando las principales líneas de defensa y el derecho aplicable. Seguidamente, se hará mención al asunto del estándar de prueba de los alegatos de corrupción establecido por los tribunales arbitrales.

Posteriormente, se abordará el tema de la efectividad de una estrategia basada en actos de corrupción, y las alternativas para lucha contra la corrupción contenida en acuerdos de inversión. Finalmente se expondrán las conclusiones e ideas que surgen de esta investigación.

II. Una visión general de la excepción de corrupción en arbitraje de inversión

Es frecuente que los tribunales de inversión conozcan de alegatos de corrupción por parte del Estado demandado, por lo cual es previsible que los alegatos sobre corrupción provengan de la estructuración de su estrategia de litigio en contra del inversionista extranjero. Tal estrategia puede incluir cargos de corrupción como el soborno a un funcionario del Gobierno de turno, la exigencia de beneficios para familiares y sociedades, y más grave pero no imposible, el soborno de operadores judiciales con el fin de evadir obstáculos regulatorios.¹⁰

En pocos casos se ha visto que los alegatos de corrupción provengan del inversionista, en cuyo caso se argumenta la existencia de una expropiación o un trato injusto, causados por la

¹⁰ Mohamed Abdel Raouf, "How Should international arbitrators tackle corruption issues?" *Foreign Investment Journal*, Volume 24, Number 1, Spring 2009, p. 128.

negación del inversionista de entregar sobornos a oficiales del Gobierno.¹¹

De esta manera, algunas de las dificultades que afrontan los tribunales de inversión se relacionan con la falta de norma aplicable a actos de corrupción, la imposibilidad de revisión de estos laudos, y el estándar probatorio para demostrar la afectación de la inversión,¹² que, de acuerdo con la jurisprudencia, no genere una “*duda irrefutable*” sobre la existencia del acto de corrupción.¹³

Es por lo anterior que la discrecionalidad de los Tribunales tiene un margen más amplio al decidir este tipo de controversias, lo cual no genera un ambiente de seguridad jurídica y previsibilidad de la jurisprudencia de inversiones.

Los alegatos de esta naturaleza pueden presentarse en diferentes etapas del procedimiento: (i) en el contexto de un arbitraje que se da en virtud de un contrato de inversión, la defensa puede estar dirigida a atacar la parte procesal y sustancial del procedimiento, (ii) en los casos de disputas originadas por el incumplimiento de un tratado de inversión, el alegato de corrupción puede ser presentada en la

fase de jurisdicción, o para negar la protección de las cláusulas sustantivas a la inversión, y (iii) el inversionista puede reclamar daños como consecuencia de la negativa al pagar sobornos.¹⁴

En el contexto de este tipo de arbitraje, los tribunales se han visto inclinados a tratar el asunto como un tema de jurisdicción, cuando el acto corrupto cuestionado ha afectado la constitución de la inversión y cuando el tratado exige que la inversión se realice “de acuerdo con la ley” del Estado receptor. Por otra parte, han admitido estos alegatos en la fase de admisibilidad o mérito, cuando el acto de corrupción se genera o nace durante la ejecución de la inversión. Para el caso del arbitraje comercial, la tendencia es tratar el asunto como una cuestión de méritos.¹⁵

En varios casos, los Estados receptores han definido la legalidad de la inversión, a que esta sea se haga conforme a la ley del Estado; de esta manera, la inversión no entraría dentro del alcance del concepto mismo de inversión, y en consecuencia el tribunal no podría tener jurisdicción para conocer sobre dichas alegaciones de conformidad con el artículo 25 del Convenio CIADI.¹⁶

¹¹ Ibid, Pg. 128.

¹² Ibid, Pgs. 128-129.

¹³ Tamar Meshel, “The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Volume 30, Numbers 1 through 6, Pg. 274.

¹⁴ Haugeneder, Ob. Cit., Pg. 324.

¹⁵ Mark W Friedman, Floriane Lavaud and Julianne J Marle, “Corruption in International Arbitration: Challenges and Consequences”, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1146893/corruption-in-international-arbitration-challenges-and-consequences>

¹⁶ Habazin, Ob. Cit., Pg. 822.

El mencionado artículo ordena que, con el propósito de que un Tribunal pueda conocer de una controversia en materia de inversiones, deberá tratarse de una “inversión”, y la definición de inversión por regla general se encuentra en los TBI entre Estados, que pueden incluir elementos de legalidad como que la misma se haya realizado conforme a las normas del Estado receptor. De allí que un acto de corrupción necesariamente afecta la legalidad de la inversión y los tribunales se ven constreñidos a no conocer del caso, en razón a que no existe el elemento habilitante para ejercer su jurisdicción.

Sin embargo, para interpretar el concepto de legalidad de la inversión los tribunales en esta materia han usado la decisión del Juez Lagergren en el caso *CCI 1110* que, aunque es un caso de arbitraje comercial, su razonamiento ha servido de ejemplo para manifestar en otros laudos el reproche a actos contrarios al orden público internacional.¹⁷

El impacto de la opinión de este Juez se ha reflejado en varias decisiones, y su importancia radica en que tuvo en consideración normas más allá de las locales, enunciando un principio general del derecho, según el cual los contratos

obtenidos a través de actos corruptos son nulos y contrarios al orden público internacional.¹⁸ De esta manera, a partir de esta famosa opinión, la noción de que la corrupción es contraria al orden público internacional se ha desarrollado en una parte importante de la “jurisprudencia arbitral” en el contexto de inversión.¹⁹

El orden público internacional de un Estado contiene varios elementos, que incluyen principios fundamentales relacionados a la justicia o moral que un Estado intenta proteger incluso si está directamente afectado.²⁰ Adicionalmente implican las reglas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos del Estado, y es una obligación debida a un Estado respecto de otros Estados u organizaciones internacionales. El orden público internacional no es un principio supranacional; este significa orden público local aplicado a laudos extranjeros.²¹

*a) El argumento de la corrupción
como una excepción a la jurisdicción*

Tal y como se puso de presente en los párrafos anteriores, el argumento sobre la corrupción ha empezado a plantear preguntas interesantes en el

¹⁷ Habazin, Ob. Cit., Pg. 823.

¹⁸ Michael A. Losco “Streamlining the corruption defense: a proposed framework for FCPA-ICSIC interaction” *Duke Law Journal*, Vol. 63, Pg. 1217.

¹⁹ Ibid, Pg. 1217.

²⁰ World Duty Free Ltd. v. Kenya, ICSID Case No. Auto/00/7, Award 4 October 2006, Parr. 59; Losco, Ob. Cit., Pg. 1223.

²¹ ICSID Case No. Auto/00/7, Parr. 159.

marco del arbitraje de inversión. En principio, son los Estados quienes alegan que el inversionista ha incurrido en prácticas corruptas en lo que concierne a la inversión, y por ello el tribunal de turno debe desestimar las pretensiones, sin conocer del fondo de la controversia.

Evidentemente, un hecho de esta naturaleza afectaría el acuerdo mismo en el que se basa la inversión.²² Sin necesidad de adentrarse en las leyes nacionales o lo dispuesto por los varios tratados internacionales que buscan luchar contra la corrupción, es fundamental tener en cuenta el artículo 50 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (“CVDT”):

“Artículo 50. CORRUPCIÓN DEL REPRESENTANTE DE UN ESTADO. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”.

De esta forma, cuando el argumento se presenta como un problema de jurisdicción, es porque el

tribunal ni siquiera considera que exista una inversión que merezca protección dentro de su ámbito, ya que esta surge con un vicio que impide al tribunal hacer cualquier pronunciamiento de fondo.

Por lo tanto, es importante tener en cuenta que para que el problema se entienda como un asunto de jurisdicción, los actos de corrupción se han de haber dado en concomitancia con el perfeccionamiento del acuerdo que da origen a la inversión, y no durante el desarrollo de la misma.²³

Lo anterior tiene justificación en tanto que la justicia internacional no puede prestarse para proteger y considerar actos que surgen de comportamientos proscritos por leyes nacionales²⁴ y, más aún, por el orden jurídico internacional, cuando los Estados adquieren estas obligaciones.²⁵ En este sentido, si el objeto y fin de una inversión se concreta a través de actos de corrupción, entonces los tribunales arbitrales no deben proceder a protegerla, por carecer de un fin legítimo.

Sobre el primer punto, un ejemplo relevante es el del caso *Vladislav Kim v. República de Uzbekistán* (“Kim”), en el que se analizó en parte la disputa desde esta perspectiva, al afirmar que uno de los elementos por tener en cuenta cuando se

²² Doak Bishop et al., “*Foreign Investment Disputes. Cases Materials and Commentary*”, Wolters Kluwer, 2014, Pg. 939.

²³ Ibid, Pg. 939-940.

²⁴ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 27 August 2008, Award, Parr. 139.

²⁵ *Phoenix Action, LTD. v. The Czech Republic* ICSID Case No. ARB/06/5, AWARD, 15 de abril de 2009, Parr. 101.

alega la ilegalidad como un asunto de jurisdicción, es que la inversión haya sido afectada en el momento de su constitución con actos de esta naturaleza (como la corrupción):

*“The Tribunal therefore holds that the scope of application of the BIT is limited by a legality requirement that an investment must be “in compliance with [Host State] legislation” at the time that the investment is made. This limitation does not discount the possibility that there may be illegal action by Claimants at a later date or an illegal action unrelated to the making of the investment, but any such later illegality would be a matter for the Tribunal to consider at the merits stage of these proceedings.”*²⁶

Sobre el segundo punto, no se puede dejar de lado la determinación de la “legalidad” de la inversión, aun cuando esto parezca un argumento de fondo. Este elemento de legalidad surge de interpretar de forma comprensiva y sistemática no sólo los ordenamientos jurídicos nacionales, sino además las fuentes internacionales de las cuales las partes han adquirido obligaciones. A lo anterior han hecho referencia los diferentes tribunales arbitrales cuando analizan no sólo el TBI aplicable a la

disputa, sino que lo enmarcan en las leyes domésticas que dan lugar a la inversión, e incluso en el orden público internacional.

Claramente, la consecuencia es que un tribunal debe analizar su propia competencia cuando se pone de presente la legalidad de la inversión. Tal es el caso de *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. República de El Salvador (Inceysa)*, donde el inversionista hizo parte de una licitación pública en la que engañó al Estado para obtener la adjudicación del contrato.²⁷

El Tribunal sostuvo que el acto de corrupción o fraude, no solamente vulnera el principio de buena fe, sino también el orden público internacional²⁸. Si bien estos alegatos fueron presentados en la defensa de El Salvador en la etapa jurisdiccional, el Tribunal también habría reconocido estos principios como una defensa en cuanto a la protección sustancial.²⁹

El Demandante planteó que el Tribunal arbitral no podía entrar a analizar su competencia si esta dependía de que la inversión se hubiera hecho conforme a las normas de El Salvador, puesto que este es un elemento propio del fondo del asunto. La respuesta del Tribunal fue que, para determi-

²⁶ Vladislav Kim v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decisión sobre la Jurisdicción, 8 Marzo 2001, Parr. 387.

²⁷ Inceysa Vallisoletana, S.L. v. República de El Salvador, 2 de agosto de 2006, Award, CIADI No. ARB/03/26, Parr. 246.

²⁸ CIADI No. ARB/03/26, Parr. 230-244.

²⁹ Haugeneder, Ob. Cit., Pg. 331.

nar su competencia, puede considerar las “*cuestiones fácticas y jurídicas relevantes para cumplir esa obligación*”,³⁰ lo cual no significa entrar a definir el fondo de la controversia antes de tiempo.³¹ Así, la postura del Tribunal puede resumirse en el siguiente aparte:

“160. Si bien el argumento de que la inversión de Inceysa no está protegida por el Acuerdo, por tratarse de una inversión que no fue realizada de conformidad con la legislación de El Salvador, pudiera identificarse como una defensa sustantiva relativa al fondo del asunto, dicha presunción es incorrecta. En efecto, si se determinara que la inversión no está protegida por el Acuerdo, se estaría reconociendo que el presupuesto necesario para que el Tribunal de Arbitraje asumiera válidamente su competencia no se cumplió. Por lo tanto, a fin de cuentas, se estaría resolviendo sobre la propia competencia del Tribunal de Arbitraje y no sobre las pretensiones indemnizatorias de la Demandante.” (SFT)

En este sentido, cuando un tribunal define su propia competencia, debe considerar ante todo si la inversión bajo disputa puede ser objeto o no de

protección, y para ello debe tener en cuenta necesariamente si su origen se encuentra viciado de ilegalidad (entre otros problemas).

Adicionalmente, en el caso mencionado el Demandante alegó que el Tribunal no podía entrar a analizar la ilegalidad de la inversión puesto que este fue un asunto resuelto por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, lo que implicaba una situación de cosa juzgada;³² al respecto, el Tribunal reafirmó su postura al concluir que, aun cuando otro órgano judicial se pronuncie sobre las circunstancias que rodearon la ilegalidad de la inversión, no significa que un tribunal, cuyo objetivo es dirimir las disputas propias de la inversión, quede impedido a hacer los análisis correspondientes; en otras palabras, el hecho de que un órgano judicial se haya pronunciado específicamente sobre los actos ilegales no impide que un tribunal arbitral de inversión lo haga, pues, de lo contrario, se estaría evitando que el tribunal cumpla con su obligación de analizar su propia jurisdicción.³³ Sobre este punto, hay que aclarar que el Tribunal encontró que las decisiones de la Corte Suprema salvadoreña no tenían como objeto la inversión *per se*, sino algunos actos administrativos relacionados con el proceso de licitación. Por ende, el análisis de jurisdicción no se encuentra afectado como consecuencia de un problema de

³⁰ CIADI No. ARB/03/26. Parr. 149, 155.

³¹ Ibid, Parr. 151.

³² CIADI No. ARB/03/26. Parr. 212.

³³ Ibid, Parr. 212-213.

cosa juzgada, como argumentaba el Demandante.³⁴

Aunque este caso no se trata de actos de corrupción estricto sentido entre el Estado y el inversionista, en la decisión sí se fija una postura fundamental para el problema que se aborda en este escrito. Siempre que una inversión está viciada de ilegalidad, claramente un tribunal arbitral no puede pasarla por alto al momento de analizar su propia jurisdicción. De lo contrario, estaría excediendo la competencia otorgada. Y para poder determinar el carácter de la legalidad, señaló el Tribunal que el marco de análisis de la inversión no se limita exclusivamente al acuerdo de inversión aplicable al caso concreto, sino además al ordenamiento jurídico en el que se desenvuelve dicha inversión y al orden público internacional.³⁵

Esta argumentación parecen seguirla los tribunales arbitrales cuando analizan si la inversión puede ser protegida o no, si se alegan actos de corrupción como defensa. Por ejemplo, en el caso paradigmático de *WDF*, el Tribunal concluyó que no podía acceder a ninguna de las peticiones del

Demandante, teniendo en cuenta el orden público internacional y las normas aplicables al contrato:

*“The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of ordre public international and public policy under the contract’s applicable laws.”*³⁶

Aunque el Tribunal no estableció de manera expresa la carencia de jurisdicción sobre el asunto, y las partes no controvertieron la jurisdicción, sino que presentaron sus argumentos de fondo, sí puede interpretarse que el Tribunal concluyó que carecía de jurisdicción, por cuanto el acuerdo que dio lugar a la inversión entre el inversionista y el Estado se encontraba viciado por los actos corruptos, de acuerdo al marco jurídico compuesto por el orden público internacional y las leyes contra la corrupción,³⁷ tal y como se estableció en los hechos.³⁸

Más significativo aún es el caso de *Metal Tech*, en el que el Tribunal expresamente declaró carecer de jurisdicción por cuanto encontró que la inversión no podía estar protegida al surgir de actos de

³⁴ Ibid, Parr. 213-217.

³⁵ Ibid, Parr. 246-249; En el mismo sentido se pronunció el tribunal en *SAUR International S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/4, Decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad, 6 de junio de 2012, en donde el tribunal afirmó que la condición de legalidad de la inversión es tácita puesto que “El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, insita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún

caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica.” (Parr. 308)

³⁶ ICSID Case No. Auto/00/7, Parr. 188: “(3) *The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of ordre public international and public policy under the contract’s applicable laws.*”

³⁷ Ibid., Parr. 146-156.

³⁸ Ibid., Parr. 66-70.

corrupción.³⁹ El razonamiento detrás de esta conclusión es que no puede entenderse que el Estado receptor haya aceptado acudir al arbitraje para resolver este tipo de disputas,⁴⁰ puesto que el requisito indispensable es que la inversión debe ajustarse al marco jurídico correspondiente.⁴¹ Lo anterior empata perfectamente con lo dispuesto en el artículo 50 de la CVDT, referenciado al principio de esta sección.

Sin embargo, en el caso de *Metal Tech*, a diferencia de los otros casos mencionados anteriormente, el marco jurídico que determina la legalidad de la inversión es mucho más estrecho. En *Metal Tech*, el Tribunal se limita a analizar el carácter de la legalidad conforme a las leyes uzbekas y el BIT aplicable, mientras que en los casos anteriores se hace un esfuerzo por definir la ilegalidad desde un marco en el que se conjugan las leyes nacionales con el orden público internacional. La postura restrictiva adoptada en *Metal Tech*, parece dejar de lado que los Estados adoptan también dentro de su ordenamiento jurídico obligaciones de carácter

internacional las cuales afectarían también el marco bajo el cual se desarrolla la inversión.

Finalmente, hay un elemento de carácter práctico que debe tenerse en cuenta y que incide en el análisis sobre la legalidad afectada por actos de corrupción. Tanto la doctrina como las decisiones arbitrales han resaltado que no se puede obviar que, dentro del devenir natural de los negocios, es normal que un inversionista que busca contratar con un Estado pueda incurrir en ciertos actos de acercamiento para afianzar la relación.

En la decisión de *WDF*, esto fue algo que tuvo en cuenta el tribunal, ya que consideró que, cuando se trata de relacionarse con representantes de un Estado, es parte del protocolo dar “regalos” durante los acercamientos. Sin embargo, se puede incurrir en actos de corrupción si se abusa de esta práctica.⁴²

Igualmente, en el caso de *Kim*, el Tribunal resaltó que ese elemento de ilegalidad tiene que origi-

³⁹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, (4 Oct. 2013), para. 389.

⁴⁰ *Ibid.*, Parr. 386: “the Tribunal finds that Uzbekistan has not consented to ICSID jurisdiction through Article 10 of the Law of Guarantees and, therefore, the Tribunal lacks jurisdiction over claims brought on this basis”.

⁴¹ *Ibid.*, Parr. 378-380.

⁴² ICSID Case No. Arb/00/7, Parr. 134: “The Tribunal is aware of the fact that, on the occasion of visits to heads of State, gifts are often exchanged as a matter of protocol. It has also noted the report of the Task Force on Public Collections

or “Harambees” presented in December 2003 to the Minister of Justice of Kenya. According to this report “the concept of Harambee had its root in the African culture where societies made collective contribution toward individual or communal activities” and this practice became popularised by President Kenyatta just after Kenyan independence. However, the report adds that “over the years, the spirit of Harambee has undergone a metamorphosis which has resulted in gross abuses. It has been linked to the emergence of oppressive and extortionist practices and entrenchment of corruption and abuse of office”.

narse en comportamientos relevantes y que, adicionalmente, afectaran los intereses del estado de manera significativa.⁴³

Lo anterior es relevante porque desconocer la existencia de posibles acercamientos válidos en el contexto de las negociaciones puede afectar la forma en la que un tribunal interpreta un caso de ilegalidad de la inversión originado en la corrupción. Al normalizar este tipo de conductas, se minimizan los efectos que ellas tienen dentro de los sistemas jurídicos, difiriendo así de los objetivos que buscan muchos Estados al adquirir obligaciones internacionales en el marco de la lucha contra la corrupción.

Más aun, puede entenderse como paradójico que mientras los tribunales propugnan por un orden público internacional en el que se defiende el imperio de la ley, y específicamente se busca la estabilidad del sistema para que se desarrollen las inversiones,⁴⁴ hacen caso omiso con este tipo de

acciones por considerar que no son suficientemente relevantes, con tal de proteger la inversión.⁴⁵

En conclusión, el argumento de la corrupción como objeción a la jurisdicción se define como un vicio del consentimiento, por cuanto el objeto de los Tratados Bilaterales de Inversión es el de proteger inversiones que se encuentren dentro del marco del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, es lógico pensar que los Estados no negocian y aceptan este tipo de obligaciones para que los inversionistas reclamen por hechos que vulneren sus propias normas. Lo importante es que esta interpretación sobre la legalidad de la inversión no sólo es tácita dentro del sistema, sino que, además, no requiere que expresamente se establezca así en la ley aplicable, puesto que se deriva de un método sistemático de análisis, como ha sido reflejado en la jurisprudencia.⁴⁶

Así las cosas, la defensa estructurada sobre la comisión de actos de corrupción por parte de los inversionistas se soporta en el requisito de legalidad

⁴³ ICSID Case No. ARB/13/6, Parr. 398: "...The seriousness of the act is a combination of both the importance of the requirements in the law and the flagrancy of the investor's non-compliance. The text or standing of the law – although central – does not in and of itself determine whether the legality requirement is triggered. Rather, the law must be considered in concert with the particulars of the investor's violation. An investor may violate a law of some import egregiously or it may violate a law of fundamental importance in only a trivial or accidental way. Seriousness to the Host State is to be determined by the overall outcome, which will depend on the

seriousness of the law viewed in concert with the seriousness of the violation."

⁴⁴ Lise Johnson, Lisa Sachs, Brooke Güven and Jesse Coleman, *Costs and Benefits of Investment Treaties. Practical Considerations for States*, Columbia Center on Sustainable Investment, Marzo 2018, p. 7, disponible en: file:///E:/Artículo%20Diana%20-%20Stefanny/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf ; Fach Gómez, Ob. Cit, Pg. 7

⁴⁵ Tamar Meshel, "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration", p. 269.

⁴⁶ Raouf, Ob. Cit., Pg. 134.

de la inversión. En esta solución, se han visto incorporados instrumentos exógenos al tratado con el fin de poder dar una solución a la lucha contra la corrupción que los tribunales han reconocido y han aplicado en los casos.⁴⁷

Sin embargo, el problema se presenta cuando un Tribunal no puede conocer de la controversia por carecer de los requisitos que lo habilitan para ejercer su jurisdicción, ya que se está limitando la resolución de un conflicto y se está perpetuando la insatisfacción de las partes involucradas.

b) El argumento de la corrupción como una cuestión de los méritos del caso.

La decisión respecto de si un alegato sobre corrupción se ubica en la fase de admisibilidad o méritos, no tiene una respuesta clara. En la parte anterior, se mencionaron algunos casos en los que las reclamaciones fueron desestimadas de plano, al no cumplir con los elementos habilitantes para ejercer la jurisdicción.

En casos en los que se desarrollan los alegatos de corrupción en la etapa de méritos, algunos tribunales han acudido a conceptos como orden público internacional, otros han acudido al concepto según el cual la inversión debe realizarse “de acuerdo con la ley” del Estado

receptor de la inversión y algunos otros han acudido a la buena fe en el que incluyen nociones como el principio beneficiarse de la propia culpa.

El caso *Al-Warraq v. Indonesia (Al-Warraq)* se relaciona con las medidas para la recuperación del *Bank Century*, entidad que era de propiedad del ciudadano de Arabia Saudita, el señor Al-Warraq. En 2008, el Banco Central de la República de Indonesia otorgó un préstamo de corto plazo, y lo sometió a especial vigilancia del Gobierno.

En el marco de estas intervenciones, se evidenciaron irregularidades en las actividades del *Bank Century* que terminaron en órdenes de captura contra el Sr. Al Warraq. Posteriormente se comprobó que los préstamos del Banco central fueron desviados para apoyar la campaña presidencial del 2009. Luego de estas investigaciones, las autoridades indonesias condenaron a Al-Warraq por lavado de activos y corrupción, además de proceder con la confiscación de sus acciones en este país.

En 2011, el Sr. Al-Warraq inició procedimientos de demanda bajo el Acuerdo de Promoción y Protección de los países la Organización para la Cooperación Islámica (*Organisation of the Islamic Conference -OIC Agreement*), bajo las reglas de UNCITRAL. En cuanto a los alegatos de

⁴⁷ Tamar Meshel, “The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration”, Pg. 273.

corrupción presentados por el Estado, el Tribunal determinó que estos se resolverían en la etapa de méritos.⁴⁸

En este punto, a pesar de que se reconoció la violación del estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal sostuvo que la conducta indebida del inversionista, le impidió beneficiarse de la protección de trato justo y equitativo y que, además, la doctrina de *clean hands* excluye la posibilidad de reclamar daños por este concepto.⁴⁹

Este caso es importante, porque es uno de los que resuelven el asunto de la corrupción en la etapa de méritos, y aplica la doctrina de *clean hands*, para declarar inadmisibles los reclamos del demandante, luego de verificar que los actos de corrupción se efectuaron luego de la constitución de la inversión.

Así mismo, la relevancia de este caso radica en el reconocimiento de que los Estados pueden imponer obligaciones internacionales a los inversionistas extranjeros,⁵⁰ como cumplir con el ordenamiento jurídico. Esta noción puede prever la posibilidad de que la siguiente generación de Acuerdos Internacionales de Inversión imponga

obligaciones tanto a los Estados como a los inversionistas extranjeros.⁵¹

El caso de *Kim* se relaciona con una serie de medidas regulatorias adoptadas por diferentes ramas del Gobierno sobre industrias cementeras, cuyo efecto fue la nacionalización indirecta de la propiedad de los inversionistas. El Estado alegó que el Tribunal estimó que la fase más apropiada para tratar los temas relacionados con los alegatos de corrupción era la etapa de méritos.⁵² En este caso, el Tribunal no encontró probado que se hubiera entregado un soborno al momento de la constitución de la inversión. No obstante, dejó la posibilidad de que en la etapa de mérito se discuta un acto de corrupción ocurrido durante la ejecución del contrato.⁵³

En la misma línea, se encuentra el caso de *Niko Resources v Bangladesh (Niko)*, aún pendiente de decisión final, en el que el Estado demandado presentó argumentos en los cuales sostuvo que el contrato principal había sido obtenido a través de actos de corrupción por parte del inversionista. En este caso, el Tribunal decidió seguir avanzando en el análisis de los alegatos de corrupción en la etapa de méritos, y manifestó:

⁴⁸ Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia, UNCITRAL, Award on Respondent's Preliminary Objections to Jurisdiction and Admissibility of Claims, (21 June 2012), Parr. 94-99.

⁴⁹ Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 December 2014), Parr. 621-648.

⁵⁰ Andrew Newcombe and Jean-Michel Marcoux, "Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia I Imposing International Obligations on Foreign Investors", ICSID Review, Vol. 30, No. 3 (2015), pp. 525-532, p. 1.

⁵¹ Ibid., Pg. 5

⁵² ICSID Case No. ARB/13/6, Parr. 615.

⁵³ ICSID Case No. ARB/13/6, Parr. 553.

*"[...] The Tribunals are conscious of the seriousness of corruption offenses. In their Decision on Jurisdiction, they have recognised that, as a principle of international public policy, the prohibition of bribery overrides the general principle of party autonomy otherwise widely upheld in international and comparative law. The Tribunals have noted that other ICSID tribunals have taken the initiative of examining alleged acts of corruption without being restricted by the specific allegations of the Respondents and their burden of proof with respect to them. Mindful of their responsibility for upholding international public policy, the Tribunals will therefore examine the corruption charges that have been raised by the Respondents[...]"*⁵⁴

En el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines (Fraport)* se reconoció que la ilegalidad de una inversión, puede ser también invocada como defensa a los alegatos de protección sustancial otorgada en el TBI. El Tribunal dispuso que, si el alegato sobre corrupción no es presentado en la etapa de

jurisdicción, este puede ser presentado en la etapa de méritos. En este caso el Tribunal declaró que carecía de jurisdicción en razón de la materia debido a que la inversión no se realizó de acuerdo con el derecho del país receptor, perdiendo los beneficios de protección contemplados en el TBI.⁵⁵

En la decisión de *Plama v. Bulgaria (Plama)*, el acuerdo, que en este caso era la Carta de Energía, no contenía una obligación de que la inversión se realizara "de acuerdo con la ley". Para este caso, el inversionista había engañado al Estado sobre la verdadera identidad y sus recursos financieros. Así, consideró: *"[T]he investment in this case violates not only Bulgarian law [...] but also 'applicable rules and principles of international law', in conformity with Article 26 (6) of the ECT [...]"*⁵⁶ El Tribunal concluyó que no podía otorgar la protección del Tratado al inversionista.⁵⁷

El requisito según el cual la inversión debe estar "de acuerdo con la ley", no deja de generar incertidumbres, pues los tribunales no han sido claros en identificar el alcance de dicha expresión. En *Inceysa*, el Tribunal sostuvo que, para la improcedencia de un alegato de esta naturaleza

⁵⁴ Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Prod. Co. Ltd. & Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp., ICSID Case Nos. ARB/10/11, ARB/10/18, Procedural Order No. 13, (26 May 2016), Parr. 7.

⁵⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award 16 August 2007, Parr. 396; Haugeneder, Ob. Cit., Pg. 331.

⁵⁶ *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, págs. 140 y 141.

⁵⁷ Haugeneder, Ob. Cit., Pg. 331.

(inversión hecha en derecho), la inversión tiene que haber sido hecha en una “*contravención significativa*” del derecho aplicable, tales como una “*grave indebida representación o fraude en una licitación pública*”.⁵⁸ No obstante, en el caso *Plama*, no existía el requisito de legalidad expreso en el TBI, y el Tribunal reconoció mediante otras fuentes, la existencia implícita de este requisito en el establecimiento de la inversión.

Vale la pena mencionar nuevamente el caso *WDF*, en el cual el Estado receptor de la inversión alegó que el contrato fue obtenido por el pago de una “dádiva” al presidente de ese entonces. Este caso fue un paso más delante de *Incyesa*, sosteniendo que los actos de soborno eran contrarios al “*orden público internacional de muchos, sino todos los Estados*”.⁵⁹ Adicionalmente, hizo referencia a las múltiples convenciones relacionadas con actos de corrupción, y con base en esta información, declaró que los Estados habían expresados preocupación en la lucha contra la corrupción, reflejada tanto en la legislación nacional, como en los acuerdos internacionales.⁶⁰

El Tribunal verificó la existencia de una norma objetiva de orden público internacional en contra

de la corrupción, haciendo referencia a los convenios internacionales, derecho comparado y laudos arbitrales.⁶¹ Así, sostuvo que “*a la luz de las leyes nacionales y los convenios internacionales relacionados con la corrupción, y a la luz de las decisiones adoptadas en este asunto por los tribunales y tribunales arbitrales, este Tribunal está convencido de que el soborno es contrario a la política pública internacional de la mayoría de los Estados. Por lo tanto, las reclamaciones basadas en contratos de corrupción o en contratos obtenidos a través de medios fraudulentos protegidos por un Tribunal Arbitral*”.⁶² La consecuencia de esta decisión fue la rescisión de las prestaciones.⁶³

III. Los estándares de prueba aplicables y sus consecuencias

En cuanto al estándar de prueba, se debe reconocer que la regla general en un acto de corrupción es que este no deje algún rastro de su configuración. Es así como aquellos casos en los que se admita expresamente la configuración de un acto de corrupción son extremadamente raros.⁶⁴

⁵⁸ CIADI No. ARB/03/26, Parr. 202; Losco, Ob. Cit., Pg. 1226.

⁵⁹ ICSID Case No Arb/00/7, 4 October 2006, Parr. 157. (traducción libre)

⁶⁰ Ibid. Parr. 146.

⁶¹ Losco, Ob. Cit., Pg. 1224.

⁶² ICSID Case No Arb/00/7, Parr. 157. (traducción libre)

⁶³ ICSID Case No Arb/00/7, Parr. 164, 186; Losco, Ob. Cit., Pg. 1224.

⁶⁴ Haugeneder, Ob. Cit., Pg. 332.

Sin embargo, en la práctica no se puede afirmar que haya estándar uniforme para la prueba del acto de corrupción alegado. En algunos arbitrajes en los que se ha declarado la existencia de un acto de corrupción, los tribunales no han discutido el estándar de prueba. En el caso de *WDF* y en el caso de *Inceysa*, por ejemplo, el estándar de prueba no fue discutido quizá porque la evidencia era suficiente para demostrar la configuración de un acto de corrupción.⁶⁵

La mayoría de los tribunales han adoptado la postura de que las pruebas sobre el acto de corrupción deben ser “evidencia clara y convincente”. Por ejemplo, el caso de *Fraport*, el Tribunal afirmó que, para considerar el argumento del Demandado sobre las actividades corruptas del inversionista, tienen que ser tan obvias que la relación causal entre todos los hechos deben mostrarlas;⁶⁶ lo que parece sugerir este argumento es que un tribunal arbitral no va a entrar a hacer grandes elucubraciones o a dejarse guiar por indicios para concluir si efectivamente prospera una defensa basada en actos corruptos.

En la práctica, no es claro qué estándar, si existe, se aplicará a futuros tribunales.⁶⁷ A lo anterior se suma la situación en la que otros tribunales han considerado que la evidencia aportada por el

Estado en defensa de sus alegatos, no ha sido suficiente, sin determinar cuál habrían sido los elementos para cumplir con la carga.⁶⁸

Desde el punto de vista práctico, el problema de la valoración probatoria subyace en que los actos ilegales, como los de corrupción, claramente se presentan disfrazados a través de actividades legales para que pasen desapercibidas ante las autoridades. Entonces, aún si se trata de tribunales que hacen grandes argumentos sobre la importancia de rechazar este tipo de comportamientos, la carga de la prueba es exclusiva de quien la alega (generalmente el Estado) y la consecución de evidencias fehacientes tiende a ser muy difícil debido los motivos oscuros que la preceden. En otras palabras, demostrar un acto corrupto que afecte la inversión puede ser muy difícil, y más aún si se trata de tribunales que no tienen posturas muy proactivas hacia “la lucha contra la corrupción” o si no tienen las herramientas suficientes para poder hacer un análisis satisfactorio.⁶⁹

⁶⁵ Ibid, Pg. 338.

⁶⁶ ICSID Case No. ARB/03/25, Pg. 478-479.

⁶⁷ Losco, Ob. Cit, Pg. 1228.

⁶⁸ Ibid, Pg. 1230.

⁶⁹ Fach Gómez, Ob. Cit., Pg. 23-25.

IV. Efectos de la defensa basada en actos de corrupción

En los puntos anteriores, se discutieron de manera general la forma en la que los Tribunales de arbitraje de inversión han abordado el asunto de corrupción, las fuentes utilizadas y algunas dificultades para dar solución sobre esta materia. En este punto, es necesario hacer alguna mención a los efectos que esta defensa acarrea en el escenario internacional.

Existen razones para dudar sobre la efectividad de este tipo de argumentación para la lucha contra la corrupción, ya que, si bien puede que avance sobre la revelación de una conducta corrupta por parte del inversionista, no pasa lo mismo cuando el Estado es quien propicia un ambiente de corrupción, o tiene funcionarios que son corruptos y no los sanciona.⁷⁰

Así, el hecho de que prospere una defensa del Estado basada en el acto corrupto, visto desde otra perspectiva, puede significar también un estímulo para que el Estado no corrija su conducta, beneficiándose de su propia culpa,⁷¹ ya que el efecto de un alegato de esta naturaleza es que el Tribunal se declare en la imposibilidad de conocer de los reclamos del inversionista, y por

ende la decisión carece de trascendencia como instrumento anticorrupción.

Por esta razón, se ha sostenido que los Tribunales deberían tener en cuenta no solamente las acciones del inversionista, sino del Estado receptor, con el fin de analizar el acto de corrupción alegado, para que este argumento no solamente se incline hacia el Estado, quien se beneficia totalmente de la inversión pero sin dar compensación a los inversionistas.⁷²

Adicionalmente, cuando el argumento de corrupción afecta directamente la jurisdicción del tribunal, implica que la disputa no sea arbitrable; en este contexto si el objetivo es corregir el ambiente que propicia prácticas corruptas puesto que estas afectan el imperio de la ley y la efectividad del sistema legal, el Estado no debería ser declarado el ganador. Esto es así porque la percepción sobre la capacidad regulatoria del Estado declina considerablemente. Su reputación y su intención de atraer inversión extranjera se ven afectadas.⁷³

Igualmente, es de tener en cuenta que, aunque en arbitraje de inversión no existe la figura del precedente judicial, estos casos deberían guiar la resolución de los asuntos de corrupción en los

⁷⁰ Meshel, Ob. Cit., Pg. 273; Leo O'toole, "Investment Arbitration: A Poor Forum for the International Fight Against Corruption", *Yale Journal of International Law*, disponible en: <http://www.yjil.yale.edu/investment-arbitration-a-poor-forum-for-the-international-fight-against-corruption/>

⁷¹ Meshel, Ob. Cit., Pg. 274; Habazin, Ob. Cit, Pg. 824.

⁷² Habazin, Ob.Cit, Pg. 825.

⁷³ Stefan Mbiyavanga, "Combating Corruption through International Investment Treaty Law", 1 *Journal of Anti-Corruption Law*, 132, (2017), Pg. 147.

tribunales futuros de arbitraje de inversión, lo que indiscutiblemente genera una obligación de coherencia dentro del sistema. En adición a lo anterior, se debe tener en consideración que en otras experiencias de arbitraje de inversiones “*es bien conocido el rechazo que el sistema arbitral de CIADI viene generando en determinados países de Latinoamérica. Buen ejemplo de ello ha sido la reticencia argentina a cumplir laudos dictados en contra del país a raíz de su crisis financiera, o las denuncias de Ecuador, Bolivia y Venezuela al Convenio de CIADI*”.⁷⁴

V. Conclusiones

Las defensas en arbitraje de inversión relacionada con actos de corrupción, es un tema complejo para los árbitros internacionales. El marco legal sobre la materia también representa un desafío para los operadores, ya que estos tienen un deber asegurar que tales instrumentos sean aplicables de la mejor manera.⁷⁵

Sin embargo, vale la pena resaltar que, en materia de interpretación, estos casos han permitido hacer un análisis comprensivo del orden público internacional, al tener en consideración los ordenamientos jurídicos nacionales y las

obligaciones internacionales en lo relacionado con la lucha contra la corrupción.

En cuanto a la consecuencia sobre los alegatos de corrupción, las respuestas no han sido claras. En primer lugar, cuando un inversionista ha violado el tratado en razón de su incompatibilidad con el derecho, es decir, que la inversión no se hizo “*de conformidad con la ley*”, el remedio ha sido de naturaleza jurisdiccional. En otras palabras, como la actividad de inversionista no califica como inversión bajo el tratado, este no puede beneficiarse de las medidas contempladas en el tratado, y en consecuencia, el inversionista pierde la protección sustancial de su inversión. En este caso, el tribunal mantiene su jurisdicción, pero los alegatos del inversionista se caen en los méritos del caso, ya que éste no tiene “legitimidad” para alegar alguna violación.⁷⁶

Por otra parte, el Tribunal puede ejercer su jurisdicción sobre la disputa y sostener que el acto corrupto del inversionista ha hecho que el contrato sea anulable, como lo estableció el Tribunal de *WDF*, en el cual, la competencia del Tribunal no fue otorgada mediante tratado, sino a través de un contrato sobre inversión. La reparación o la obligación secundaria en este caso fue la *restitutio in integrum*, que implica devolver

⁷⁴ Fach Gómez, Ob. Cit., p. 20.

⁷⁵ Raouf, Ob. Cit., Pg. 135.

⁷⁶ ICSID Case No. ARB/03/24, Párrs. 97-98; Losco, Ob. Cit, Pg. 1231.

a las partes al estado inicial, pero no incluyó la devolución de la coima pagada.⁷⁷

Lo anterior se traduce en que, en el caso en el que el Tribunal conozca del mérito del asunto, en un caso en que el existen alegatos de corrupción de alguna de las partes, la consecuencia lógica es la pérdida de beneficios o de protección sustancial otorgadas por el TBI correspondiente.

No obstante, la dificultad que encuentran los Tribunales en relación con la recaudación de evidencia, hace que todo el proceso de análisis se quede apenas en el papel y no permita que efectivamente los tribunales arbitrales tengan algún efecto en combatir este tipo de situaciones. El requisito de un estándar alto de prueba para demostrar corrupción, hace aún más difícil a los árbitros luchar contra la corrupción sin exceder los límites de su jurisdicción.⁷⁸

⁷⁷ Losco, Ob. Cit, Pg. 1231.

⁷⁸ Raouf, Ob. Cit, Pg. 135.

Evaluating the Impact of Private Law-Making in Corporate Social Responsibility

Gloria Ramos*

Resumen: *A través del estudio de la responsabilidad social corporativa (RSC), este artículo explora las maneras en que los actores privados de la sociedad tienen la habilidad de modificar el comportamiento corporativo sin requerir la intervención de instrumentos jurídicos vinculantes (hard laws). El artículo expone cómo la teoría de la empresa sienta las bases de la RSC y cómo la globalización ha detonado su progreso en el ámbito de derecho internacional, así como el surgimiento de instrumentos jurídicos no vinculantes (soft laws). La evolución de los procesos de creación de leyes es analizada a la luz de la RSC y la globalización y, a través de una serie de argumentos, se puede apreciar que estamos frente a una tendencia a regresar a tiempos más simples. Por tiempos más simples, se pretende hacer referencia a tiempos en que el honor es valorado, y la palabra tiene mucho peso, así como a tiempos en los que no se requieren actores gubernamentales para modificar la conducta de una persona, otorgándole así gran eficacia a este código de conducta informal.*

Palabras claves: Responsabilidad social corporativa – hard law – soft law – teoría de la empresa

Abstract: *This article explored the way in which private actors have the ability to modify corporate behavior without the intervention of hard laws through the study of corporate social responsibility (CSR). It outlines how the theory of the corporation sets the foundation for CSR, and how it has progressed into the international arena, where soft laws have arisen as a result of globalization. By means of an analysis of CSR and globalization, the article presents a series of arguments to explain the evolution of the law-making process, and how it seems to be reverting to simpler times – times in which honor is highly regarded and promises are kept, times where no government actors are required to modify anyone's behavior, and how, in certain ways, that informal code of conduct can still be applicable and enforceable.*

Keywords: Corporate social responsibility – hard law – soft law – theory of the corporation

* Gloria Ramos is a Costa Rican qualified lawyer. She holds a Bachelor in Laws and a Licenciante Degree in Law from the University of Costa Rica. Gloria holds a Master's Degree in Commercial and Corporate Law from Queen Mary University of London, and has been working in London since 2016 as an international commercial contracts negotiator. Contact: glo.ramos.r@gmail.com

I. INTRODUCTION

Development of the Theory of the Corporation

For whom are managers trustees? This interrogation developed a debate in the 1930's regarding theories of the nature of corporations and the managers' accountability, between two American law professors Adolf A. Berle and E. Merrick Dodd. Shareholders suffered a transition from being entrepreneurs to becoming "*passive investors who placed their economic interests in the hands of professional managers.*"¹ Berle believed that society should be based on the protection of private property. He split property in two classes: a) Active: referring to tangible property and b) Passive: "*a set of economic expectations,*"² the latter would be represented by a stock certificate or bond. Shareholding would fall under the passive type of private property, and the disadvantage that it has is that "*it leaves him [the shareholder] in the hands of the factual possessor or administrator of the massed wealth.*"³

Berle recognized that corporations were "*economic institutions which have a social service as well as a profit-making function*"⁴. However, he decided to favor the "profit-making" part of the

business as its main purpose, and managers had to make sure that this purpose was being fulfilled. Berle developed the Shareholder Primacy Theory which established that "*corporate purpose rejected any notion of management's power to engage in socially responsive activities.*"⁵ Management's exercise of power and control found its legitimacy on the protection of the shareholders' wealth maximization. Berle argued that managers' accountability was to shareholders, and as trustees they "*must act only in a way that furthered shareholder financial interests, because to countenance anything else would be to allow conduct no different from outright embezzlement of shareholder property by the trustee.*"⁶ As it can be perceived, Berle chose the shareholders' interests above all, rejecting the social conception of the theory of the corporation, considering that a business is created to generate profits for the owners, and managers must safeguard their wealth no matter what, due to the agency relationship they perform. Dodd was opposed to this line of thinking, as he insisted that "*an individual who carries on business for himself necessarily enters into business relations with a large number of persons who become either his customers or his creditors [...] He conducts it solely for his own private gain and owes*

¹ Millon, D. (1990) 'Theories of the Corporation', *Duke Law Journal*, 1990:201, pp. 201-262.

² Berle, A. (1932) 'For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note', *Harvard Law Review*, XLV(7), pp. 1365-1372.

³ Ibidem

⁴ Ibidem

⁵ Millon, D. (1990) 'Theories of the Corporation', *Duke Law Journal*, 1990:201, pp. 201-262.

⁶ Ibidem

*to those with whom he deals only the duty of carrying out such bargains as he may make with them.*⁷” He did understand that the business is created for the creation of wealth, however, due to the various external factors that brought this enterprise to life. According to Dodd, even though managers worked as agents to conduct the business *“for the sole benefit of the owner”*⁸, they had to take into consideration the diverse contract rights created between this *legal person* and subjects such as creditors and customers, as well as the impact it makes on the home state, the environment, and the community where it develops its operation, and as the *legal person* it is, it should be held socially responsible.

Whereas Berle believed in the shareholder primacy, Dodd stood by the argument that managers were trustees for the corporation *“as a socially responsible person”*⁹. He developed the theory of Corporate Realism by establishing *“that the corporation is a real entity distinct from its shareholders but similar to any other real person that entity has a social role and should be subjected to the principles of citizenship.”*¹⁰ He got to this point by separating corporate interest from the shareholders’ personal interests and discovered that this way corporate social responsibility

could be brought in the equation. Managers are accountable for this “socially responsible entity” so they are expected to have a socially responsible attitude towards the company’s internal and external stakeholders. David Millon described this management usage of their powers to benefit other participants of the corporation, instead of solely the shareholders as the “public law corporations”¹¹. This new conception of the greater good that Dodd developed has resulted in the fact that *“shareholders’ interests are reduced to a mere constraint on the pursuit of the firm’s own goals as an organization and as an entity that has its own separate existence”*¹².

Years later, the debate regarding the main purpose of the corporation continued. In 1970, Milton Friedman, Nobel Prize winner for his achievements in Economic Sciences, decided to side with Berle, as he defended that the social responsibility businesses had was to increase their profits. According to Friedman, the manager, as the corporate executive, *“is the agent of the individuals who own the corporation or establish the eleemosynary institution, and his primary responsibility is to them.”*¹³ He believed that the manager as an individual could recognize social responsibilities and choose to destine aid towards

⁷ Dodd, M. (1932) ‘For Whom Are Corporate Managers Trustees?’, *Harvard Law Review*, XLV(7), pp. 1145–1163.

⁸ Ibidem

⁹ Dignam, A.J. and Galanis, M. (2009) *The globalization of corporate governance*. United Kingdom: Ashgate Publishing. p. 16

¹⁰ Idem p. 15

¹¹ Idem p. 16

¹² Idem p. 28

¹³ Friedman, M. (1970) ‘The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits’, *New York Times Magazine*.

charities, church, communities, or any cause he deems worthy, however, in those types of cases the aid he provides should come exclusively from his own salary or personal savings and his personal time. By acting in such a way he is making the decisions as a principal, not as the agent.¹⁴ When dealing with corporate matters as a manager, the world's "social responsibilities" must be dealt with as "*social responsibilities of individuals, not of business*,¹⁵" because the agent's sole purpose is to serve the principal's interests.

The debate on managers' trusteeship has been going on for decades. In recent years, we have been witnessing a growth in the popularity of Corporate Social Responsibility, which would favor Dodd's point of view of the corporation. Nevertheless, managers still have a tremendous pressure exerted from shareholders, as they want their investments to have results in a quick manner. For this reason, Professor Mark J. Roe, considers that "*corporate policy law making and managers should be isolated from financial markets so that they are free to pursue longer-term goals*.¹⁶" Short termism in general is not positive for the economy's well-being, and it is a burden

for Boards of Directors and managers, who then have as a sole purpose the pleasing of the financial market, so long-term share value maximization is falsely created as short term results are the real expectation. One of the reasons for which short termism occurs inside the corporation is the fact that Chief Executive Officers want results within their term, however, if managers were diverted from the markets, to be able to focus on the corporation itself, its needs and long-term welfare, instead of succumbing to the shareholders' monetary aspirations¹⁷.

II. THE EVOLUTION OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Corporate Social Responsibility (CSR) is a product of the twentieth century. It follows Dodd's point of view regarding the managers' purpose in the corporation, now taking into consideration the social responsibility that the business has with its surrounding, and stakeholders, either internal or external. The concept started to appear in the business world in the 1950's. Howard R. Bowen, an economist known as the *Father of*

¹⁴ The agency relationship can be defined as "*a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent*" - Jensen, M.C. and Meckling, W.H. (1976) 'Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure', *Journal of Financial Economics*, 3(4), pp. 305-360.

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Roe, Mark J., Corporate Short-Termism – In the Boardroom and in the Courtroom (March 14, 2014). *Business Lawyer*; Vol 68, August 2013; ECGI - Law Working Paper No. 210; Harvard Public Law Working Paper No. 13-18

¹⁷ Ibidem

CSR “argued that social responsibility is no panacea, but that it contains an important truth that must guide business in the future.¹⁸” Bowen defined the concept of social responsibilities for the enterprises as “the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society.¹⁹” There is no fixed definition for CSR, however in its beginnings there were several attempts to define this concept, aside from Bowen’s description, Keith Davis set forth his explanation of the term as “businessmen’s decisions and actions taken for reasons at least partially beyond the firm’s direct economic or technical interest²⁰”. Another collaborator of the early contributions to produce a proper definition for CSR was William C. Frederick, which I consider is one of the most holistic descriptions created at the time: “[Social responsibilities] mean that businessmen should oversee the operation of an economic system that fulfills the expectations of the public. And this means in turn that the economy’s means of production should be employed in such a way that production and distribution should enhance total socio-economic welfare. / Social responsibility in the final analysis

implies a public posture toward society’s economic and human resources and a willingness to see that those resources are used for broad social ends and not simply for the narrowly circumscribed interests of private persons and firms²¹.”

Throughout the decade of the 1960s a couple of definitions of CSR continued to appear, for example Joseph W. McGuire stated, “the idea of social responsibilities supposes that the corporation has not only economic and legal obligations but also certain responsibilities to society which extend beyond these obligations²²”, which appears to be a more “positive” definition of this concept as it acknowledges that there are obligations other than the strictly economic and legal, instead of establishing that they are the type of decisions taken in spite of the firm’s economic interests. Six years after his own definition of CSR, Keith Davis, along with Robert Blomstrom defined it as follows, expanding the statement he had already exposed: “social responsibility, therefore, refers to a person’s obligation to consider the effects of his decisions and actions on the whole social system. Businessmen apply social responsibility when they consider the needs and interest of others who may be affected by business actions. In so doing, they look beyond

¹⁸ Carroll A, 'Corporate Social Responsibility, Evolution of a Definitional Construct' (1999) 38(3) Business & Society 268–295

¹⁹ Bowen HR, Bowen PG, and Gond J-P, *Social responsibilities of the businessman* (University of Iowa Press 2013)

²⁰ Davis K, 'Can business afford to ignore social responsibilities?' (1960) 2 California Management Review 70–76.

²¹ Frederick WC, 'The growing concern over business responsibility' (1960) 2 California Management Review 54–61

²² McGuire JW, *Business and society*. (McGraw Hill 1963)

*their firm's narrow economic and technical interests.*²³

During the 1970s the strive to define CSR continued, many other scholars set forth their input, but now, this topic reach institutional levels. The Committee for Economic Development (CED), created in the United States of America, in the midst of World War II (1942) by a group of businessmen who in view of the political and economic instability they lived in decided to establish this body dedicated to address the nation's priorities, promote economic growth and development²⁴. This organization published a Statement by their Research and Policy Committee in 1971 titled: "Social Responsibilities of Business Corporations". This instrument's main purpose was to address a concern that arose in 1967 after a symposium they organized, where now a greater attention was given *"to social problems and the importance of having both the public and private sectors make greater efforts to deal with these problems."*²⁵ This statement means to explain that businesses *"should do more to meet social needs, that we were not quite sure how to carry out this new business commitment to social problem-solving, and that to get results business*

*and government would have to develop an effective partnership."*²⁶ They realize and explain that the relationship that exists between society and corporations are substantially changing. Businesses were known to have as a main responsibility to generate wealth to its shareholders, now they are *"being asked to assume broader responsibilities to society than ever before and to serve a wider range of human values. Business enterprises, in effect, are being asked to contribute more to the quality of American life than just supplying quantities of good and services [...] its future will depend on the quality of management's response to the change expectations of the public."*²⁷ Once established the fact that private businesses must work hand in hand with the public to make a grander contribution to society, the CED developed a model with three circles of responsibilities:

- a) *The Inner Circle*: establishes responsibilities for the economic function to be executed efficiently.
- b) *The Intermediate Circle*: includes the responsibility of exercising said economic function taking into consideration the shifting social values and priorities.

²³ Keith Davis and Robert Blomstrom, *Business and its environment* (McGraw Hill 1966)

²⁴ <https://www.ced.org/about>. Accessed July 13, 2016.

²⁵ https://www.ced.org/pdf/Social_Responsibilities_of_Business_Corporations.pdf, p 7. Accessed July 13, 2016.

²⁶ Ibidem

²⁷ Idem p. 16

c) *The Outer Circle*: involves the emerging responsibilities to be assumed by corporations to broaden their participation to improve the social environment.²⁸

The 1980s brought more definitions to help shape the notion we understand today. Business Professor Edwin M. Epstein developed a definition for CSR by stating that it “*relates primarily to achieving outcomes from organizational decisions concerning specific issues or problems which (by some normative standard) have beneficial rather than adverse effects on pertinent corporate stakeholders. The normative correctness of the products of corporate action have been the main focus of corporate social responsibility.*”²⁹ Along with his explanation of CSR he brought to life what he called “corporate social policy process” which he stated was “*the institutionalization within business organizations of the following three elements... business ethics, corporate social responsibility and corporate social responsiveness*”³⁰. It is the first time, since the notion of CSR appeared, that “ethics” were brought into the picture. As it may be extracted from the definitions developed during the 70s and 80s CSR appeared to be an imposition rather than a reciprocation with society, phrases such as

“assumption of broader responsibilities to society”, “acting beyond the firm’s economic interests”, and “economic and legal obligations”, however it was never considered as a matter of *quid pro quo*. As it was stated by Dodd, since the moment a corporation is created, there is an automatic interaction of it with its employees, the environment, and the community it is established in, so in the same proportion the business “takes” from these stakeholders, it should give back. Personally, I believe that bringing ‘ethics’ into the equation is very accurate, its exact definition is: “*moral principles that govern a person’s behaviour or the conducting of an activity*”³¹, the corporation as a legal person should behave as a “good citizen” with every implication that conveys.

Archie B. Carroll, an academic in Business Management, followed the belief that corporations should fulfill the same responsibilities placed upon private citizens. Under this premise, he stated that corporate citizenship is composed of four faces: an economic, a legal, an ethical, and a philanthropic one. This combination of these parts means that “good” corporate citizens must comply with the following:

²⁸ Idem p. 15

²⁹ Epstein EM, 'The corporate social policy process: Beyond business ethics, corporate social responsibility, and corporate social responsiveness' (1987) 29 California Management Review 99–114

³⁰ Ibidem

³¹ Oxford, 'Ethics' (Oxford University Press 2016) <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/ethics>> Accessed 14 July 2016

- a) Being profitable: by fulfilling their economic expectations and responsibilities.
- b) Obeying the law: by complying with national regulations.
- c) Engaging in ethical behavior: by responding to ethical duties.
- d) Giving back: which means making corporate contributions for philanthropic matters³².

Although Carroll, believes that “obeying with the law” is one of the faces of corporate citizenship, he expands on the subject and states that the “*up-right corporate citizen must for beyond mere compliance with the law*,”³³ henceforth, ideally corporations should be one step ahead of national regulations, which can be reached by using private instruments such as internal policies within the companies. Regarding Carroll’s classification of responsibility, Marta Kadlubeck made a very interesting comparison of it with the psychologist Abraham Maslow’s hierarchy of needs. Maslow’s pyramid is based on his theory of human motivation. The steps of the pyramid are the following, from base to top: physiological needs, safety needs, love, belonging, and affection needs, esteem needs, and finally at the top self-

actualization. Maslow’s theory states that human beings need to satisfy their basic needs, starting with the physiological needs to be able to move on to other needs, which do not appear until the previous tier is fulfilled³⁴. Kadlubeck indicates that the two first levels of the pyramid of needs in the case of a corporation are “*economic responsibility, which means the necessity to develop the revenue providing at least the survival of the company, and legal responsibility, amounting to the necessity of compliance with legal regulations*.”³⁵ At the upper part of the pyramid we would have ethical responsibility, referring to the attitude and actions the company must take. Finally, at the top we would find philanthropic activities which result “*exclusively from the decisions of the company, which is not imposed, required or imposed legally*.”³⁶ Although Maslow’s hierarchy of needs refer to his theory of **human** motivation, in the case of CSR, many scholars and even managers have compared the corporation to a good citizen, as the ultimate desire is for this “legal person” to acquire a personality where ethics and moral obligations must be taken into account. According to Maslow, any given person has to achieve the satisfaction of their own set of needs first to be able to achieve a point a self-actualization, same case happens

³² Carroll AB, 'The Four Faces of Corporate Citizenship' [1998] (100/101) Business and Society Review 1–7

³³ Ibidem

³⁴ Maslow AH, 'A Theory of Human Motivation' (1943) 50(4) Psychological Review 370–396

³⁵ Kadlubeck M, 'The essence of corporate social responsibility and the performance of selected company' (20th International Scientific Conference Economics and Management - 2015 (ICEM-2015))

³⁶ Ibidem

with the case of corporations as legal persons, as they should first solve their basic needs, they must become financially stable and profitable to be able to sustain their operations costs, their employees and themselves in the economic arena, and once those stages are over, they can proceed to think on charitable and philanthropic activities. For this reason, we can observe greater consumer expectations from the public on the CSR policies of bigger, renown companies, which have proven to overcome the base of the pyramid, so socially they must face the pressure of giving back. Actually, nowadays, *“the product itself is no longer sufficient for consumers, but Corporate Social Responsibility a producer is equally important”³⁷*. Once the top tier of the pyramid is reached companies become able to take risks, to invest on areas other than direct costs of the operation, so at this point *“corporate social responsibility is perceived as an investment increasing the value of the company, leading to the development of positive relationships and strengthening its competitive advantage.”³⁸*

As it has been analyzed, many scholars dedicated themselves to the study of this area of business

law, moreover, there are several public institutions that have tried to define this concept as well. For example, the European Commission explains that CSR *“refers to companies taking responsibility for their impact on society. The European Commission believes that CSR is important for the sustainability, competitiveness, and innovation of EU enterprises and the EU economy. It brings benefits for risk management, cost savings, access to capital, customer relationships, and human resource management.”³⁹* The United Kingdom Department for Business Innovation and Skills developed its own definition for this concept, they establish *“the voluntary action businesses take over and above legal requirements to manage and enhance economic, environmental and societal impacts. It is about being a responsible business and as a part of an integrated and strategic approach creates shared value for business and society.”⁴⁰* Institutions, as it can be viewed here favor significantly the aspect of economic well-being, in virtue of their public nature, they must oversee that enterprises do not trample the economic status quo, if anything, amelioration should be the objective.

³⁷ Ibidem

³⁸ Ibidem

³⁹ COMM, 'Corporate social responsibility (CSR) - growth - European commission' (25 July 2016) <https://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_en> Accessed 19 July 2016

⁴⁰ Good for Business & Society: government response to call for views on corporate responsibility. (Department for

Business Innovation & Skills, April 2014) <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300265/bis-14-651-good-for-business-and-society-government-response-to-call-for-views-on-corporate-responsibility.pdf> Accessed on July 19, 2016.

In this chapter several definitions for CSR have been provided, similar words came up, similar obligations were acknowledged to be met by corporations, however we cannot describe CSR in one phrase and set it in stone. *“The vagueness and breadth of the formulations at international, regional and national levels gives some credence to the claim that there is only a hollow ‘presumption of agreement’ and that CSR is a concept which has no real definition.”*⁴¹ This lack of definition could lead to ambiguous laws if CSR was to be regulated through binding state-made laws. This concept *“is by definition voluntary and therefore success relies on a business-led approach. It is also diverse and constantly evolving to meet changing circumstances”*⁴², therefore, ideally it should be self-regulated by each private entity as they are the ones who truly know how capable are they, which policies will their line of business be more compatible with, and how to develop a strategy that will not be counterproductive for their growth.

III. TRANSNATIONAL LAW

Transnational Law was defined by Philip C. Jessup in 1956 as *“all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as well as other rules which do not wholly fit into such standard categories.”*⁴³ Jessup expresses that transnational law incorporates every type of law, no matter its origins, the important aspect is that it takes its content to an international scope. Transnational Law, although considered by many to be an amalgamation of national and international laws, could be understood as an exchange of ideas from various places and brought to a cross border scale. Challenging Jessup’s idea of transnational law as a concept that encompasses every field of law, simply elevated to an international level, we can find academics such as Peer Zumbansen who treats *“transnational law as conceptually distinct from national and international law because its primary sources and addressees are neither nation state agencies nor international institutions founded on treaties or conventions, but private (individual, corporate or collective) actors involved in transnational relations.”*⁴⁴

⁴¹ Dine J, *Companies, international trade and human rights* (Cambridge University Press 2010) p. 230

⁴² Good for Business & Society: government response to call for views on corporate responsibility. (Department for Business Innovation & Skills, April 2014) <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300265/bis-14-651-good-for-](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300265/bis-14-651-good-for-business-and-society-government-response-to-call-for-views-on-corporate-responsibility.pdf)

[business-and-society-government-response-to-call-for-views-on-corporate-responsibility.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/300265/bis-14-651-good-for-business-and-society-government-response-to-call-for-views-on-corporate-responsibility.pdf)> Accessed on July 19, 2016.

⁴³ Jessup PC, *Transnational Law* (New Haven, Yale University Press 1956) p. 136

⁴⁴ Cotterrell, Roger, What Is Transnational Law? (March 13, 2012). *Law & Social Inquiry*, Vol. 37, No. 2, 2012;

Zumbansen firmly believes that transnational law is created directly by market actors, diverted from any governmental involvement. In his paper “*Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*” he studies new types of international governance that have appeared throughout history, starting with *Lex Mercatoria*⁴⁵ and how it has evolved to the point of shaping what we know today as Transnational Commercial Law. This paper, while focusing on commercial arbitration, works as a point of comparison with this research paper’s topic, for the main purpose is to demonstrate that private law making is a viable means of regulation for businesses. When commercial relationships are produced “*by choosing the lex mercatoria the parties oust the technicalities of national legal systems and they avoid rules which are unfit for international contract. Thus they escape peculiar formalities, brief cut-o periods, and some of the difficulties created by domestic laws . . . nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law.*”⁴⁶ Arbitration emerged as an alternative dispute resolution system, that can be reviewed through ju-

dicial channels, but the whole point of this parallel system is to limit and/or avoid this judicial review. This conflict resolution system is chosen by the parties voluntarily, their respect for the arbitral award gives the final resolution autonomy, which for Zumbansen is a strong confirmation for this system’s effectiveness as well as an indication that it “*strengthens it from within*”⁴⁷. The theory that laws and rules can be made by private actors, and still be “binding” for them, still had many sceptics, as they consider this to be “law-less”. Sceptics perceive that any legislation-related outcomes done “*without taking the ‘round-about route’ through parliament, are making the presumed boundary between formally made ‘law’ and otherwise-produced norms and rules seem ever more questionable.*”⁴⁸ This criticism arose because this type of law is not fully codified, is not fully binding, and certainly it cannot be fully enforceable, as the laws produced by nation-states are, nevertheless, in the case of *Lex Mercatoria*, it has worked properly since the Middle Ages. It is the precept “*Pacta Sunt Servanda*”, which means that “*agreements are to*

Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012.

⁴⁵ *Lex Mercatoria* comes from Latin, meaning “mercantile law” and is defined by the Oxford Law Dictionary as “The general body of European usages in commercial matters. Lord Mansfield, by means of the Special Jury, absorbed many of the rules of this system into the common law in

the 18th century.” – Law J, 'Lex Mercatoria' (Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press 2014)

⁴⁶ Zumbansen P, 'Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law' (2002) 8(3) European Law Journal 400–432

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Ibidem

*be kept, treaties should be observed*⁴⁹” the principle that has made this type of law possible. As the world has evolved, today we still need this type of process as business has become a fast-paced global matter, “*the dynamics of transnational networks of production and distribution imply the need for flexible legal instruments to meet the demands of economic actors*⁵⁰”, there is still no global enforcer of law, so private regulations are valid, especially as they are obeyed voluntarily by the parties involved.

A. Legal Pluralism

State-made laws as we normally know them - which follow parliamentary procedure- possess two main characteristics which are relevant for this topic. On one side, its positive part which makes its content absolutely and completely binding for the persons, either legal or physical, who must comply with it. On the other hand, we have a less positive characteristic, which is its lack of flexibility. In the world we live in today, globalization along with new technologies have made a massive impact, and now every corporate and business environment totally fast-paced and dynamic, this means that waiting for a law to change and modernize is simply out of the question. Laws are the product of necessity, they

have to accommodate to be able to cover the changes the world, or any given field of law, where there is a loophole. Richard Nobles and David Schiff have explained how not only laws are the product a societal shift but also respond to a certain period of time: “*it [law] has to establish meanings within the temporal dimension; whatever is recognised by law as part of itself has a temporal meaning. Law has to attribute parts of itself to the past, and to the present, and to anticipate itself coming into being in the future.*”⁵¹” Laws nowadays, or even those relatively recently issued, would very unlikely anticipate the future, as high technologies have made the globalization process quicker, and the direction of the changes less predictable. This is the reason for which several international organizations, as well as private international bodies, have taken the initiative to create guidelines and regulations to set ground rules for corporate behavior. As the Danish economist, Ester Boserup once said “necessity is the mother of invention”, it was this need for a flexible, frontier transcendent, and dynamic to rule this emergent field of business law as a result of the globalized world.

The planet has seized to exist as a combination of countries where their own laws were created

⁴⁹ Law J, ‘Pacta Sunt Servanda’ (Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press 2014)

⁵⁰ Zumbansen P, ‘Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law’ (2002) 8(3) European Law Journal 400–432

⁵¹ R. Nobles & D. Schiff, ‘Luhmann: Law, Justice, and Time’ [2013] International Journal for the Semiotics of Law. p. 327

through their very own legislative procedures to become a “global legal playing field”, as explained by the Law professor Roger Cotterrell, which is described as “*a novel regime for governing global economic networks*⁵²”. The singularity of a new global legal regime is that “*there is no uniform jurisdictional reference point, no single discursive arena in which legal reasoning takes place*⁵³”, it is not the mixture of various legal systems, it is the creation of a whole new legal order by the stakeholders who get involved and abide by it. Multinational corporations as well as financial networks “*both shape and give authority to transnational regulation; an authority that might, in some cases, be as significant as the traditional forms of state-based legal authority*⁵⁴”.

According to Gunther Teubner, a legal scholar and sociologist, this new set of laws taken to a global scale will differ from nation-state produced laws, and their main characteristics will be the following:

- *Boundaries*: will cease to be territorially based, now they are formed by groups of professional communities, networks, or markets who will press for the production

of a legal order.

- *Sources of law*: global law would be produced through self-organized processes, that respond to technical needs that arise, based on structural couplings. The idea of structural couplings refers to a system where “*everything what is included, can be used by the coupled systems, everything else cannot be used. Through these couplings, a system is able to react on “irritations and causalities” in the relevant area and transform its structures if necessary*⁵⁵”.
- *Independence*: this type of law is strongly connected to the specific field of law it will impact, however it will be completely diverted from any political network, as it is created by the subject specialists instead of politicians via legislative processes.
- *Unity of Law*: this trait poses a conundrum as Teubner believes that “*a worldwide unity of the law, however, would become a threat to legal culture*⁵⁶”, he considers that the problem in the future of

⁵² Cotterrell, Roger, A Concept of Law for Global Legal Pluralism? (May 21, 2015). S. P. Donlan and L. H. Urscheler eds, Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives. Farnham: Ashgate, 2014, pp. 193-208; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 202/2015

⁵³ Ibidem

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ C. Mattheis, 'The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society' [2012] Goettingen Journal of International Law, e.g. 631

⁵⁶ Gunther Teubner, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society (1996). GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

this legal evolution would be the maintaining “*sufficient variety of legal sources exists in a globally unified law*”⁵⁷.

Legal pluralism consists on the fact that states are not the only source of law. This theory has existed long before the globalization process previously explained began, globalization has worked as a trigger it, however, as mentioned before *Lex Mercatoria* is a very interesting example of law-making where no sovereign was involved. *Lex Mercatoria* has received ample criticism for its soft law nature, since it is “*not binding in themselves, but are more than mere statements of political aspiration*”⁵⁸, nonetheless, it still “*is the most successful example of global law without a state*”⁵⁹. It has also helped break some established mindsets regarding the relationship between the law and the state: “*First, it does so by suggesting merely ‘private’ orders (contracts and associations) produce valid law without authorization from and control by the state. [...] Second, lex mercatoria breaks yet another element of taboo by claiming to be valid outside the nation state and even outside international rela-*

tions”⁶⁰.” Cotterrell believes that the predisposition of some sceptics to refute that this type of regulation is in fact law is a product of established and subconscious expectations of a legislative process, that creates fixed rules, which belong to a legal order that is backed up by a judicial system. He analyzes that this rejection of a new system with flexible standards is based on the fact that it does not contain “*imperative demands or specified permissions*”⁶¹ it is based simply on what he called “*negotiated understandings*”⁶²

The Austrian legal scholar and sociologist, Eugen Ehrlich, developed the concept of “Global Bukowina” which for him meant that “*civil society itself that will globalize its legal orders, distancing itself as it does from the political power complex*”⁶³. Cotterrell in his study of legal pluralism concluded that “*legal sociologists (unlike most jurists) are sometimes prepared to recognise ‘private legal systems’ and many varieties of social rules as law*”; in general, they are more open minded to a notion of law that is created as a response to a need, to fit a particular purpose,

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Law J, 'Lex Mercatoria' (Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press 2014)

⁵⁹ Gunther Teubner, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society (1996). GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Cotterrell, Roger, A Concept of Law for Global Legal Pluralism? (May 21, 2015). S. P. Donlan and L. H. Ur-

scheler eds, Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives. Farnham: Ashgate, 2014, pp. 193-208; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 202/2015

⁶² Ibidem

⁶³ Gunther Teubner, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society (1996). GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

where the private actors are able to comply voluntarily, instead of a hard law created by a state to create an expected enforceable behavior from the private actors either being individuals or corporations.

B. International Efforts on Corporate Social Responsibility

The development of Human Rights has been done in three stages. The first ones to be recognized were civil and political rights⁶⁴, followed by economic, social and cultural rights⁶⁵, and third generation rights⁶⁶. CSR has to protect rights stated in the second wave and the third generation, from the former the right to work, in proper discrimination free conditions where health is respected as well, and from the latter the protection of the environment as part of the community they carry their operations.

Most of the institutions exposed below are characterized by the fact that they are governmental organizations where states must reach agreements to release the guidelines or instruments they negotiate. The fact that states are the ones in charge of negotiating these tools, does not give them any more legitimacy than the one granted to private

law-making, it still is considered as “soft law”. We could consider these instruments to be “public” codes, as they are created under public international law. The first one was a product of the First World War, as part of the Treaty of Versailles, seeking universal and lasting peace based on social justice⁶⁷. The following two institutions were created as a by-product of the Second World War, an unforgettable historical moment when the world not only saw a terrible loss of human lives, a hideous damage to human integrity, the massive violation of human rights, but also a great international economic devastation. The last two examples are private international organizations dedicated to the improvement of business around the world.

International Labour Organization (ILO)

ILO was created in 1919. Its main purpose, as the Constitution's Preamble states is to solve social unfairness, “*whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required*”⁶⁸. This organization has issued two texts which work as

⁶⁴ 2016, 'International covenant on civil and political rights' (1996) <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> Accessed 23 July 2016

⁶⁵ International A, 'Human rights for human dignity' (2016) <<http://www.amnesty.org/en/what-we-do/living-in-dignity/>> Accessed 23 July 2016

⁶⁶ Office TC, Lords H of, and Commons, 'Joint committee

on human rights - Twenty-Ninth report' (21 July 2008) <<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/165/16509.htm>> Accessed 23 July 2016

⁶⁷ Organization IL, 'Origins and history' (1996) <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm>> accessed 27 July 2016

⁶⁸ Organization IL, 'Key Document - ILO constitution'

reference for the development and regulation of CSR. The first one is ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, which understands that *“economic growth is essential but not sufficient to ensure equity, social progress and the eradication of poverty⁶⁹”*, therefore ILO sees the need *“ILO to promote strong social policies, justice and democratic institutions⁷⁰.”* The second tool is the Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration), this text understands that multinational corporations can make a tremendous positive impact by boosting the economy of the host country, enhancing living conditions by creating job opportunities, however they can also lead to abuses either on employees or economically; so its purpose is to maximize the benefits that these corporations can bring to a host country, so this declaration is the materialization of an effort to develop *“information resources to encourage coordinated approaches between governments and enterprises, and providing training and supporting capacity building⁷¹”*.

United Nations Organization (UN)

The United Nations saw its beginning in 1945 and the main purpose for its creation was to *“maintain international peace and security⁷²”* as established in the Charter’s Article 1, subsection 1. To be able to achieve said purpose the organization must *“take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace⁷³”*. This same article, in its subsection 3 establishes that another aim is to accomplish international collaboration for economic and social problems, amongst others.

UN Guiding Principles on Business and Human Rights

In June 2011, The United Nations took the decision to sanction the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, also known as the

(1996)
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO> Accessed 27 July 2016

⁶⁹ 'The text of the declaration and its follow-up (DECLARATION)', <<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>> Accessed 28 July 2016

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ International Labour Organization, 'Multinational enterprises (EMP/MULTI)' (6 January 2009) <http://www.ilo.org/empent/units/WCMS_DOC_ENT_DPT_MLT_EN/lang--en/index.htm> Accessed 28 July 2016

⁷² 'United Nations', <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>> Accessed 25 July 2016

⁷³ Ibidem

Ruggie Principles, as it was Professor John Ruggie who proposed this framework. He defended his creation when introducing it to the UN Human Rights Council indicating the following: *"Each pillar is an essential component in an inter-related and dynamic system of preventative and remedial measures: the State duty to protect because it lies at the very core of the international human rights regime; the corporate responsibility to respect because it is the basic expectation society has of business in relation to human rights; and access to remedy because even the most concerted efforts cannot prevent all abuse."*⁷⁴ These principles are founded on basic notions – protection, respect, and remedies. The last one should one be implemented in a worst case scenario, as the state should always be able to protect, and the businesses should always be able to respect. It is also worth highlighting that these principles support the private policy making of corporations, as it is identified in Article 15 *"business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances, including: (a) A policy commitment to meet their responsibility to respect human rights; (b) A human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on*

*human rights; (c) Processes to enable the remediation of any adverse human rights impacts they cause or to which they contribute."*⁷⁵

UN Global Compact

Unlike the previously mentioned institutions, it helps businesses directly, and removes the need for governmental consensus. This project is based on ten basic principles, categorized into four main pillars, on which CSR policies should be based: Human Rights, Labor, Environment, and Anti-Corruption.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)

In 2010 the OECD released the Guidelines for Multinational Enterprises, which were created by governments to provide multinational companies with non-binding principles and canons that work as a code for the responsible conducting of a business⁷⁶.

International Finance Corporation (IFC)

The IFC is known to be the largest global institution dedicated to the development of the private sector in developing countries. This organization operates with a "Sustainability Framework"

⁷⁴ Project S and Reserved AR, 'UN guiding principles on business and human rights' (2016) <<http://www.shiftproject.org/page/un-guiding-principles-business-and-human-rights>> accessed 26 July 2016

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ OECD (2011), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing. <<http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>> Accessed 28 July 2016

which is composed of: a) Policy on Environmental and Social Sustainability, which requires “*investment clients to have a sustainability policy as part of clients' overall environmental and social management system*”⁷⁷; b) Performance Standards, these standards establish the responsibilities of the clients towards environmental and social risk administration⁷⁸; c) Access to Information Policy, which means that the IFC has a full disclosure policy in terms of the relevant information for each investment project such as the environmental and social implications it encircles⁷⁹. The IFC invests in projects depending on the risk management their clients have, which must be in line with the organization's own approach and the guidelines established.

International Organization for Standardization (ISO)

This is a non-governmental organization that is dedicated to develop international standards to promote innovation and deliver worldwide solution to international challenges as they arise. They have issued a standard exclusively on the

topic of social responsibility, ISO 26000. ISO, as Dodd, understands that corporations cannot work by themselves, once created they have several stakeholders included in the equation, and the “*relationship to the society and environment in which they operate is a critical factor in their ability to continue to operate effectively*”⁸⁰

As it has been explained before, CSR is a topic that cannot be generalized as such, each company has to address its own issues, which is the reason why ISO 26000 is not about providing a certification on CSR for companies, it serves as guidance because there is no fixed set of requirements for a certification on this. For ISO a socially responsible attitude means to act “*in an ethical and transparent way that contributes to the health and welfare of society*”⁸¹. These guidelines are flexible enough to suit companies of any size, activity or location. This tool has had the input of different professionals since its creations in 2010, ranging from NGOs, to consumers, to governments, as its aim is to provide businesses with a well-rounded guidance.

⁷⁷ 'Environmental and social sustainability policy', <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/environmental+and+social+sustainability+policy> Accessed 28 July 2016

⁷⁸ 'Environmental and social performance standards and guidance notes', <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+manage-

[ment/performance+standards/environmental+and+social+performance+standards+and+guidance+notes](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/performance+standards/environmental+and+social+performance+standards+and+guidance+notes)> Accessed 28 July 2016

⁷⁹ 'Disclosure portal', <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_site/Sustainability+and+Disclosure/Disclosure+Portal> Accessed 28 July 2016

⁸⁰ copyright, 'ISO 26000 in the post-2015 development agenda' (6 January 2016) <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>> Accessed 28 July 2016

⁸¹ Ibidem

C. Private Law Making and Self-Regulation

As it has been explained before, the legislative procedure is not very flexible, nor rapid. The public international law approach although well-intentioned, is in many cases truly idealistic as countries will be part of the negotiation process, but once the final product is ready, it is up to each country's parliament to ratify the treaties or not. Some countries tend to be present and active in the negotiation period, as well as the voting phase, but never include these treaties in their legal systems, for them to become truly binding; an example of this is the fact that the "Final Clauses" Section of the Paris Agreement, includes in Article 106, Subsection a) the following: "*106. Resolves to ensure the highest possible mitigation efforts in the pre-2020 period, including by: (a) Urging all Parties to the Kyoto Protocol that have not already done so to ratify and implement the Doha Amendment to the Kyoto Protocol*⁸²", this supports the statement above, and is one of the main reasons why the author of this paper believes that private law-making and self-regulation are the most accurate approach

for the regulation of the subject under study, especially as its compliance relies directly on corporations, which in many cases have a greater economic power than the gross domestic product of some developing countries can reflect. For the reason just stated, Teubner recognizes that "*enterprises [...] as private actors are dominant law-makers*⁸³" and that "*the internal legal regimes of multinational enterprises are a primarily, strong candidate for global law without a state*⁸⁴".

The United Kingdom has understood the intricacies of this topic and that "*the exact approach varies and is influenced by factors such as business size, sector and locality. In an increasingly volatile, uncertain, complex and ambiguous world, many UK based companies are leading the way*⁸⁵". Any topic that includes Human Rights, is a sensitive one, as its discourse "*has become globalized and is pressing for its own law, not only from a source other than the states but against the states themselves*⁸⁶". The UK has experience with the self-governance of companies, such is the example of the Cadbury Code,

⁸² UNFCCC, 'Agenda item 4(b) Durban platform for enhanced action (decision 1/CP.17) adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the convention applicable to all parties ADOPTION OF THE PARIS AGREEMENT' (2015) <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/109.pdf>> Accessed 25 July 2016

⁸³ Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society* (1996). GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ COMM, 'Corporate social responsibility (CSR) - growth - European commission' (25 July 2016) <https://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_en> accessed 19 July 2016

Good for Business & Society: government response to call for views on corporate responsibility. (Department for Business Innovation & Skills, April 2014)

⁸⁶ Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society* (1996). GLOBAL LAW WITHOUT A STATE, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

which is the product of the several corporate scandals that occurred in the UK in the decades of the 1980s and 1990s. With the issuance of this Code a “*requirement was added to the Listing Rules of the London Stock Exchange that companies should report whether they had followed the recommendations or, if not, explain why they had not done so (this is known as ‘comply or explain’)*”⁸⁷. The “comply and explain” concept is a useful idea for corporations, which are able to choose which approach is more adequate for their situation. The Code is able to deal with different circumstances which makes it a very flexible instrument for corporations. It is also an attractive guide to follow as it sets high standards, but is able to maintain the companies’ costs of implementation low⁸⁸. Cases such as the Cadbury Code exemplify that “*corporate governance codes may gain official authorization and support from state legislation [...] even if theses remain voluntary in the sense of lacking official enforcement*”⁸⁹.

Law-making and state regulations are created to lay a minimum behavior expected from citizens and corporations. Laws are usually a product of

a long time of “*give-and-take of political maneuvering. Therefore, the laws may not be at level or standard that is truly needed to protect various stakeholder groups*”⁹⁰. This political steering that characterizes law-making procedures is inadequate for this topic because, in a very fast-paced and changing business environmental laws can easily become outdated, and are never updated in proper time. Also in cases of long legislative debate a law that is supposed to address a current issue, at the moment it gets passed it is completely outdated, this is addressed by Carroll who considers that the way to avoid the problem just stated is through sound ethics as they “*are needed because laws may not be yet passed to reflect society’s thinking on the issue for some years to come. Laws, in other words, may lag behind ethical thinking*”⁹¹. For this same author, the notion of “business ethics” is the ability that corporations have to draft their own codes, formulate their business practices and suitable behavior, as it can be observed, business ethics is the foundation for self-regulation.

The basis of self-regulation relies on the fact that we should trust the private market actors’ ideas to produce decent and functioning guidelines to

⁸⁷ Financial Reporting Council, ‘The UK Approach to Corporate Governance’ (2010) <<https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/The-UK-Approach-to-Corporate-Governance.pdf>> Accessed July 25, 2016

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Cotterrell, Roger, What Is Transnational Law? (March 13, 2012). Law & Social Inquiry, Vol. 37, No. 2, 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012.

⁹⁰ Carroll AB, ‘The Four Faces of Corporate Citizenship’ [1998] (100/101) Business and Society Review 1–7

⁹¹ Ibidem

be followed. *“The ‘private’ in transnational law suggests that the dynamo of norm-production, development, interpretation and enforcement is primarily located with civil society actors rather than public authorities of the state or public international law [...] More significant than legislation by state authorities or international agencies is often the working out of regulatory practices in social (especially economic) interaction within networks of individuals, corporations, organisations and associations⁹²”*. Self-regulation should not be perceived as a means to look for loopholes that can be used in a self-centered manner for corporations pursuing their sole advantage.

IV. VOLUNTARY CODES ON CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Professor Dine stated that *“once it is possible to identify expectations with which companies can be expected to comply, a vital step in making them effective is to many the concept of corporate governance with these expectations⁹³”*. The “expectations” can be clearly identified in several instruments and guidelines that the organizations exposed above have issued, but one of the major

factors the forces corporations to establish a CSR policy *“is partly driven by the extreme difficulty which has been experienced in imposing such a concept on corporations by legally binding regulations⁹⁴”*. Those texts, although created by international organisms, even when directed by governments are merely soft law, therefore the compliance with those products of public international law is not compulsory at all for corporations, as they *“are not subjects of international law and it is difficult to hold them liable for violations of customary international law in general⁹⁵”*.

The scope of laws is reduced to the territory in which they were produced, whereas a code of conduct, policy or guideline created by a company will have effect on its operations worldwide. *“These codes specify responsibilities of companies towards society, with a particular focus on the worldwide operation of the companies and, in so doing, also address the responsibilities of entities in corporate groups and in distribution or supplier networks⁹⁶”*.

Overall, *“codes of conduct can be defined as a voluntary set of commitments that either influence corporate attitudes and behaviours or are*

⁹² Cotterrell, Roger, What Is Transnational Law? (March 13, 2012). Law & Social Inquiry, Vol. 37, No. 2, 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012.

⁹³ Dine J, *Companies, international trade and human rights* (Cambridge University Press 2010) p. 234

⁹⁴ Ibid p. 222

⁹⁵ Beckers A, *Enforcing Corporate Responsibility Codes* (Hart Publishing Ltd 2015) p. 19

⁹⁶ Beckers A, *Enforcing Corporate Responsibility Codes* (Hart Publishing Ltd 2015) p. 13

*undertaken by the corporation to define their intentions and/or actions with regard to ethical and other issues, or towards a range of stakeholders from a market-based perspective*⁹⁷. They provide a series of benefits such as flexibility, giving the company the opportunity to draft policies which are custom made, the codes on CSR will highly rely on the industry a company works on. For example, in the case of apparel companies, they must focus on labor conditions more than anything, and in cases of drilling or mining, the environmental impact must take into account as well as the employee's safety. Codes are able to keep up with a fast-paced environment, and provide *"creative and innovative solutions to complex social and environmental problems"*⁹⁸. They also enhance the creation of a benchmark, not only are social expectations created, but also business expectations, as one company starts to enforce a certain behavior, it would expect its supplier, distributors, or other related business to behave in the same way. Regarding this phenomenon, a *"tendency can be observed within large enterprises to incorporate their own corporate codes explicitly into contracts with business partners"*⁹⁹. Finally, codes are easily

visible, today, with the help of the internet, nearly every company has its CSR policy available on their webpage, this situation reveals a hint of transparency, but most of all it *"helps create an accountability relationship with key stakeholders"*¹⁰⁰. On this visibility aspect, Beckers compares these type of public statement on CSR as a promise, which was done voluntarily, and in view of this fact, it must be kept for the same reason, promises *"are not only from the linguistic but sociological perspective binding, it is also fairly uncontroversial to describe such promises in general, as conventional basis to create legal obligations"*¹⁰¹. This situation could be considered as a unilateral application of the *pacta sunt servanda* principle, the 'promise' the company makes publicly is to abstract concepts such as social and environmental well-being

Notwithstanding the benefits, codes are also criticized for its main weakness, the lack of accountability. This is an instrument developed by a corporation to regulate itself, therefore there is no external organism to overlook the correct situation management, or to punish if there is any breach. Unfortunately, today *"a global administration scarcely exists despite the existence of*

⁹⁷ Bondy K, Matten D, and Moon J, *Corporate social responsibility: Readings and cases in a global context* (Andrew Crane, Dirk Matten, and Laura Spence eds, Routledge 2007) 432–455 pt Codes of Conduct as a Tool for Sustainable Governance in MNCs

⁹⁸ Ibidem

⁹⁹ Beckers A, *Enforcing Corporate Responsibility Codes* (Hart Publishing Ltd 2015) p. 48

¹⁰⁰ Bondy K, Matten D, and Moon J, *Corporate social responsibility: Readings and cases in a global context* (Andrew Crane, Dirk Matten, and Laura Spence eds, Routledge 2007) 432–455 pt Codes of Conduct as a Tool for Sustainable Governance in MNCs

¹⁰¹ Beckers A, *Enforcing Corporate Responsibility Codes* (Hart Publishing Ltd 2015) p. 266

*numerous international organizations*¹⁰², reaffirming that there is no official enforcer of this new type of regulation. Nevertheless, the visibility aspect explained above, and how these type of codes or policies are easily available for the public in general, due to technological advancements product of globalization, the general public is now capable of directly taking action when a violation to human rights or the ecosystem occurs. One type of informal enforcement done by the consumer and public in general is naming and shaming defined as *“the activity of saying publicly that a person, company, etc. has behaved in a bad or illegal way”*.¹⁰³ Social media has made this type of pressure on companies very easy, people don’t even have to leave their home, they just need an account on social media, an internet connection, with which they could spread any illegal behavior incurred by any business, and as we may have seen with those empiric social experiments done through social media reveal, the word in cyberspace spreads at a very high speed. Recently we have had ‘tax shaming’ for global companies such as Google, Amazon, and Starbucks. In protest against the omission of tax payments, there were cases of people such as Mike

Buckhurst¹⁰⁴ who even decided to change to another search engine, change coffee shops, and stopped using Amazon.com to buy things online. Naming and shaming has been questioned by many as a method that may not be as effective as to correct irregular corporate behavior, however, after the tax shaming incidents that occurred with the companies above stated *“branding experts agree the reputational side of things is key, as it is hard to measure the direct impact of tax shaming on sales and profit. Dr Sue Bridgewater, a marketing expert at Warwick Business School, says if a company with a strong brand damages that, it also damages its financial ‘value’*¹⁰⁵”. Dr Stuart Roper, who is an expert on corporate reputation at Manchester Business School, analyzed this situation as well and he believes that the boycotting brands by people working individually would not have a great impact for the large companies whose sales trump any attempt at thwarting from individuals. He actually thinks that one of the worst weapons against companies is actually the naming and shaming done through social media and he cites the “#boycottstarbucks” case *“which was formed in the wake of the Starbucks story - because “a small number of people [can]*

¹⁰² Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society* (1996). *GLOBAL LAW WITHOUT A STATE*, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

¹⁰³ Cambridge Dictionary, 'Naming and shaming meaning in the Cambridge English dictionary' (© Cambridge University Press 2016) <<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/naming-and-shaming>> Accessed 29 July 2016

¹⁰⁴ Barford V and Holt G, 'Google, Amazon, Starbucks: The rise of ‘tax shaming’' *BBC Magazine* (21 May 2013) <<http://www.bbc.co.uk/news/magazine-20560359>> Accessed 30 July 2016

¹⁰⁵ Ibidem

*activate and ferment dissent among another group*¹⁰⁶. A second enforcement method is the corporate boycott. Boycotts¹⁰⁷ are usually successful when done through organized campaigns. Such is the case of the Shell Brent Spar, in 1995, when the oil company asked for permission from the UK government to dump the Brent Spar oil platform into the Atlantic Ocean. The UK government granted them permission, however several activists occupied the platform, protests grew, sales dropped in some places, so Shell decided to take back their decision to dump the entire platform¹⁰⁸. Another example is the Sea World and the orca breeding controversy. The People for the Ethical Treatment for Animals had been campaigning for several years to get Sea World to stop breeding orcas and release the living ones to the ocean, it was until March 2016, when Sea World announced that they were ending their orca breeding program¹⁰⁹. A third method of enforcement is industry out-casting. In this case, once the majority of the companies have created a CSR policy, and the benchmark explained above is created, then businesses will

close deals with others with a similar CSR policy, thereby causing a chain reaction, and if any business fails to create its own code, it could be out-casted by the industry based on its inability to comply with the new regulatory trend. Professor Ruggie identifies in the ISO 26000 “*the conflation of “influence as impact” with “influence as leverage.” Influence as impact refers to the impacts caused by an organization’s decisions and activities; influence as leverage refers to an organization’s capacity to influence other parties’ decisions to act or refrain from acting in certain ways*¹¹⁰”. The ability for a corporation to be able to exert considerable influence over their supply-chain or other stakeholders is “*highly fact-specific, depending on a number of factors including its size, geographic scale of operations, material and human resources, technology, knowledge, ownership and decision-making structures, strategic position in particular networks or communities, as well as the characteristics of its environment*¹¹¹”. Teubner very eloquently determined the new implications of this new emerging law, stating that “*global law will grow mainly from the social peripheries, not*

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ For a list of other successful boycotts refer to: <http://www.ethicalconsumer.org/boycotts/successfulboycotts.aspx>

¹⁰⁸ 2015 G, '1995 - shell reverses decision to dump the Brent Spar' (2015) <<http://www.greenpeace.org/international/en/about/history/Victories-timeline/Brent-Spar/>> accessed 26 July 2016

¹⁰⁹ Smith J, and Society NG, 'SeaWorld to end controversial Orca shows and breeding' *News* (17 March 2016)

<<http://news.nationalgeographic.com/2016/03/160317-seaworld-orcas-killer-whales-captivity-breeding-shamutilikum/>> accessed 29 July 2016

¹¹⁰ Wood S, 'Four Varieties of Social Responsibility: Making Sense of the ‘Sphere of Influence’ and ‘Leverage’ Debate via the Case of ISO 26000. Research Paper 14/2011' (2011) 7(4) OSGOOD HALL LAW SCHOOL - Comparative Research in Law and Political Economy

¹¹¹ Ibidem

*from the political centres of nation states and international institutions*¹¹², the three informal enforcements just exposed are evidence that this new transnational system is able to find its way to become enforceable even through different channels.

V. CONCLUSION

Globalization has generated the emergence of a new way of conducting business. Corporations have found a way to lower their costs by moving part of their operation abroad, and with the help of technology multinational companies have arisen. They move offshore usually to places where they have more freedom and less pressure from the host state using the pretext that they are improving the economy, creating jobs, and raising the standards in general. To leave the creation of Human Rights laws exclusively to nation states, could be somewhat risky, as host states in many cases do need foreign direct investment to ameliorate the economy, they would not have the stability and strength to be able to discourage the injection of investment in the country. This is a reality in developing countries in particular, if

Human Rights development was to be left to unethical political systems, it would probably end in disappointment. For this reason, society in general has been resorting to new types of regulations and a further development of transnational law. As Cotterrell stated *“to invoke an idea of transnational law is to suggest that law has new sources, locations and bases of authority*¹¹³”. The power of the State is undergoing a transformation, from being the entity who monopolized all the law-making power, to becoming an administrator of said power. In view of this fact, *“it is more likely, and perhaps less problematic, that any emerging system of transnational governance will involve a mix of strategies, including international treaties and institutions, transnational cooperation among governmental actors, national state regulation, transnational NGO activism, transnational litigation, consumer boycotts, and voluntary codes*¹¹⁴.” Times have substantially changed since Jessup gave his definition of transnational law in the 1950s, personally, I consider transnational law in this generation relates more to a field of law that affects private actors, either people or businesses, to a cross-border scale, where regulations can be managed privately, where compliance lies on any

¹¹² Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society* (1996). *GLOBAL LAW WITHOUT A STATE*, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996

¹¹³ Cotterrell, Roger, *What Is Transnational Law?* (March 13, 2012). *Law & Social Inquiry*, Vol. 37, No. 2, 2012;

Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012.

¹¹⁴ Wai R, 'Countering, Branding, Dealing: Using Economic and Social Rights In and Around the International Trade Regime' (2003) 14(1) *European Journal of International Law* 35-84

reached compromise, and enforcement can be attained through market forces.

Another characteristic of globalization is the easiness with which information is exchanged, which is one of the greatest advantages that the creation and development of codes has. Professor Sethi supports this idea, and takes it to another level, as he indicates that CSR *“implies bringing corporate behavior up to a level where it is in congruence with currently prevailing social norms, values, and performance expectations... [Social Responsibility] is simply a step ahead-before the new societal expectations are codified into legal requirements¹¹⁵”*. Consequently, the success of self-regulation in the shape of codes or policies does not rely simply on the publications of a code or policy on a webpage, it is much more delicate than that. The publicity given to these policies helps with their development by creating a standard, their true success depends *“on the market dynamics of what competitors do, it depends on whether clients trust your fair trade labels, it depends on how it affects the loyalty of the employees¹¹⁶”*.

Marks & Spencer (M&S) is one of the champion examples on this subject. In 2007 they launched “Plan A”, named that way by their CEO, referring to the fact that they would not develop a “plan B”. This initiative was quite successful, but M&S wanted to have a greater one with customers, so in 2013, the company decided to partner with ISO 26000 to guide the promotion of fair trade policies throughout their supply chain. *“By introducing ISO 26000 to its largest suppliers, M&S ensures their allegiance to more ethical standards¹¹⁷”*. M&S as a multinational retailer has to rely on its suppliers’ quality of materials, *“this means it is responsible for tracking “till the last mile” of the supply chain and checking the source of the raw materials and the labour conditions prevailing in its suppliers’ organization¹¹⁸”*. The company now has 60% of its suppliers on board with this sustainability framework, and the main lesson they have learnt is that *“even multinationals cannot change the world alone; they need to work with their partners¹¹⁹”*. The M&S case is proof of the fact that *“codes have the potential to be a powerful tool for self-regulation of corporations but only where the intent to implement co-exists with adoption¹²⁰”*.

¹¹⁵ Sethi SP and Falbe CA, *Business and society: Dimensions of conflict and cooperation* - S. Prakash Sethi - hardcover (Lexington Books 1987)

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ copyright, 'M&S champions sustainable business with ISO 26000' (2 September 2015) <http://www.iso.org/iso/home/news_index/news_archive/news.htm?refid=Ref1997> Accessed 29 July 2016

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ Ibidem

¹²⁰ Bondy K, Matten D, and Moon J, *Corporate social responsibility: Readings and cases in a global context* (Andrew Crane, Dirk Matten, and Laura Spence eds, Routledge 2007) 432–455 pt Codes of Conduct as a Tool for Sustainable Governance in MNCs

As it has been thoroughly explained, globalization changed the rules of the game, and the new exact rules of the playfield remain vague, “*the terrain of socio-legal research is shifting, [and] transnational law remains an imprecise notion¹²¹*”. Zumbansen established that “*the political challenge for this law -conceived of as autonomous- need not necessarily be understood as a mere reflection of ‘society’ organising itself by and with the help of law, prompting the transformation and eventual hegemonisation of formerly free actors and their institutions but, instead, as socialisation of law in a comprehensive sense.*” Private law-making has the capability of reaching a self-sufficient point, the success that *Lex Mercatoria* hints that the world is in fact ready for it. Its development has been such that we have been observing a codification of it, and alternate dispute resolution mechanisms such as international arbitration, although considered private justice, have the power to be binding between the parties that subject to it. It is up to this generation to make it work or bury it, but for its success the respect for compromises is absolutely vital. Now consumers in general are much more aware of any corporation’s irregular activities, and we

have the advancements of technology to thank for this; for this reason, companies for branding reasons may see an advantage if they comply before it is officially requested, simply understanding the benefits they will extract from having a socially responsible attitude towards society. Small businesses usually do not have the muscle that a large corporation has towards the raising of standards by reaching far more consumers and different locations as well as having an impact and governments, this was identified by the United Nations Office of High Commissioner for Human Rights: “*the ‘sphere of influence’ of a business entity tends to include the individuals to whom it has a certain political, contractual, economic or geographic proximity. Every business entity, whatever its size, will have a sphere of influence; the larger it is, the larger the sphere of influence is likely to be¹²²*.”

This new phenomenon is actually going back to basics, it is making the regulatory development less complicated, based on integrity, based on a very simple motto used by the London Stock Exchange: “*Dictum Meum Pactum¹²³*”.

¹²¹ Cotterrell, Roger, What Is Transnational Law? (March 13, 2012). Law & Social Inquiry, Vol. 37, No. 2, 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 103/2012.

¹²² Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Responsibilities of Transnational

Corporations and Related Business Enterprises” (E/CN.4/2005/91)

¹²³ ‘Our word is our bond’, (30 July 2016) <<http://www.lseg.com/resources/perspectives-global-markets/our-word-our-bond>> Accessed 30 July 2016

Derechos humanos ambientales

Mario Peña Chacón*

Resumen: *El desarrollo evolutivo de los derechos ambientales dentro del derecho internacional de los derechos humanos ha sido vertiginoso en los últimos años, tanto a nivel de instrumentos como de mecanismos internacionales, regionales y locales de derechos humanos. Muestra de ello lo son la Opinión Consultiva OC-23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú; los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; así como la actual tendencia mundial hacia su consolidación a través de un tercer Pacto Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas, impulsado por el Consejo Constitucional de Francia, el Club de Juristas de Francia y el Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), instrumento que vendría a complementar los dos primeros sobre derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.*

Palabras claves: *Derechos Humanos, Derecho Ambiental, Derechos Humanos Ambientales, Ecologización de los derechos humanos.*

Abstract: *The evolving development of environmental rights within International Human Rights law has been vertiginous at the level of international, regional and local Human Rights instruments and mechanisms. Examples of this are the recent Advisory Opinion OC-23-17 of the Inter-American Court of Human Rights; the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean; the reports of the United Nations Special Rapporteur on the issue of Human Rights obligations related to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, and the current global trend towards its consolidation by means of a third United Nations International Pact on Human Rights, promoted by the Constitutional Council of France, the Club of Jurists of France and the International Center for Comparative Environmental Law (CIDCE). Such instrument that would complement the first two, on civil and political rights, and on economic, social and cultural rights, both signed in 1966.*

Keywords: *Human Rights, Environmental Law, Environmental Human Rights, Greening Human Rights.*

* Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

“El reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal, puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el estado de derecho, la democracia, y fortaleciendo el derecho de la humanidad”

Michel Prieur

Introducción

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes. El goce completo de los derechos civiles y políticos es imposible sin el de los derechos económicos, sociales y culturales.¹ También el derecho humano al ambiente, considerado actualmente como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, viene hoy a completar y reforzar los derechos civiles y políticos.² Incumbe a los Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas protegerlos, así como promoverlos.³

Los derechos humanos y el derecho ambiental poseen la característica común de ser universalmente reconocidos y fundados sobre fuentes jurídicas internacionales. De ello resulta que las decisiones y las actividades que afectan el ambiente pueden afectar no solo a los derechos ambientales, sino también violar derechos humanos, entre ellos, los derechos a la vida, salud, alimentación, agua potable y saneamiento.⁴ De igual modo, ciertas afectaciones a los derechos humanos se acompañan de destrucciones del ambiente.⁵

Los efectos económicos, sociales y culturales de los perjuicios al ambiente sobre los derechos humanos afectan sobre todo a las personas y a las comunidades vulnerables. Los pueblos indígenas y comunidades locales son los más fuertemente afectados en razón de sus relaciones de dependencia estrecha con la naturaleza.⁶ De igual forma, son afectadas las poblaciones migrantes, las mujeres y niños, las personas con discapacidad y demás personas en situaciones de vulnerabilidad, incluyendo las generaciones futuras.⁷

¹ Párrafo 13 de la proclamación de Teherán de 1968 (UN doc. A/CONF 32/41); párrafo 5 de la declaración de Viena de 1993 (A/CONF.157/23).

² Véase la exposición de motivos del Proyecto de Pacto Internacional de relativo al derecho de los seres humanos al ambiente del Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE).

³ Resoluciones AG NU 32/130 del 16 diciembre 1977 y 41/117 del 4 diciembre 1986.

⁴ Opinión del Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE) sobre la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2017.

⁵ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op.cit.*

⁶ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op.cit.*

⁷ Preámbulo del Acuerdo de París de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (2015).

Las múltiples degradaciones del ambiente, resultado de contaminaciones de todo origen, del cambio climático y de pérdida de biodiversidad, imponen una mayor resiliencia de la humanidad. Esta resiliencia se funda en particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que son indisociables del derecho humano al ambiente.⁸

1. Fundamentos jurídicos del derecho humano al ambiente

En el derecho consuetudinario internacional existe un derecho humano al ambiente, considerando su reconocimiento internacional y nacional.⁹ Dicho reconocimiento refuerza la interdependencia entre los derechos humanos y el derecho ambiental.¹⁰

1.1. Reconocimiento implícito

Previo a su reconocimiento expreso, ya existía un reconocimiento implícito de la conexidad entre derechos humanos y derechos ambientales. Al efecto, Prieur¹¹ señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las

Naciones Unidas en su Resolución 217/A del 10 de diciembre de 1948, menciona en sus artículos 22, 25.1 y 29.2, conceptos e ideas que son centrales para el derecho humano al ambiente, entre ellos: dignidad, cultura, salud y bienestar.

Específicamente, el artículo 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que se extiende a su familia, *la salud y el bienestar*, y en especial, *a la alimentación, el vestido y la vivienda*. Mientras que el artículo 29.2. menciona la *satisfacción del bienestar general en una sociedad democrática*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976, en su artículo 12.2.b. en relación al derecho a la salud física y mental, obliga a los Estados Parte *a tomar las medidas necesarias para asegurar el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente*, lo que muestra la utilización del concepto ambiente en este Pacto de 1966 y demuestra que, desde esa época, el ambiente en relación con la salud estaba plenamente reconocido como un derecho

⁸ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op cit*.

⁹ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op cit*.

¹⁰ Prieur, M., Bétaille, J., Delzangles, H., Makowiak, P., Steichen, P., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7 ed., París, 2016, p.86 y ss.

¹¹ Prieur, M. *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, París, 2014, pp.714.

humano en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales.¹²

1.2. Reconocimiento expreso

Todas las conferencias internacionales de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo Sostenible han admitido, por consenso, la existencia y la importancia del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado permitiendo vivir en dignidad y bienestar: Declaración de Estocolmo 1972, Declaración de Río 1992, Declaración de Johannesburgo 2002, Declaración de Río + 20 del 2012.¹³

A ello deben sumarse los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Agenda 2030) adoptados el 25 de setiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde figura la dimensión ambiental del desarrollo sostenible, así como la Declaración de Cancún 2016 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre integración de la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad para el bienestar.

Desde la Declaración de Estocolmo 1972, principio 1, existe un consenso internacional según el cual cada persona tiene un derecho fundamental a condiciones de vida adecuadas, en

un ambiente en el que su calidad le permita vivir en dignidad y bienestar.¹⁴

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado numerosas resoluciones relativas a derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho al ambiente sano y equilibrado, entre ellos el derecho humano al agua potable y saneamiento (Resolución 64/1992, 28 de julio de 2010, Resolución 70/169, 18 de diciembre de 2014), derecho a la alimentación (Resolución 69/1997, 18 de diciembre de 2014), armonía con la naturaleza (Resolución 64/169 del 2009, Resolución 65/164 del 2010, Resolución 66/204 del 2011, Resolución 67/214 del 2012, Resolución 68/216 del 2013, Resolución 68/224 del 2014, Resolución 70/208 del 2015), acceso de todos a servicios energéticos fiables y modernos (Objetivos de Desarrollo Sostenible número 7-1 Asamblea general de Naciones Unidas 25 septiembre 2015, A/70/1). También ha adoptado la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 (Resolución 37/7 de 1982).¹⁵

A la vez, una gran cantidad de convenciones universales y regionales sobre el ambiente han consagrado jurídicamente el derecho humano al

¹² Prieur, *op.cit.*

¹³ Opinión consultiva, *op.cit.*

¹⁴ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op.cit.*

¹⁵ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op.cit.*

ambiente, entre ellas: Carta Africana de los Derechos Humanos de 1981; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988; Protocolo de Maputo sobre el Derecho de las Mujeres en África de 2003; Convención Africana de Maputo sobre Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales de 2003; Carta Árabe de los Derechos Humanos de 2004, así como el Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus) de 1998 que ostenta una vocación de carácter universal.¹⁶

Resoluciones y Reportes de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han plasmado la relación simbiótica entre derechos humanos y medio ambiente. En el Reporte del 26 de julio de 1994 E/CN.4/Sub.2/1994/9 se propuso, en su Anexo I, un proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Ambiente.

Numerosas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos acentúan la articulación entre derechos humanos y ambiente. En ese sentido, la Resolución 25/21 (A/HRC/RES/25/21) “*Derechos Humanos y*

Ambiente” afirma que: “*el derecho de los derechos humanos impone a los Estados determinadas obligaciones que guardan relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Y que el disfrute de los correspondientes derechos humanos y libertades fundamentales puede facilitarse si se efectúan evaluaciones de impacto ambiental, se hace posible la participación efectiva en los procesos decisorios en materia ambiental, y que una buena práctica en ese respecto es aprobar, reforzar y aplicar leyes y otras medidas que promuevan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la legislación y políticas ambientales*” (párrafo 4). También la Resolución 31/8 de 2016 del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/RES/31/8) “*Derechos Humanos y Ambiente*” reconoce que “*el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos*”, “*los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas tanto directas como indirectas en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos*”. Dicha Resolución exhorta a los Estados a respetar, proteger y tornar efectivos los derechos humanos, en particular, en

¹⁶ Opinión consultiva, *op.cit.*

las medidas relacionadas con problemas ambientales.

El vínculo entre derechos humanos y ambiente ha sido identificado en los reportes concernientes a las obligaciones relativas a los derechos humanos en relación a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, realizados por el Experto Independiente de las Naciones Unidas, actualmente bajo el estatus de Relator Especial, John Knox, en el marco del Consejo de Derechos Humanos. En el reporte del 24 de diciembre de 2012 (A/HRC/22/43) se presentan los diferentes derechos humanos amenazados por las afectaciones ambientales, entre ellos: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad, derecho a la alimentación. En el Informe de 2015 (A/HRC/31/53) se ha sostenido que *“Se coincide en que la degradación del medio ambiente puede interferir, y de hecho lo hace, en el disfrute de una amplia gama de derechos humanos”* y se subraya la importancia de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) para los derechos humanos y el ambiente. Mientras que el Informe del 2016 (A/HRC/31/53) se

desarrollan los diferentes derechos humanos que están en riesgo a raíz del cambio climático.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, en su opinión consultiva del 8 de Julio 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, consideró que: *“el ambiente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, incluidas las generaciones futuras”*.¹⁷

Además, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental,¹⁸ suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Rio de Janeiro del 2016, reconoce en su preámbulo: *“la estrecha vinculación entre los derechos humanos y la conservación y protección ambiental al igual que la fundamental importancia que tiene mantener la integridad ecológica para lograr el bienestar del ser humano y combatir la pobreza”*, mientras que la Resolución WCC-2016-Res-081¹⁹ del Congreso

¹⁷ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op cit*.

¹⁸ Esta Declaración fue adoptada durante el 1er Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL, por sus siglas en inglés, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización de Estados Americanos, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios, en abril de 2016 en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12 de febrero de 2017. Esta declaración no

representa necesariamente un documento negociado y no refleja opiniones de ningún individuo, institución, Estado o país representado en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental o sus posiciones en relación con los temas abordados en la declaración y tampoco refleja necesariamente las opiniones individuales y los puntos de vista de los miembros del Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental.

¹⁹ Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/es/node/46498>

Mundial de la Conservación de la UICN desarrollado en Hawái en setiembre del 2016, reconoció expresamente la necesidad de un derecho de la humanidad a un ambiente sano.

Más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció a través de la Opinión Consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre 2017, reconociendo expresamente el derecho a un ambiente sano como un derecho humano autónomo incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) protegidos por el artículo 26 de la Convención, derecho que protege a la naturaleza y al medio ambiente no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.

Por su parte, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú,²⁰ es el primer instrumento regional vinculante sobre derechos humanos y

medio ambiente, cuya elaboración contó con el liderazgo de las delegaciones de Costa Rica y Chile, así como con la participación activa de la sociedad civil, y su objetivo es el de garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

De la mano con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) de las Naciones Unidas y la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, instrumentos internacionales con los que guarda una estrecha relación jurídica, el Acuerdo de Escazú reconoce la interrelación e interdependencia existente entre la triada de derechos humanos ambientales de acceso o procedimentales y su aplicación de forma integral y equilibrada, así como su preponderante rol para efectivizar los derechos ambientales sustantivos (derechos al ambiente, salud, alimentación, agua potable, saneamiento, vivienda, paz, entre otros), contribuyendo con ello al fortalecimiento de la democracia, el

²⁰ De conformidad con los votos constitucionales: 3705-2003, 6240-1993 y 2485-1994, el Derecho internacional de los derechos humanos es de obligado acatamiento y plena ejecutoriedad, incluso los instrumentos internacionales no ratificados en tanto la formulación de su texto no exijan de

un desarrollo legislativo posterior. Sus normas son imperativas por lo que los jueces están obligados a aplicarlas en forma automática, junto con la Constitución, los códigos y la demás normativa del país. Se trata de legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa.

desarrollo sostenible y los derechos humanos en la región.

El Acuerdo de Escazú desarrolla de forma amplia y progresiva los tres derechos humanos ambientales de acceso y es el primero, a nivel mundial, en reconocer los derechos de los defensores de derechos humanos ambientales. Una vez que entre en vigencia, integrará el *corpus iure* interamericano y, como tal, será objeto de interpretación, aplicación y desarrollo por parte de los organismos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A nivel interno, obligará a los estados suscriptores a ajustar su normativa de rango inferior para que logren cumplir con los estándares mínimos establecidos por el Acuerdo y, a la vez, a cumplir con el debido control de convencionalidad.

Paralelamente a las diversas formas de consagración internacional de los derechos humanos antes expuestas, más de 120 constituciones nacionales lo han integrado como objetivo social. Más de 95 de entre ellas han consagrado el derecho humano al ambiente como un nuevo derecho fundamental de valor constitucional. Y aún en ausencia de disposiciones constitucionales expresas,

numerosas cortes constitucionales o cortes supremas han igualmente reconocido el derecho al ambiente.²¹

Para Prieur²², el reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal, puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el estado de derecho, la democracia, y fortaleciendo el derecho de la humanidad. Además, el derecho al desarrollo ligado al derecho al ambiente gracias al principio del desarrollo sostenible, es indisoluble de la protección del ambiente en el contexto de la instauración de un nuevo orden económico internacional.²³

Al efecto, cabe destacar que en su primer informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 37/8 del Consejo de Derechos Humanos), el anterior y el actual Relator Especial, recomendaron conjuntamente el reconocimiento expreso del derecho humano a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, ya sea a través de un instrumento de alcance mundial, como el Pacto Mundial por el Ambiente; un protocolo adicional a un tratado de derechos humanos vigente como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

²¹ Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op cit.*

²² *Ibid.*

²³ Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el Desarrollo (41/128, 1986) y sobre la Instauración de un nuevo orden económico internacional (63/224, 2008; 64/209, 2009; 65/167, 2010; 67/217, 2012)

y Culturales; o bien a través de una resolución de la Asamblea General de la ONU centrada en el derecho a un medio ambiente saludable.

2. El derecho al ambiente y los derechos y obligaciones que concurren en su realización efectiva

Sobre la base de los principios desarrollados en las Declaraciones de Estocolmo 1972, Río 1992 y de un gran número de convenciones internacionales ambientales, se puede considerar que el derecho al ambiente se encuentra condicionado por el respeto de sus principios generales. Dichos principios traducen el derecho humano al ambiente, dan forma y orientan la aplicación efectiva del derecho ambiental. A la vez, otorgan a cada persona la posibilidad de exigir jurídicamente su tutela.²⁴

Tales principios generales se encuentran extendidos en las regulaciones internacionales, regionales, nacionales y locales, y comprenden una serie de derechos y obligaciones de carácter procedimental consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos,

limpio, saludable y sostenible, tales como el acceso a la información ambiental, participación pública, acceso a la justicia ambiental y a la educación; así como obligaciones sustantivas de prevención, precaución, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad y restauración de daños ambientales.²⁵

El borrador preliminar del “*Pacto Global por el Medio Ambiente*”²⁶ sintetiza los principales derechos y obligaciones consustanciales e inherentes al derecho a un ambiente sano, tal y como se desglosan a continuación:

Derecho a un medio ambiente ecológico. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización.

Deber de cuidar el medio ambiente. Todo Estado o institución internacional, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, tiene el deber de cuidar el medio ambiente. Con este fin, todos deben contribuir en sus propios niveles a la conservación, protección y restauración de la integridad del ecosistema terrestre.

²⁴ Opinión consultiva, *op.cit.*

²⁵ Informe A/HRC/28/61 del Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, de 2015.

²⁶ Texto elaborado por expertos provenientes de 40 países, bajo el impulso de Laurent Fabius, presidente del Consejo

Constitucional de Francia, y del Club de Juristas de Francia, que tiene por **objetivo convertirse en el tercer Pacto Internacional de Naciones Unidas, complementando los dos primeros sobre derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.**

Integración y desarrollo sostenible. Todo Estado debe integrar los requisitos de protección ambiental en la planificación y ejecución de sus políticas y actividades nacionales e internacionales, especialmente para promover la lucha contra el cambio climático, la protección de los océanos y el mantenimiento de la biodiversidad. Ellos perseguirán el desarrollo sostenible. Para ello, deben garantizar la promoción de las políticas públicas de apoyo, los patrones de producción y consumo sostenible y respetuoso con el medio ambiente.

Equidad intergeneracional. La equidad intergeneracional guiará las decisiones que puedan tener un impacto en el medio ambiente. Las generaciones presentes deben garantizar que sus decisiones y acciones no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Prevención. Se deben tomar las medidas necesarias para prevenir daños ambientales. Los Estados tienen el deber de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al ambiente de otros Estados o en áreas más allá de los límites de su jurisdicción nacional. Deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se lleve a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de cualquier decisión tomada para autorizar o emprender un proyecto, una actividad, un plan o

un programa que pueda tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de un proyecto, actividad, plan o programa antes mencionado que autoricen o realicen, habida cuenta de su obligación de diligencia debida.

Precaución. Cuando exista un riesgo de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no puede utilizarse como motivo para posponer la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir la degradación del medio ambiente.

Daños Ambientales. Se deben tomar las medidas necesarias para asegurar una corrección adecuada de los daños ambientales. Los Estados deben notificar inmediatamente a otros Estados cualquier catástrofe natural u otra emergencia que pueda producir efectos nocivos repentinos en el medio ambiente de otros Estados. Los Estados deben cooperar rápidamente para ayudar a los Estados afectados.

Contaminador-Pagador. Los Estados deben velar por que los costos de prevención, mitigación y remediación de la contaminación y otras perturbaciones y degradaciones ambientales sean soportados, en la mayor medida posible, por quien los origina.

Acceso a la información. Toda persona, sin estar obligada a declarar un interés, tiene derecho

de acceso a la información medioambiental en poder de las autoridades públicas. Las autoridades públicas recopilarán y pondrán a disposición del público, en el marco de sus legislaciones nacionales, la información ambiental pertinente.

Participación pública. Toda persona tiene el derecho de participar, en una etapa apropiada y mientras las opciones estén aún abiertas, en la preparación de decisiones, medidas, planes, programas, actividades, políticas e instrumentos normativos de las autoridades públicas que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente.

Acceso a la justicia ambiental. Los Estados deben garantizar el derecho de acceso efectivo y asequible a los procedimientos, incluidos los recursos judiciales y administrativos para impugnar actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que contravengan el derecho ambiental

Educación y capacitación. Los Estados deben asegurar que la educación ambiental, en la medida de lo posible, se enseñe a los miembros de la generación más joven, así como a los adultos, a fin de inspirar a toda una conducta responsable en la protección y mejora del medio ambiente. Los Estados deben garantizar la protección de la libertad de expresión y de información en materia de medio ambiente, así

como apoyar la difusión por los medios de comunicación de información de carácter educativo sobre los ecosistemas y sobre la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente.

Investigación e innovación. Los Estados deben promover, en la medida de sus posibilidades, la mejora del conocimiento científico de los ecosistemas y el impacto de las actividades humanas y cooperar mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos y reforzar el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías respetuosas con el medio ambiente, incluidas las tecnologías innovadoras.

Función de los agentes no estatales y de las entidades subnacionales. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para fomentar la aplicación de los derechos humanos ambientales por parte de actores no estatales y entidades subnacionales, incluida la sociedad civil, los agentes económicos, las ciudades y las regiones, teniendo en cuenta su papel fundamental en la protección del medio ambiente.

Efectividad de las normas ambientales. Los Estados tienen la obligación de adoptar leyes ambientales eficaces y de asegurar su aplicación efectiva y justa.

Resiliencia. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para mantener y restablecer

la diversidad y la capacidad de los ecosistemas y las comunidades humanas para hacer frente a las perturbaciones y la degradación del medio ambiente y a recuperarse y adaptarse.

No regresión. Los Estados y sus entidades subnacionales deben abstenerse de permitir actividades o adoptar normas que tengan el efecto de reducir el nivel global de protección ambiental garantizado por la legislación vigente.

Cooperación. A fin de conservar, proteger y restaurar la integridad del ecosistema y de la comunidad de vida de la Tierra, los Estados deben cooperar de buena fe y en un espíritu de asociación mundial para la aplicación efectiva de los derechos humanos ambientales.

Conflictos armados. Los Estados deben adoptar, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, todas las medidas factibles para proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Diversidad de situaciones nacionales. Debe prestarse especial atención a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista medioambiental. Debe tenerse en cuenta, cuando proceda, las responsabilidades comunes y diferenciadas de los Estados, así como las respectivas capacidades, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales.

3. Otros derechos humanos íntimamente vinculados al derecho a un ambiente sano y equilibrado. Ecologización de los derechos humanos.

Las afectaciones al ambiente a menudo son acompañados de violaciones directas o indirectas de otros derechos humanos, autónomos e independientes, que orbitan al derecho a un ambiente sano y equilibrado, y que se encuentran íntimamente vinculados a éste.

Para entender el fenómeno jurídico de la ecologización de los derechos humanos debe primero tenerse claro la existencia de una serie de derechos humanos autónomos e independientes entre sí, pero íntimamente ligados al derecho a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, conocidos en su conjunto como *derechos humanos ambientales*, los cuales de conformidad con la Opinión Consultiva OC-23-17 y los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, se clasifican en dos grupos, por una parte los derechos de procedimiento o de acceso: derecho de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental; y por la otra los derechos sustantivos, entre ellos: derecho a la

vida, a la integridad personal, salud, agua potable y saneamiento, alimentación, vivienda, propiedad, paz, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, derechos de los desplazados ambientales y los derechos de los defensores de los derechos humanos.

Tomando como base el *Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente* del Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), así como del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú),²⁷ se procederá a analizar cada uno estos derechos humanos y su relación simbiótica con el derecho al ambiente sano y equilibrado.

3.1. Derecho humano al agua potable y al saneamiento

De conformidad con la Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 2015, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente,

salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, mientras que en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad, al tiempo que reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado.

Existe una prolífica cantidad de regulaciones internacionales, regionales y locales que han reconocido el derecho humano al agua potable y saneamiento.²⁸ Naciones Unidas lo ha hecho a través de Resoluciones de la Asamblea General, entre ellas: A/RES/64/292, “*El derecho Humano al agua y el saneamiento*” del 3 de agosto de 2010; Resolución A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos; Resolución: “*Los derechos humanos y el acceso al Agua potable y el Saneamiento*”, del 30 septiembre 2010, y Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “*Los derechos humanos al*

²⁷ Adoptado en la ciudad de Escazú, San José, Costa Rica el 04 de marzo de 2018, se trata del primer acuerdo regional vinculante para proteger los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El Acuerdo se encuentra abierto a la firma

de todos los países de América Latina y el Caribe (33 naciones) en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020, y que estará sujeto a la ratificación, la aceptación o la aprobación de los Estados que lo hayan firmado.

²⁸ Declaración Mundial de UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, *op.cit.*

agua potable y el saneamiento”, del 17 de diciembre de 2015.

Asimismo, el contenido del derecho humano al agua y saneamiento se encuentra regulado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), complementado en el plano continental americano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador; y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos “*Proteger, Respetar y Remediar*” (PRs) que establecen las obligaciones del sector público y privado en relación con la satisfacción de los derechos humanos. Asimismo, se encuentra la Observación General N°15 “*El derecho al agua*” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional) E/C.12/2002/11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas del 2002.

La Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) sobre “*El derecho humano al agua potable y al saneamiento*”, dispuso: “*Invitar a los Estados Miembros a que, de conformidad con sus realidades nacionales, sigan trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras...*”

Latinoamérica exhibe desde el año 2000, una fuerte recepción de este derecho a nivel constitucional, ejemplo de lo anterior lo son las constituciones políticas de Uruguay (2004),²⁹ Bolivia (2009),³⁰ Ecuador (2008),³¹ México (2011)³² y Perú (2017)³³

A nivel centroamericano, Honduras es el único país que ha reconocido el derecho al agua y saneamiento dentro del texto de su Constitución Política, mediante reforma operada en el año

²⁹ Artículo 47: “*El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales*”.

³⁰ Artículo 16: “*Toda persona tiene derecho al agua y la alimentación*”; artículo 20.1: “*Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado (...)*”; artículo 30.III: “*El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.*”

³¹ Artículo 12: “*El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional*

estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”

³² Artículo 4: “*Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho*”

³³ “Artículo 7°-A.- “*El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible*”.

2013.³⁴ Por su parte, Costa Rica³⁵ y El Salvador³⁶ han definido su contenido como un derecho fundamental por vía de la jurisprudencia constitucional.

3.2. Derecho a la alimentación

De conformidad con las Resoluciones 69/177 del 2014 y 70/154 del 2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el derecho a la alimentación consiste en el derecho de toda persona a disponer de alimentos sanos, suficientes y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación adecuada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre, a fin de poder desarrollar y mantener plenamente sus capacidades físicas y

mentales, tomando en consideración que el hambre constituye una ignominia y un atentado contra la dignidad humana y que, por tanto, se requiere la adopción de medidas urgentes a nivel nacional, regional e internacional para eliminarla.

3.3. Derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales

De acuerdo con el Principio 22 de la Declaración de Río 1992, las comunidades indígenas y locales, en tanto grupo de población diferenciado y en razón de sus tradiciones y costumbres, tienen derecho a la protección de su ambiente,

³⁴ Artículo 145. “Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas. En consecuencia declarase el acceso al agua y saneamiento como un derecho humano. Cuyo aprovechamiento y uso será equitativo preferentemente para consumo humano. Asimismo, se garantiza a la preservación de las fuentes de agua a fin que éstas no pongan en riesgo la vida y salud pública.”

³⁵ “...La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara

en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que: ... “Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” ...Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos...” (Ver Resolución No. 4654-2003)

³⁶ La Sala de lo Constitucional de El Salvador, a través de la interpretación de los artículos 117, 2 y 65 constitucionales, reconoce la existencia del derecho al agua; así, el derecho al medio ambiente, en relación con los derechos a la vida y a la salud, permite establecer el derecho de toda persona a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible.

sus tierras, sus territorios y sus recursos, teniendo en consideración su propio orden jurídico.

Tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia interamericana,³⁷ los pueblos indígenas y comunidades locales poseen acceso a los recursos naturales esenciales para su subsistencia y su modo de vida y tienen derecho a la participación en los beneficios ligados a la explotación de los recursos naturaleza, incluyendo los genéticos, en su territorio.

Además, tienen el derecho, en caso de desplazamiento forzado, a ser reinstalados en un lugar en el que se les permita la utilización de recursos naturales y compatible con sus modos de subsistencia.

3.4. Derechos de las personas en caso de catástrofes

Todos los derechos humanos consagrados por el derecho internacional deben ser garantizados a las personas susceptibles de ser afectadas por desastres naturales o industriales. A raíz de lo anterior, tienen derecho en particular a informaciones previas sobre los riesgos

incurridos, sobre las pérdidas anteriores y a un sistema de alerta rápida y eficaz.³⁸

3.5. Derechos de los desplazados ambientales

Al igual que como sucede en los casos de catástrofes, los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales deben ser garantizados a las personas desplazadas voluntariamente o por la fuerza como consecuencia de un trastorno brutal insidioso de su ambiente. Los desplazados internos o externos tienen derecho a un estatuto jurídico especial que garantice su estancia regular y sus derechos fundamentales.³⁹

3.6. Derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales.

Conforme al artículo 9 del Acuerdo de Escazú, los Estados deben garantizar entornos seguros y propicios en el que las personas, organizaciones y grupos que promueven y defienden los derechos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. A la vez, los Estados deben reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales,

³⁷ Entre otros, Comunidad indígena Yakye contra Paraguay, Comunidad indígena Sawhoyamaya contra Paraguay y Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay.

³⁸ Principio 18 de la declaración de Río 1992; Comisión de derecho internacional, proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de catástrofe, art. 9-2, 2016; art. 19-3 del proyecto de la IUCN

de 2015; Corte Europea de derechos humanos Tatar c/ Rumania, 27 enero 2009, par. 122.

³⁹ Proyecto de convención de Limoges sobre el estatuto jurídico de los desplazados ambientales (www.cidce.org); reporte John H. Knox A/HRC/31/52, 1º febrero 2016, par. 24 y 61.

entre ellos: vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, reunión y asociación pacífica y circular libremente. Por último, los Estados están obligados a tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos ambientales pudieran sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el citado Acuerdo.

Ahora bien, partiendo del hecho de que el derecho al ambiente sano y equilibrado no es absoluto, ilimitado ni irrestricto, surge el enfoque de los derechos humanos ambientales, por medio del cual, el operador jurídico, debe encontrar todas aquellas zonas de confluencia que permitan integrar y aplicar de forma justa, razonable y equilibrada, el derecho al ambiente con el resto de derechos humanos.⁴⁰

La integración del derecho humano al ambiente sano y equilibrado al elenco de los derechos humanos ambientales maximiza y potencia su esfera de acción y protección, y a la vez permite evitar todo tipo de violaciones previsibles e injustificadas a otros derechos humanos con lo

que debe coexistir en armonía. A todas luces, el futuro del derecho al ambiente es en conjunto con los derechos humanos ambientales.

4. Progresividad y no regresión de los derechos humanos ambientales

El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización y la correspondiente obligación estatal y de toda persona natural o jurídica, pública o privada, de cuidar, conservar, proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas y contribuir al mejoramiento de su calidad, es de naturaleza y carácter progresivo.⁴¹

Al efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3, identificó una serie de obligaciones de inmediato cumplimiento por parte de los Estados signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde actualmente quedan insertos los derechos ambientales, dentro de las que destacan: adoptar medidas legislativas, administrativas y

⁴⁰ En el caso costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde la década de los noventa, ha sido la encargada de armonizar la aplicación del derecho al ambiente en relación a otros derechos humanos de índole constitucional y convencional, tales como: derecho a la propiedad privada (votos 8689-2002, 557-2004, 2032-2010 y 16004-2011), libre empresa (2009-17155, 2014-10540), acceso a la información (6322-2003, 7789-2010,

2912-2012, 4117-2018, 15104-2018), agua potable y saneamiento (1923-2004, 262-2009, 8892-2012), vivienda digna (voto 811-2016) y consulta indígena (voto 5620-2016).

⁴¹ Véase Peña Chacón, M. "El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental", en *Lex Difusión y Análisis*, Cuarta Época, año XXXI, agosto 2017, México.

judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto; y la de no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas.⁴²

De acuerdo con el apartado 9 de la Observación General número 3, la principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas *“para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”*. La expresión *“progresiva efectividad”* se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos

pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad, a lo largo del tiempo o, en otras palabras, progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general –la razón de ser– del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.⁴³

Ahora bien, siendo que toda persona tiene el derecho a un nivel elevado de protección del

⁴² Peña Chacón, *op.cit.*

⁴³ Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

estado del ambiente y a la no regresión de los niveles de protección ya alcanzados, los Estados deben adoptar las medidas progresivas necesarias para luchar eficazmente contra las vulneraciones al entorno.⁴⁴

Tanto las obligaciones consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de carácter procedimental, como aquellas obligaciones sustantivas, se benefician del privilegio de progresividad.⁴⁵

De igual forma, otros derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, entre ellos derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales, también comparten su carácter progresivo.⁴⁶

La obligación de progresividad de los derechos ambientales implica, entre otras obligaciones estatales, la de adoptar normas ambientales efectivas y asegurar su implementación y cumplimiento, así como la prohibición de emitir normas o de permitir actividades, obras o proyectos que tengan como efecto la reducción

del nivel de protección ambiental alcanzado hasta el momento.⁴⁷

Cabe destacar que las obligaciones de progresividad y no regresión fueron expresamente reconocidas dentro del elenco de principios que rigen el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).

5. Protección del derecho al ambiente en el sistema universal de derechos humanos y en los sistemas regionales de derechos humanos

Tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de derechos humanos (africano, europeo y americano) se han suscitado una serie de *leading cases* o casos emblemáticos en materia de medio ambiente y derechos humanos los cuales a continuación se proceden a analizar.

5.1 Casos emblemáticos ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El sistema universal de los Derechos Humanos nace con la Organización de las Naciones Unidas

⁴⁴ Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente promovido por el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE).

⁴⁵ Peña Chacón, *op.cit.*

⁴⁶ Peña Chacón, *op.cit.*

⁴⁷ Peña Chacón, *op.cit.*

y la suscripción de los países miembros de Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948. La Declaración fue seguida de dos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos adoptados en 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien no existe referencia expresa en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados que haga suponer la existencia del derecho humano a la protección del ambiente, éste ha sido ha sido abordado de forma indirecta por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y como casos relevantes es posible destacar los siguientes:

Port Hope Environmental Group contra Canadá:⁴⁸ Los impugnantes sostenían que el depósito de residuos radioactivos cerca de sus residencias constituía una amenaza a su derecho a la vida y al de las generaciones futuras. El Comité declaró inadmisibile del caso por el no agotamiento de los recursos de derecho interno, pero señaló que: “*los hechos presentados albergaban*

preocupaciones serias y legítimas con respecto al derecho a la vida.”

Bernard Ominayak y Lubicon Lake Band contra Canadá:⁴⁹ Los demandantes alegaron que el gobierno de la provincia de Alberta privó a los Indígenas Lake Lubicon de sus medios de subsistencia y de su derecho de autodeterminación a raíz de la asignación de concesiones de petróleo y gas natural dentro de sus tierras. Al respecto, el Comité resolvió que “*las inequidades históricas y más recientes acontecimientos, incluyendo la explotación de petróleo y gas, amenazaban la forma de vida de Lake Lubicon Band y, de esta manera violaban los derechos de las minorías, en detrimento del artículo 27 (derecho de las minorías) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*”

Hopu y Bessert contra Francia:⁵⁰ Los demandantes, dos sujetos pertenecientes al grupo étnico Tahití, alegaron el incumplimiento por parte de Francia del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al otorgar una concesión a una empresa para construir un complejo hotelero sobre sus tierras sagradas. El Comité resolvió que no se podía pronunciar respecto a la violación del artículo 25

⁴⁸ E. H. P. v. Canada, Communication No. 67/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 20 (1984).

⁴⁹ **Lubicon Lake Band v. Canada, Communication No. 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/45/40) at 1 (1990).**

⁵⁰ Francis Hopu y Tepoaitu Bessert v. France, Comunicación No. 549/1993, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1 (1997)

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debido a que Francia había hecho reserva expresa respecto a la aplicación de este artículo al ratificar el Pacto, sin embargo, determinó que Francia había violado los artículos 17 (derecho a la vida privada) y 23 (derecho a la familia) al haber otorgado concesiones sobre tierras sagradas. De esta forma el Comité logró apartar la degradación ambiental del ámbito del derecho de las minorías para compatibilizarla con el derecho a la vida privada y la familia.

Ángela Poma Poma contra Perú:⁵¹ La solicitante denunció que ella y su comunidad fueron privados de sus medios de subsistencia ya que el Estado desvió las aguas subterráneas de sus tierras y como consecuencia se destruyó el ecosistema del altiplano, se degradaron las tierras y se desecaron los humedales. Alegó que lo anterior trajo la muerte de miles de cabezas de ganado y el colapso del único sistema de supervivencia de la comunidad que era el pastoreo y crianza de llamas y alpacas. El Comité concluyó, entre otros, que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto

que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observó asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad.

5.2. Casos emblemáticos ante la Comisión Africana de Derechos Humanos

La Carta Africana de Derechos Humanos fue adoptada por la Organización para la Unión Africana, y entró en vigor a partir de 1986. Por ser de reciente creación, la Carta expone la lista tradicional de derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de solidaridad o de tercera generación; incluyendo el derecho explícito de los sujetos a “*un ambiente favorable y satisfactorio para su desarrollo.*”

⁵¹ Poma v. Perú, Comm. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (HRC 2009)

El sistema africano de Derechos Humanos cuenta con un único precedente en relación a la aplicación de la Carta en materia de derechos ambientales, el cual se detalla a continuación:

Comunidades Ogoni contra Nigeria:⁵² La transnacional petrolera Shell en consorcio con el gobierno militar de Nigeria, vertieron desechos tóxicos sin medidas seguridad necesarias para impedir la afectación de las aldeas Ogoni en el medio ambiente, ríos y canales locales, provocando además de degradación ambiental (contaminación de suelos y del agua destinada a la siembra y a la pesca de la comunidad Ogoni), complicaciones en la salud de los pobladores (infecciones piel y complicaciones gastrointestinales y reproductivas).

La Comisión Africana encontró que Nigeria violó los derechos, a la libertad (artículo 2), a la vida (artículo 4), a la propiedad (artículo 14), a la salud (artículo 16.1), a la familia (artículo 18.1), a la libre disposición de sus riquezas (artículo 21) y a un medio ambiente sano (artículo 24) de las Comunidades Ogoni, al disponer libremente de sus recursos naturales, violaciones en relación con sus propios actos y omisiones, así como de

las empresas petroleras, siendo que la Comunidad Ogoni no fue consultada acerca de la decisiones, ni se benefició de la explotación petrolera.

La Comisión concluye que los Estados tienen la obligación de proteger a los ciudadanos, no solo a través de legislación apropiada y fiscalización efectiva, sino también protegiéndolos de actos perjudiciales de terceras personas (empresas).

La Comisión obligó a Nigeria a asegurar a los afectados una compensación adecuada, realizar estudios de impacto ambiental y a proporcionar información sobre salud y riesgos ambientales a los miembros de la comunidad

Para Castillo Cubillo⁵³, el principal razonamiento en torno al medio ambiente que realizó la Comisión Africana, descansó en la relación entre el derecho a un ambiente sano (artículo 24) y el derecho a la salud física y mental (artículo 16.1), señalando tres aspectos principales:

- El derecho a un ambiente sano exige que el Estado tome medidas de prevención en contra de la degradación ecológica,

⁵² Comisión Africana, (2001), Comunicación No 155-96 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and the Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria. Disponible en <http://www.achpr.org/communications/decision/155.96/> Consultado el 09 de agosto de 2017.

⁵³ Castillo Cubillo, C. "El derecho a un ambiente sano en el sistema internacional de derechos humanos y su relación con el cambio climático", en Peña Chacón, Mario (editor) *El Derecho al Ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites*, Isolma, San José, 2016, pp. 340-341.

debe promover medidas de preservación del ambiente y que aseguren el uso racional de los recursos naturales.

- El deber del Estado de monitorear científicamente los ambientes amenazados, publicar los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial; brindar la información adecuada a las comunidades expuestas a los materiales y las actividades peligrosas; y proporcionarles oportunidades significativas para que sean oídas y participen en las decisiones de desarrollo que les afectan.
- El deber del Estado de respetar los derechos a la salud y al ambiente, por lo tanto, debe abstenerse de transgredirlos, lo que implica una conducta no intervencionista; por lo consiguiente, el Estado está obligado a no conducir, patrocinar ni tolerar cualquier práctica, política pública o medida legal que viole la integridad del individuo.

5.3. Casos emblemáticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien el Tratado de Roma no reconoce expresamente el derecho humano a gozar de un medio ambiente adecuado, vía interpretación de sus artículos 2 y 8, tanto la extinta Comisión

como la Corte y actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han permitido para fines prácticos proteger el derecho a un medio ambiente adecuado.

De esta forma, la protección del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado se da por derivación de los derechos a la vida, el respeto de la vida privada y familiar y al disfrute del domicilio, a lo que la doctrina ha denominado “*Defensa cruzada de derechos*”. De acuerdo a esta tesis, la tutela ambiental por parte del TEDH es posible en tanto la injerencia contra el derecho incoado sea injustificada y el efectivo disfrute de los mismos no sea posible a consecuencia de las malas condiciones ambientales.

La línea jurisprudencial del TEDH sostiene que los derechos particulares deben ser ponderados en contraposición a los de la comunidad. El TEDH le otorga un margen de apreciación a los Estados en cuanto a las restricciones a los derechos de los particulares (incluso minorías) para mejorar la vida de la sociedad en general. Por ello, los Estados deben demostrarle al TEDH que, en el balance entre los intereses individuales y colectivos, existe una inclinación a favor de éstos últimos. El derecho al ambiente podría entonces estar justificado según análisis costo-beneficio, donde el interés general desplaza al particular.

A continuación, se analizan los casos más emblemáticos del sistema europeo en materia de derechos ambientales.⁵⁴

Powell y Rayner contra el Reino Unido:⁵⁵ Los peticionarios vivían cerca del aeropuerto Heathrow, pero no calificaban dentro de un programa estatal de compensaciones y reubicación debido a las molestias generadas por el ruido. El fallo reconoce que el ruido viola derecho a la privacidad, pero inicia línea jurisprudencial que sostiene que los derechos particulares deben ser juzgados en contraposición de los de la comunidad como un todo, reconociendo al Estado un cierto margen de apreciación para mejorar la vida de la sociedad en general.

Hatton y otros contra Reino Unido:⁵⁶ Se trata del mismo cuadro fáctico del caso anterior con la diferencia que el gobierno del Reino Unido, a raíz de la sentencia Powell y Rayner, había elaborado un nuevo esquema de horarios de aviones en horario nocturno. En este caso, la Corte reconoció la violación al art 8.1 por la exposición de los vecinos a niveles intolerables de ruido, pero declaró sin lugar la demanda al considerar que cuando el Estado no respeta un derecho, se debe realizar un balance honesto entre los intereses particulares afectados y el de

toda la comunidad. La Corte reconoce al Estado cierto margen de apreciación en el balance entre los intereses privados y públicos (acciones tomadas por el gobierno para restringir vuelos nocturnos y preocupación para disminuir ruido respecto a la contribución a la economía general del aeropuerto Heathrow).

Zander contra Suecia:⁵⁷ Los peticionarios alegaron que se les había denegado recurso judicial ante la amenaza de daño ambiental por el mal funcionamiento de una planta de tratamiento y depósito de residuos. La Corte Europea reconoce expresamente la obligación estatal de proveer recurso judicial sobre decisiones administrativas sobre actividad empresarial. El fallo le otorga una herramienta judicial a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, cuando éstas pretenden amparar su accionar en la decisión administrativa que las habilita a actuar. La Corte reconoce la posibilidad judicial de ratificar o anular autorizaciones administrativas cuando estas violan intrínsecamente derechos humanos.

López Ostra contra España:⁵⁸ Los peticionarios sufrieron daños a la salud por gases tóxicos a raíz de una planta de tratamiento de residuos de curtiembre, provenientes de una empresa que operaba sin permisos administrativos, y sin

⁵⁴ Peña Chacón, M. *Tesis de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, pp. 17.

⁵⁵ CEDH, N° 9310/81, sentencia del 21-2-1990.

⁵⁶ CEDH, Gran Sala, N° 36022/97, sentencia del 8-7-2003

⁵⁷ CEDH, N° 14282/88, sentencia del 25-11-1993.

⁵⁸ CEDH, N° 16798/90, sentencia del 9-12-1994.

quiera solicitud de los mismos. La Municipalidad decidió evacuar a los residentes y les ofreció vivienda gratuita durante el verano, permitiendo a la empresa continuar sus actividades. Los peticionarios volvieron a sus propiedades, pero decidieron vender y mudarse. La Corte reconoció que la contaminación puede afectar derechos individuales tales como salud, vida privada, estableciendo que es posible justificar cierto grado de contaminación en pro del avance económico, armonizando el desarrollo con los derechos humanos de los particulares. La Corte dispuso que el Estado no había demostrado que el balance entre los intereses individuales y los colectivos existiera una inclinación hacia la postura del Estado y declaró con lugar la acción reconociendo indemnización económica a los demandantes, más gastos y honorarios del proceso.

Guerra contra Italia:⁵⁹ Los demandantes alegaban contaminación por parte de una empresa química situada cerca del pueblo de Mafredonia, el peligro de graves accidentes y la ausencia de regulaciones por parte de las autoridades públicas. Alegaron el incumplimiento del Estado de su obligación de informar al público sobre el peligro y las medidas a tomar en caso de accidentes. La Comisión descubrió que la empresa había sido catalogada

como de alto riesgo, que habían acontecido accidentes incluyendo explosión que envió al hospital a 150 personas. Los peticionaron insistieron que pidieron información ambiental y que el Estado la negó por secretos industriales. La Corte concluyó que la información pública representa un instrumento esencial para proteger el bien y la salud de la población en situaciones de riesgos ambientales y de que existe un derecho fundamental a la información concerniente a actividades peligrosas para el medio ambiente y los seres humanos, reiterando que la contaminación severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles gozar de su hogar de una manera que afecte su vida privada y familiar en forma adversa, sin que sea necesaria una lesión a la salud concreta.

Fadeyeva contra Rusia:⁶⁰ El TEDH consideró que existe vulneración al derecho a la vida privada y familiar cuando los efectos ocasionados por la contaminación de que se trate, en este caso contaminación sónica procedente de una planta de fundición de metal, sobrepasen un cierto límite mínimo, que se establecerá atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Entre otros factores, se tendrán en cuenta la intensidad y duración de la contaminación, si las emisiones contaminantes incumplen la normativa nacional al respecto, la distancia entre

⁵⁹ CEDH, N° 14967/89, *sentencia* del 19-2-1998.

⁶⁰ TEDH, *sentencia* del 26 de octubre del 2006.

la fuente de las emisiones y las viviendas de las personas reclamantes y la existencia de pruebas médicas sobre el deterioro de la salud o sobre la mortandad de las personas que se hayan visto afectadas por la contaminación. Ninguno de estos elementos será determinante en la afirmación de la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que ésta se verificará por el cúmulo de estas circunstancias.

Budeyeva contra Rusia:⁶¹ Se trató de daños por causa natural a raíz de una avalancha de barro que se repite periódicamente, donde el Estado construyó un dique que no resistió lo que causó la destrucción de hogares y muchas muertes. En este caso, el TEDH determinó que el Estado fue responsable de las muertes a pesar de tratarse de un daño con origen natural, al no existir ninguna justificación para las omisiones en la implementación de la planificación territorial y auxilio de emergencias en zonas peligrosas, debido a la previsibilidad de nuevas avalanchas. Para el TEDH, el Estado expuso a sus habitantes a un riesgo mortal, quedando demostrado nexo causal entre las serias fallas administrativas que impidieron la implementación de medidas preventivas para la seguridad y las muertes acontecidas.

Fagerskiold contra Suecia:⁶² Se trató de unas turbinas eólicas que producen mucho ruido y además sus aspas eran muy luminosas, lo que afectaba casa de campo de los reclamantes (segunda vivienda), considerando los peticionarios vulnerados su derecho a la intimidad del domicilio y vida privada. La acción fue declarada sin lugar al tener comprobado el TEDH que el municipio respetó todos los pasos legales para instalar las turbinas. De acuerdo al fallo, las inmisiones causadas por la turbina no fueron suficientes para impedir goce normal del inmueble. Para el TEDH, quedó demostrado que el generador eólico fue instalado para satisfacer el interés general en tener energía no contaminante que contribuye con el desarrollo sostenible, considerando satisfecho entonces el balance de intereses entre lo público y lo privado, siendo por tanto justificadas las interferencias en la propiedad por los objetivos que se persiguen.

Grimkovskaya contra Ucrania:⁶³ La reclamante alega violación del artículo 8 del Convenio de Roma, sin embargo, el TEDH consideró que el nivel de ruido y sus efectos no han sido nunca evaluados. Así pues, resulta imposible determinar hasta qué punto la enfermedad que padecen ha sido causada o agravada por el tráfico de la carretera. Sin embargo, considera que los efectos acumulativos del ruido, vibración y

⁶¹ TEDH, sentencia del 22-03-2008.

⁶² TEDH, N°37664/04, sentencia del 26-2-2008.

⁶³ TEDH, N° 38182/03, sentencia del 21 de julio del 2011.

contaminación del suelo y aire han perturbado negativamente la vida familiar de la demandante. El TEDH consideró que no se logró establecer un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los intereses de la comunidad en su conjunto, porque no se han respetado determinadas exigencias de naturaleza procedimental, entre ellas: no se llevó a cabo un estudio adecuado sobre la viabilidad ambiental del proyecto; no se permitió a los afectados contestar judicialmente a la actuación estatal; pero, sobre todo, se negó la participación del demandante en el correspondiente proceso de toma de decisiones ambientales. Consecuentemente, para el TEDH se produjo una violación del artículo 8 del Convenio. De esta sentencia destaca el criterio de que las autoridades estatales pueden ser consideradas responsables no sólo por una injerencia de los poderes públicos, sino también por sus omisiones, entre otras, la no adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada; así como el irrespeto a los derechos de acceso en materia ambiental, muy arraigados en el Derecho Comunitario y en el Derecho Internacional, como son el derecho de acceso al público a la información ambiental, el derecho de participación del público en el proceso de toma de decisiones y el derecho de acceso a la justicia, todos ellos desarrollados ampliamente en el Convenio de Aarhus de 1998.

5.4. Casos emblemáticos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia directa, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) contempla de forma expresa el derecho al ambiente en su artículo 11.

Hasta hace poco, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solo hacían referencias esporádicas a tal derecho, vinculadas con las comunidades indígenas y como accesorio o complemento al derecho a la vida, a la salud, propiedad, acceso a la información y protección a los defensores de los derechos humanos, pero no era invocado de forma autónoma. Se trataba entonces de un reconocimiento indirecto vía interpretación o aplicación de la Convención.

Lo anterior vino a cambiar luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por primera vez en su historia, se pronunciara a través de la Opinión Consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre 2017, sobre el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ello, la Corte IDH interpretó e integró de forma sinérgica los principios, derechos y obligaciones de la normativa internacional de protección ambiental junto a las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana.

La Opinión Consultiva recopila, analiza y sistematiza las principales reglas expresamente establecidas o recogidas en el derecho internacional consuetudinario, así como de los principios generales de derecho y del *soft law*. Asimismo, la Corte Interamericana se basó en su propia jurisprudencia y la de otros tribunales internacionales.

Siguiendo las conclusiones contenidas en cada una de sus secciones, se exponen aquellas que de carácter esencial:

- El derecho a un ambiente sano es un derecho humano autónomo incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) protegidos por el artículo 26 de la Convención, derecho que protege a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta,

también merecedores de protección en sí mismos.

- Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se clasifican en dos grupos: a) derechos sustantivos, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad, y b) derechos de procedimiento, entre ellos: los derechos de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental.
- Existen una serie de derechos humanos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, entre ellos, los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad, el derecho a no ser desplazado forzosamente por deterioro del medio ambiente y el derecho a la paz.
- La afectación a los derechos estrictamente vinculados al ambiente puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, como pueblos indígenas, niños, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, comunidades que

dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, o que por su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas.

- Los Estados deben velar porque su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño significativo al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de los límites de su territorio. Por tanto, los Estados tienen la obligación de evitar causar daños transfronterizos.
- Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio.
- Frente a daños transfronterizos, una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen si media una relación de causalidad entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio. El ejercicio de la jurisdicción surge cuando el Estado de origen ejerce un control efectivo sobre las actividades llevadas a cabo que causaron

el daño y consecuente violación de derechos humanos

- Para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados deben cumplir con una serie de obligaciones, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras, entre ellas: obligación de prevención; principio de precaución; obligación de cooperación, y obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente.
- Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio.
- Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la

posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado.

A continuación, se detallan los principales casos resueltos por la Corte IDH:

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua:⁶⁴ Los peticionarios alegaron violaciones a sus derechos humanos ya que el Estado nicaragüense concesionó la explotación forestal en territorio indígena a una empresa privada. La Comisión dictó medidas cautelares a favor de la comunidad, como suspensión de corte de madera y el Estado anuló la concesión, lo que ocasionó que la empresa se retirase de la zona. El litigio continuó en la Corte con el objeto de lograr reconocimiento legal del territorio de la comunidad, siendo que ésta falló a su favor en 2001. La Corte determinó que Nicaragua trasgredió art 1.1 y 2 en relación con el 21 de la Convención Americana (derecho propiedad privada) *“toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que le puede llegar a corresponder, total o parcialmente, terrenos que deberá delimitar,*

demarcar y titular”. Además señaló: *“El derecho de propiedad reconocido en la Convención protege la tenencia tradicional de la tierra por parte de los pueblos indígenas, y por ende, el Estado no está facultado para otorgar concesiones a terceros en dichas tierras”*; *“... El Estado debe abstenerse de realizar actos que pudieren afectar la existencia, valor, uso, goce, de los bienes ubicados en la zona geográfica habitada por la comunidad”* y *“El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación (...) la salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra”*.

Yakye Axa contra Paraguay:⁶⁵ Se trató de una comunidad indígena expuesta a la contaminación, sin agua potable, sin recursos alimentarios, ni asistencia en salud. A través de un decreto presidencial Paraguay declaró a la comunidad en estado de emergencia ordenando la provisión de atención médica y alimentaria a las familias. Sin embargo, Paraguay incumplió el decreto y la Comisión elevó la demanda ante la Corte Interamericana. En este fallo, la Corte IDH determinó útil y apropiado utilizar Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para interpretar la Convención Americana. Para la Corte IDH *“queda demostrada la estrecha relación de los pueblos*

⁶⁴ Corte IDH. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

⁶⁵ Corte IDH. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, N 146.

indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporados que se desprenden de ellos deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención” (derecho propiedad privada). Al igual que en el caso de los Mayagna Sumo Awas Tingni, la Corte estimó que no le competía determinar cuál era el territorio tradicional de la comunidad, disponiendo que corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras de forma gratuita a dicha comunidad en un plazo de 3 años contados a partir de la notificación de la sentencia. Por último, la Corte condenó a Paraguay por no haber adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para garantizar el uso y goce efectivo a los miembros de las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

Reyes contra Chile:⁶⁶ Los recurrentes alegaron que el Estado chileno se negó a brindarles información en manos del Comité de Inversiones relacionada con el Proyecto Río Cóndor y la empresa forestal Trillium. Dicho Proyecto implicaba la deforestación de varias hectáreas de bosque por lo que, a criterio de los demandantes, este podía resultar *“perjudicial para el medio*

ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”. La Corte Interamericana reconoce el derecho de los ciudadanos a buscar, recibir y dar información del gobierno, en el contexto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata del supuesto de protección indirecta del medio ambiente, a través del derecho de los ciudadanos a recibir información de las consecuencias nocivas tanto para la salud como para el medio ambiente tenían la emisión de residuos tóxicos.

Saramaka People contra Surinam:⁶⁷ Se trató de concesiones mineras otorgadas por Surinam en territorio de la comunidad Saramaka. En este caso, la Corte IDH reconoce el derecho de consulta e información ambiental a favor de las comunidades indígenas cuando en sus territorios se pretende llevar a cabo proyectos de explotación de recursos naturales. A la vez, la Corte reconoce el derecho de propiedad comunal de la comunidad Saramaka a pesar que la legislación de Surinam no contempla este tipo especial de propiedad y no había ratificado el Convenio 169 de la OIT. La Corte IDH establece la obligación de Surinam de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto a dicho territorio. De la sentencia resalta el criterio

⁶⁶ Corte IDH, sentencia del 19 de setiembre del 2006.

⁶⁷ Corte IDH, Sentencia del 28 noviembre del 2007, Serie C, N.172

externado por la Corte de que el derecho de propiedad comunal no es absoluto y que los Estados pueden restringir su uso y goce cuando: hayan sido establecidas previamente por ley; sean necesarias; proporcionales y que tengan como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. De acuerdo a la sentencia el Estado debe garantizar:

- La participación efectiva de los miembros de la comunidad Saramaka de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración y explotación (consentimiento libre, previo e informado)
- Que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se llevará a cabo en su territorio
- Que no se emitirá ninguna concesión hasta que entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental

Por último, la Corte IDH consideró:

- Concesiones emitidas dañaron el ambiente y han tenido impacto negativo en tierras tradicionales y los recursos

naturales usados por los miembros Saramaka que se encuentran, en todo o en gran parte dentro de los límites del territorio Saramaka

- Estado no llevó a cabo estudios impacto social y ambiental
- Estado no permitió participación eficaz de los Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones de conformidad con sus tradiciones y costumbres
- Miembros Saramaka no recibieron ningún beneficio por la explotación de los recursos naturales en su territorio

Kawas Fernández contra Honduras:⁶⁸ Los hechos del presente caso se refieren a Blanca Jeannette Kawas Fernández, quien era una destacada defensora ambientalista que promovió la protección de los recursos naturales en Honduras. El 6 de febrero de 1995, Blanca Kawas Fernández se encontraba trabajando con su asistente en su casa, en la ciudad de Tela. Dos hombres armados interrumpieron en su habitación y le dispararon en el cuello, lo que le ocasionó la muerte en forma instantánea. Se interpusieron recursos judiciales a fin de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Sin embargo, el proceso penal

⁶⁸ Corte IDH, sentencia del 3 de abril del 2009.

iniciado por la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández seguía en etapa preliminar. Asimismo, no se había identificado a los autores de su asesinato ni se había formalizado denuncia penal contra persona alguna. En sentencia la Corte IDH vincula el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y la vinculación entre los civiles y políticos, con los económicos, sociales, culturales y ambientales, al efecto el apartado 148 de la sentencia dispuso: “148. *Además, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Europea de Derechos Humanos, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos*

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador”

Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador.⁶⁹

a finales del 2002 e inicios del 2003, agentes de las Fuerzas Armadas ecuatorianas y trabajadores de una empresa petrolera ingresaron sin consentimiento al territorio indígena para hacer trabajos de exploración sísmica. La empresa abrió trochas, introdujo explosivos y deforestó áreas de bosque, incluyendo árboles y plantas de valor sagrado y cultural para la comunidad. Así se puso en grave riesgo la vida de los miembros del pueblo de Sarayaku y sus condiciones de acceso a una vida digna. En este sentido, la sentencia estableció que Ecuador violó los derechos a la integridad personal de los miembros del pueblo; no respetó el derecho a la consulta previa, libre e informada del pueblo Kichwa de Sarayaku cuando, en 1996, dio en concesión gran parte del territorio del pueblo a la empresa petrolera argentina CGC; ni tampoco realizó los estudios sociales y ambientales correspondientes. Con ello se violaron los derechos a la consulta, propiedad e identidad cultural estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio del pueblo Sarayaku. La sentencia ordena también al Estado ecuatoriano remediar la situación de riesgo que supone el abandono por parte de la petrolera

⁶⁹ Corte IDH, sentencia del 27 de junio de 2012.

argentina de 1400 kilos de explosivos abandonados en 16.000 hectáreas del territorio, espacio de vida que permanece ahora vedado para las actividades tradicionales de pesca, caza y recolección de frutos y establece que Ecuador deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para hacer efectivo el derecho a la consulta previa de los pueblos o comunidades indígenas.

6. Desafíos y oportunidades para Costa Rica de cara a la opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre medio ambiente y derechos humanos y al Acuerdo de Escazú

6.1. En relación a la Opinión Consultiva OC-23-17

Tal y como se expuso anteriormente, la Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-23-17 de fecha 15 de noviembre de 2017, sobre el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, fue enfática, contundente y categórica en reconocer y otorgar el carácter instrumental de ciertos derechos humanos de procedimiento incluidos en la Convención Americana, tales como el derecho al acceso a la información ambiental, participación pública y acceso a la justicia ambiental, en la medida en

que permiten la satisfacción de otros derechos incluidos en la Convención, tales como salud, vida e integridad personal.

La Corte Interamericana considera que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, derecho que encuentra sustento en el artículo 13 de la Convención Americana. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo que solicita la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado. De acuerdo con la Opinión Consultiva, este derecho no es absoluto, por lo que admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, respondan a un objetivo permitido por la Convención Americana y sean necesarias y proporcionales para responder a un interés general en una sociedad democrática.

Por otra parte, para la Corte IDH, el derecho a la participación pública en materia ambiental se

encuentra consagrado en el artículo 23.1.a) de la Convención Americana, así como en diversos instrumentos regionales e internacionales relacionados al medio ambiente y el desarrollo sostenible, específicamente la Declaraciones de Estocolmo y Río, así como la Carta Mundial de la Naturaleza.

La Corte IDH estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante. En lo que refiere al momento de la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial.

Además, la Corte Interamericana considera que el acceso a la justicia ambiental constituye una norma imperativa del derecho internacional que

encuentra asidero en los artículos 1, 25 y 8.1. de la Convención Americana y en distintos instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración de Río (Principio 10) que garantiza el acceso efectivo a los procedimientos, incluyendo resarcimiento de daños y los recursos pertinentes; la Carta Mundial de la Naturaleza y la Agenda 21, que establecen la forma en que deben utilizarse los recursos destinados a una indemnización por daños ambientales.

De acuerdo a la Opinión Consultiva, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o pueda contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

En sentido contrario, en los últimos años, la Sala Constitucional costarricense ha venido distanciándose de la materia ambiental,

mostrando poca afinidad o sensibilidad hacia la misma. Dos claros ejemplos de ello son la inédita degradación de rango de la participación pública, de derecho fundamental a principio constitucional (Votos constitucionales 2017-1163 y 2017-17957); así como los criterios de minoría dicha Sala, respecto a excluir de la vía del amparo constitucional, salvo muy limitadas excepciones, al grueso de las cuestiones ambientales. Nótese claramente que ambos ejemplos se encuentran en contraposición con la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana en relación a los derechos de procedimiento.

Ahora bien, tomando en cuenta que: i) a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluyendo la Convención Americana, han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente deben ser incorporados en la interpretación y aplicación de la propia Constitución Política (Voto constitucional: 2002-10693); ii) los instrumentos internacionales de derechos humanos gozan de un valor igual/superior respecto a la Constitución Política, en la medida que brinden mayor cobertura, protección o tutela (Votos constitucionales: 1992-3435, 1995- 2313, 2008-1888); iii) todos los órganos del Estado, incluido el Ejecutivo y el Legislativo, son garantes del control de convencionalidad, a fin de respetar y

garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales (Voto constitucional: 2013-6247), y iv) las resoluciones de la Corte IDH (sentencias u opiniones consultivas) son obligatorias para Costa Rica, pues son normas de Derecho Internacional Público en derechos humanos (Votos 1995-2313 y 12782-2018), la Sala Constitucional se verá obligada a ajustar sus actuales criterios y líneas jurisprudenciales regresivas, con el fin de armonizarlas respecto a las reglas contenidas en la Opinión Consultiva de la Corte IDH, incluyendo aquellas relacionadas con los tres derechos de procedimiento.

A todas luces, la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte IDH, representa una gran oportunidad para que la Sala Constitucional retome el camino que la posicionó como la corte constitucional más progresista y de avanzada del continente en materia de derechos humanos ambientales.

6.2. En relación al Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú desarrolla de forma amplia y progresiva los tres derechos humanos ambientales de acceso y es el primero a nivel mundial en reconocer los derechos de los defensores de derechos humanos ambientales, estableciendo una serie de obligaciones estatales que Costa Rica deberá cumplir, tal y como se analizará a continuación.

Respecto al derecho al acceso a la información ambiental, debe diferenciarse entre sus dos

facetas expuestas en el Convenio. Por una parte, Costa Rica cumple a cabalidad con los requisitos de accesibilidad a la información, régimen de excepciones, condiciones aplicables a su entrega y mecanismos de revisión independientes, ello a pesar de no contar con una ley de acceso a la información de interés público. Lo anterior se debe al amplio y progresivo desarrollo jurisprudencial de este derecho por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a la luz tanto del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos. Prueba de ello son los votos 2912-2012 sobre dominio público y acceso a la información ambiental radicada en bases de datos estatales, 4117-2018 sobre acceso a la información sobre organismos genéticamente modificados y 15104-2018 sobre acceso a la información climática.

A pesar de lo antes expuesto, alcanzar los estándares establecidos por el Acuerdo de Escazú en relación a la faz activa del derecho al acceso a la información ambiental, sea el deber estatal de generar, recopilar, poner a disposición y difundir, información ambiental relevante de forma sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y actualizada de forma periódica, será un reto que Costa Rica deberá cumplir de forma progresiva, ya que en esta materia los avances han sido, en el mejor de los casos, lentos o incompletos.

A raíz de lo anterior, entre otras medidas, el estado costarricense deberá ajustar su actual Sistema Nacional de Información Ambiental para que logre cumplir gradualmente con los requerimientos establecidos en el artículo 6.3 del Acuerdo; deberá tomar medidas para implementar un registro de emisiones y transferencia de contaminantes; publicar y difundir a intervalos regulares, que no superen los cinco años, un informe nacional sobre el estado del medio ambiente; realizar evaluaciones independientes de desempeño ambiental con miras a evaluar sus políticas nacionales ambientales; asegurar que los consumidores y usuarios cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios y sus efectos en la salud; establecer y actualizar periódicamente sus sistemas de archivo y gestión documental en materia ambiental e incentivar la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas.

Ahora bien, en relación con el derecho a la participación pública en la toma de decisiones ambientales, el Acuerdo de Escazú dispone que la misma debe ser desde las etapas iniciales, con plazos razonables, debidamente considerada, adecuada e informada y bajo condiciones propicias según las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público. A la vez, dispone el deber del Estado

de implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones y de garantizar mecanismos de participación en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones de proyectos, actividades y otros procesos de autorizaciones ambientales de impacto ambiental significativo, así como la obligación de promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el ambiente.

En esta materia, el principal desafío para el cumplimiento efectivo de los estándares impuestos por el Acuerdo de Escazú recae sobre la Sala Constitucional, la cual luego de años de un desarrollo jurisprudencial amplio y progresivo de este derecho humano ambiental procedimental, en los últimos años inició una línea jurisprudencial regresiva y con ello la inédita degradación de rango de la participación pública, de derecho fundamental a principio constitucional (votos 2017-1163 y 2017-17957, entre otros). A todas luces, la Sala Constitucional se verá obligada a ajustar su actual criterio y línea jurisprudencial con el fin de armonizarla respecto a las reglas establecidas al efecto tanto por el Acuerdo de Escazú como por la Corte Interamericana en la OC-23-17.

Por otra parte, el Acuerdo dispone la obligación estatal de garantizar el derecho a acceder a la justicia judicial y administrativa en asuntos ambientales, de acuerdo con las garantías del debido proceso, siendo que para garantizarlo cada Estado debe contar con órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; legitimación activa amplia; posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales; medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas y mecanismos de reparación.

Si bien Costa Rica cuenta con múltiples vías jurisdiccionales y administrativas para la solución de conflictos ambientales (constitucional, contencioso administrativo, penal, agrario, civil y administrativa), ninguna de ellas logra cumplir por completo los estándares establecidos por el Acuerdo de Escazú. Aquí es importante citar el criterio de minoría de la Sala Constitucional, respecto a excluir de la vía del amparo constitucional, salvo muy limitadas excepciones, al grueso de las cuestiones ambientales, siendo esta vía procesal la más

cercana a cumplir con los estándares de Escazú. Por ello, el principal reto país consistirá en retomar el camino hacia la creación de una jurisdicción ambiental especializada o, al menos, la implementación de una sección especializada en la materia con su propio procedimiento dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa que, junto con la remozada jurisdicción agraria, permitan alcanzar una justicia ambiental efectiva.

Por último, debe tomarse muy en cuenta las obligaciones estatales establecidas por el Acuerdo de Escazú sobre la tutela de los derechos de los defensores de derechos humanos ambientales, así como las implicaciones que conllevará el cumplimiento de los tres derechos de acceso en relación con personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

De lo antes expuesto es posible concluir que el cumplimiento efectivo del Acuerdo de Escazú, una vez ratificado por la Asamblea Legislativa, fortalecerá el estado de derecho ambiental costarricense, constituyéndose en una oportunidad de oro para el desarrollo progresivo de los derechos humanos ambientales.

7. Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza

Algunos sistemas jurídicos empiezan a reconocer a nivel constitucional, legal y jurisprudencial los denominados *derechos de la naturaleza*, otorgándole personalidad jurídica propia.

El camino hacia su reconocimiento y consolidación inició con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982, la cual estableció que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano.

Bedón Garzón⁷⁰ señala que la teoría que considera a la naturaleza como sujeto de derecho fue desarrollada inicialmente por Christopher D. Stone, autor estadounidense que, a propósito del emblemático fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos *Sierra Club versus Morton* de 1972, escribió un ensayo en el que sostiene que los árboles secuoyas debían ser preservados por sí mismos, por ser sujetos de derechos. Esta postura, sin embargo, fue redefinida por Stone, al señalar que, para proteger a la naturaleza, antes que reconocer su calidad de sujeto de derechos es

⁷⁰ Bedón Garzón, R. "Contenido y Aplicación de los derechos de la naturaleza", *Ius Humani*, Revista de Derecho, Volumen 5, 2016, pp.133.

necesario imponer deberes a los seres humanos. El profesor Stone planteó que los árboles debían tener derecho a representación legal y en los casos en que fueran objeto de daño también deberían tener derecho a la reparación.

La Constitución de Ecuador del 2008 es la primera a nivel global en reconocer de forma expresa a la naturaleza como sujeto de derechos, admitiendo su valor intrínseco independientemente de su utilidad.⁷¹ En su preámbulo celebra “a la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”. En el artículo 10 reconoce el estatus de sujeto de derecho a la naturaleza. El capítulo séptimo, denominado “Derechos de la naturaleza”, que se encuentra dentro del título II designado “Derechos del buen vivir”, establece los siguientes derechos de la naturaleza: derecho a la conservación integral;⁷² derecho a la restauración;⁷³ precaución de extinción de especies y no introducción de

organismos genéticamente modificados;⁷⁴ y no apropiación de servicios ambientales.⁷⁵

En esa misma línea, Bolivia, tanto en su Constitución Política del 2009, como en las leyes 71 del 2010 y 300 de 2012, reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos.

El preámbulo de la Constitución boliviana expone: *Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.* Mientras que el artículo 33 enuncia: *Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*

Como complemento de lo anterior, artículo 34 reza: *Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está*

para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

⁷¹ Bedón Garzón, *op.cit.*

⁷² Artículo 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos

⁷³ Artículo 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas

⁷⁴ Artículo. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

⁷⁵ Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

En su obra *La Pachamama y el Humano*, Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁶ expone que, si bien la Constitución boliviana enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, encabezando el capítulo referido a tales derechos, en su texto no deja de referirse a otros seres vivos, lo que importa reconocerles derechos. En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un damnificado que, a criterio del citado autor, es la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la Pachamama entendida en su dimensión cultural de Madre Tierra.

Para Zaffaroni,⁷⁷ es claro que tanto en la Constitución de Ecuador como en la de Bolivia, la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado

personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia, Sección Sexta de Revisión, en la sentencia T-622 del 2016, reconoció al río Atrato, su cuenca y sus afluentes el estatus de “una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración”, ordenándole al Gobierno iniciar una estrategia para su recuperación, crear en tres meses una comisión de guardianes y una institución que ejerza la representación legal de la cuenca en conjunto con las comunidades étnicas con presencia en la cuenca, para que se inicie un plan de descontaminación, se restablezca su cauce, se eliminen los bancos de arena formados por la minería y reforeste las zonas afectadas por esa actividad ilegal. La Corte también le dio seis meses al Gobierno para erradicar la minería ilegal en Chocó colombiano e incautar las dragas y maquinaria, así como prohibir el transporte de mercurio.

Es importante considerar que esta sentencia no es la única en declarar a un río como sujeto de derechos, en ese sentido en el 2017 una Corte en India dictó sentencia similar en relación a los ríos Ganges y Yamuna,⁷⁸ mientras que, en el 2014, el

⁷⁶ Zaffaroni, E.R., *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2012. pp.31

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Corte Superior de Uttarakhand, sentencia del 20 de marzo de 2017.

Parlamento de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui.⁷⁹

En similar sintonía, en la jurisprudencia colombiana se observan decisiones en las que se considera a los animales sujetos de derecho, entre ellas la sentencia 1999--09090 de mayo 23 de 2012 del Concejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera y la sentencia AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En esta última, por primera vez en la historia judicial colombiana, un animal ganó un habeas corpus para salir de un zoológico y ser trasladado a una reserva natural. La decisión reconoce que estos seres tienen derechos, igual que los humanos, y asegura que son seres sintientes, *“legitimados para exigir, por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat”*. Sin embargo, pocos días después de dicho fallo, la Sala de Casación de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió declarar la improcedencia de la acción de habeas corpus al oso Chucho bajo la fundamentación que dicha acción *“tiende a la protección del derecho a la libertad de la persona, fundamento*

y base de la sociedad; luego ello solo puede ser atribuible a un ser humano perfectamente individualizable, lo que indudablemente descarta la procedibilidad de tal mecanismo a favor de otro tipo de seres vivientes, pues ello erosiona la real esencia de ese tipo de acciones legales”.⁸⁰

Como bien señala Cabrera Medaglia,⁸¹ no ha faltado quienes han criticado estos desarrollos legales y jurisprudenciales por considerarlos innecesarios o improcedentes, pero no cabe duda de que implican una evolución en el pensamiento jurídico derivada de la emergencia de otras visiones sobre la naturaleza y nuestra relación con ella.

El derecho humano al ambiente complementa útilmente los derechos de la naturaleza, ya que naturaleza y ambiente son indisociables, tal y como lo sugieren la Declaración de Río en su Principio 1: los seres humanos *«tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza»*⁸² y la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, en su Principio 2. *«La*

⁷⁹ Te Urewera Act 2014

⁸⁰ STL12651-2017, Radicación Número: 47924, acta 29, 16 de agosto de 2017.

⁸¹ Cabrera Medaglia, J. Los derechos de la naturaleza, artículo de opinión publicado en el periódico La Nación del 06 de setiembre de 2017, disponible a través del siguiente

enlace: http://www.nacion.com/opinion/foros/derechos-naturaleza_0_1656834307.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_term=Autofeed&utm_campaign=Echobox#link_time=1504759575

⁸² Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, *op.cit.*

*naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar».*⁸³

De todo lo anteriormente expuesto es posible concluir que los derechos humanos hoy se encuentran ya ligados a los derechos de la naturaleza.

Consideraciones Finales

El desarrollo evolutivo de los derechos ambientales dentro del derecho internacional de los derechos humanos ha sido vertiginoso en los últimos años, tanto a nivel de instrumentos como de mecanismos internacionales, regionales y locales de derechos humanos. Muestra de ello lo son la reciente Opinión Consultiva OC-23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe; los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; así como la actual tendencia mundial hacia su consolidación a través de una tercer Pacto Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas, impulsado por el Consejo Constitucional de

Francia, el Club de Juristas de Francia y el Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), instrumento que vendría a complementar los dos primeros sobre derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.

Bibliografía

Bedón Garzón, R. “Contenido y Aplicación de los derechos de la naturaleza”, *Ius Humani, Revista de Derecho*, Volumen 5, 2016.

Cabrera Medaglia, J. “Los derechos de la naturaleza”, artículo de opinión publicado en el periódico La Nación del 06 de setiembre de 2017.

Castillo Cubillo, C. “El derecho a un ambiente sano en el sistema internacional de derechos humanos y su relación con el cambio climático”, en Peña Chacón, Mario (editor) *El Derecho al Ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites*, Isolma, San José, 2016.

Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE), *Proyecto de Pacto Internacional de relativo al derecho de los seres humanos al ambiente*, 2017.

Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE), *Opinión sobre la Solicitud*

⁸³ Declaración Mundial de la UICN, op.cit

de Opinión Consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

Consejo Constitucional de Francia, y del Club de Juristas de Francia, *Proyecto de Pacto Global por el Medio Ambiente*, 2017.

Peña Chacón, M. “El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental”, en *Lex Difusión y Análisis*, Cuarta Época, año XXXI, agosto 2017, México.

Peña Chacón, M. *Tesis de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008,

Prieur, M., Bétaille, J., Delzangles, H., Makowiak, P., Steichen, P., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7 ed., París, 2016.

Prieur, M. *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, Paris, 2014.

UICN, *Declaración Mundial de UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental*, 2017.

Zaffaroni, E.R., *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2012.

Dyalá Jiménez Figueres

Ministra de Comercio Exterior de
la República de Costa Rica

ENTREVISTA

Dyalá Jiménez Figueres es la Ministra de Comercio Exterior de la República de Costa Rica para el período 2018-2022. Es licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica y obtuvo un LL.M. en Derecho Internacional de la Universidad de Georgetown, en Estados Unidos. Trabaja en idiomas español, inglés, francés y portugués. Cuenta con amplia trayectoria en la práctica del arbitraje comercial internacional. Fue la primera costarricense en llegar a la Comisión de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional y es fundadora de la firma DJ Arbitraje.

Antes de iniciar su cargo ministerial, Dyalá Jiménez era nombrada frecuentemente en calidad de árbitro en arbitrajes institucionales y ad-hoc. Además, asesoraba a empresas en procesos arbitrales, así como en fases previas y posteriores al arbitraje o el litigio. Who's Who Legal 2016 distinguió a Dyalá Jiménez como una de los tres expertos de Costa Rica en arbitraje internacional. También fue destacada como una de los cinco expertos de Chile en arbitraje internacional en el 2009, 2011 y 2012. Chambers & Partners la ha destacado como una abogada "notable".

Dentro de su experiencia en el arbitraje internacional, Dyalá Jiménez fungió como abogada en el equipo que representó a inversionistas chilenos en contra del Estado Plurinacional de Bolivia en un arbitraje bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

Inversiones (CIADI). Asimismo, ha participado como *co-counsel* en un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en relación con un contrato de construcción, con sede en Madrid; *co-counsel* en un arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR) relacionado con un contrato de distribución, con sede en EEUU; presidente del Tribunal Arbitral en un arbitraje institucional en Panamá en materia de construcción; y Árbitro de Emergencia ICC en materia societaria, con sede en Brasil; entre muchos otros casos de arbitraje internacional.

Fungió como co-editora en jefe del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y ha escrito varios artículos académicos en el área del arbitraje internacional. Asimismo, trabajó como asesora del ministro de Hacienda en el 2013 y como asesora de la Asamblea Legislativa en el 2015. Dyalá Jiménez fue fundadora de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y forma parte del Consejo Asesor de la Revista de la Asociación.

Amablemente, Dyalá Jiménez concedió a la Revista Costarricense de Derecho Internacional esta entrevista, en la cual habla sobre sus primeros meses a cargo de la política exterior de Costa Rica, los próximos pasos con respecto a la incorporación de Costa Rica a la OCDE, los asuntos actuales ante la OMC y los casos recientes que Costa Rica ganó ante el CIADI.

Entrevista a Dyalá Jiménez Figueres

Realizada por Édgar E. Méndez Zamora, Valeria Tiffer Hangen y Felipe Volio Soley, el 14 de diciembre de 2018, en San José, Costa Rica.

Pregunta general:

1. ¿Cómo han sido los primeros meses a cargo del Ministerio de Comercio Exterior?

La experiencia ha representado un rol muy interesante que conlleva mucha responsabilidad que a la vez se ha facilitado porque hay un equipo de profesionales de altísimo nivel y rigor. Todo el equipo en general en COMEX es entregado. Desde la persona que sirve los cafés hasta el Viceministro y los Directores. Hay personas que trabajan veinticuatro siete porque creen en lo que hacen y que su trabajo tiene un gran propósito. Eso hace que mi trabajo sea muy placentero y que estas personas me inspiren. También es inspirador saber que desde COMEX uno está diseñando política pública para mejorar la calidad de vida de todas las personas.

2. ¿Cómo le ha ayudado su experiencia como árbitro internacional a desempeñar este cargo?

Ser árbitro lo ayuda a uno a escuchar. Esto es muy importante en la función pública. El ser abogada y haber estado por más de 15 años en la comunidad arbitral internacional me hizo siempre

probar las cosas con fundamento, con evidencia, con hechos y con datos. Eso para hacer política pública creo que es muy importante. Estas cualidades son características de los países de la OCDE. Las políticas públicas se hacen con base en evidencia y en datos.

En cuanto al tema de la OCDE, como en COMEX somos un ente coordinador, nos permite trabajar con varias personas de otras instituciones y ministerios y me ha llevado a conocer a otros miembros del aparato estatal.

Preguntas en torno a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”):

3. Con respecto a la política de Estado que han seguido los últimos dos gobiernos de adhesión de Costa Rica a la OCDE, ¿cuál es el estado del proceso de adhesión y cuáles son los comités que todavía nos tienen que dar la aprobación? ¿Cuáles son las implicaciones que esta adhesión puede conllevar en el derecho internacional?

A mí me gusta más hablar de ingreso o incorporación a la OCDE. Se trata de una decisión voluntaria y cada Estado lo hace a su manera, siguiendo, por supuesto, un proceso en donde los estándares están predeterminados. La

meta de llegar a los estándares es lo importante. La manera de cómo se llega a ellos es distinta para cada tema. Parte del proceso es contar con opinión formal positiva en veintidós comités. Nos faltan diez comités, que son: inversión, cohecho o anticohecho, gobierno corporativo, mercados financieros, competencia, ambiente, gobernanza pública, estadísticas, pesca y análisis económico y del desarrollo, que es el último comité que verifica todo. Para cada uno de esos comités hay transformaciones que todavía tenemos que hacer, incluyendo modificaciones legales.

4. Con respecto al tema legal, ¿qué implicaciones dentro del derecho internacional conllevaría la incorporación de Costa Rica a la OCDE? ¿Pueden considerarse las mejores prácticas que nos recomienda la OCDE como *soft law*?

Creo que esto significa poco en términos de *hard law*. Una vez que se es parte, si bien es cierto que en la OCDE hay una evaluación bianual de todos los países parte de los comités, no hay una expulsión como tal ante un incumplimiento, salvo casos calificados. Por otra parte, en el plano internacional, para ingresar a la OCDE vamos a tener que aprobar el protocolo de adhesión cuando se haya concluido este proceso, el cual, por supuesto, debe ser ratificado en la Asamblea

Legislativa. Además, hay que ser suscriptor de algunos convenios internacionales, como el de cohecho o la Convención de Basilea sobre Residuos y otras convenciones a las que Costa Rica pertenece. También se suscriben una serie de instrumentos y recomendaciones de la organización en distintos temas que son referente y se utilizan como fuente en materia de derecho internacional. Ahora, con respecto al plano nacional, hay que hacer una serie de reformas legales internas que tienen efectos jurídicos internos y que presentan al país como un país de alta categoría. Pero, estrictamente, desde un punto de vista del derecho internacional, no hay un cambio sustancial, dadas las convenciones internacionales a las que Costa Rica ya es parte en ese sentido.

5. ¿Actualmente, Costa Rica es el único país que se encuentra en proceso para ingresar a la OCDE, considera usted que esto aumenta la presión para el país?

Definitivamente. También aumenta la presión sobre nuestro compromiso como representantes del Presidente para ingresar en el 2020 a la OCDE. También aumenta la presión porque, al ser los únicos, el rigor es mayor y los recursos se dedican a Costa Rica. Por otro lado, es un privilegio, porque, como los recursos se dedican a Costa Rica, se le acompaña de una manera muy

sólida y, por ello, aprovecho para agradecer a la OCDE. La Secretaría de la OCDE ha dado un apoyo invaluable. Nos ha ayudado a hacer las reformas que siempre hemos querido hacer, pero acompañados por esta “universidad”.

Preguntas sobre la Organización Mundial de Comercio (“OMC”) y el comercio internacional:

6. ¿Qué rol tiene Costa Rica, COMEX y la Misión de Costa Rica ante la OMC en el debate actual de reformar la OMC?

La Misión ahora está en un proceso de transición. Se posicionó a Costa Rica como líder en algunos esfuerzos que se hicieron en comercio electrónico y en otras áreas que son de preocupación, sobre todo de UNCTAD y de preocupación más desarrollistas. Esto se hizo de una manera plurilateral, con algunos otros países. La nueva embajadora, Gloria Abraham, se incorporará a la Misión el 1 de abril de 2019.

Ahora vamos a volver otra vez más hacia lo interno de la OMC y agruparnos, por ejemplo, con el grupo de Ottawa u otros líderes que estén tratando de reformar de una manera muy constructiva la OMC, para fortalecer el multilateralismo y el sistema con base en reglas.

Creemos profundamente en eso, somos país fundador de la OMC y somos un país pequeño y abierto. Las reglas son lo que más tenemos que respetar y fortalecer, porque no podemos darnos el lujo de hacer política unilateral.

7. ¿Cuál es el impacto de la “guerra comercial” entre China y Estados Unidos en el comercio de CR?

Costa Rica es de los pocos países en la región que tiene tratados de libre comercio (TLCs) con China, con Estados Unidos y con Europa, que son tres de los actores de esta llamada “guerra comercial”. Entonces, eso lo que hace es llamar a la prudencia y entender que aquí hay mucha incertidumbre.

Lo que creo –y lo he dicho en varias ocasiones– es que, en este contexto, tenemos que enfocarnos mucho en (i) mejorar la competitividad para seguir siendo atractivos para inversionistas extranjeros y seguir trayendo estas inversiones que nos permiten participar en las cadenas globales de valor; (ii) profundizar nuestra diversificación todavía más, aprovechando los tratados que ya tenemos (como el de China –para el que queremos mejorar algunas condiciones–, el de Perú e incluso también el de Chile) y buscando opciones de otros nuevos TLCs; y (iii) respetar las reglas internacionales y participar en la OMC. Creo que esas tres cosas son las que

podemos hacer y debemos hacer en esta situación de tanta incertidumbre.

8. En cuanto al caso de Costa Rica sobre las medidas relativas a la importación de aguacates, ¿qué rol tiene COMEX y la Misión de Costa Rica ante la OMC?

COMEX es el ente que está encargado de la defensa del país en este tipo de disputas y lo que hace es trabajar en coordinación con la Misión y, en este caso, con el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC. Todo va a ser muy coordinado también con el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) y el Órgano Fitosanitario del país, porque esto es una cuestión de Estado y ellos forman parte del equipo.

Preguntas relativas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”):

9. Con respecto a la nueva tendencia de algunos países en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) de incorporar capítulos más restrictivos en la definición de trato justo y equitativo (FET) que se ajustan a los estándares mínimos internacionales, ¿considera usted que se debe seguir esta tendencia restrictiva o que se debe

promover definiciones más amplias para atraer más inversión extranjera?

Creo que debe de ser un punto medio. Con base en la experiencia desarrollada en la defensa de los casos desde hace algunos años, se ha tratado de ser consistentes en la negociación de todos nuestros acuerdos sobre este tema y hemos incorporado que el estándar de trato justo y equitativo debe de respetarse entendiéndolo bajo los principios del *customary international law* (derecho internacional consuetudinario). Eso, de alguna manera, obliga a quien demande a que demuestre un referente de estándar de mínimo trato. Eso hicimos en el TBI de Emiratos Árabes y el TLC con Corea, que son nuestros casos más recientes. En términos generales, de CAFTA en adelante, hemos venido siguiendo esta política, que ha sido muy consistente porque va alineada con la política de atracción de inversión extranjera.

10. En los últimos años, Costa Rica constantemente ha obtenido resultados favorables en arbitrajes frente al CIADI. En específico, tenemos el caso RITEVE, el caso Gas Zeta y el caso de Playa Esterillos. ¿Qué factores considera usted que han sido determinantes para que Costa Rica

haya obtenido sostenidamente resultados tan positivos? ¿Qué beneficios obtiene Costa Rica de estos triunfos?

Parte del éxito es que Costa Rica tiene claro, en su política pública, el tipo de inversión que quiere y el que no quiere. Muchos de los casos son ambientales. El Estado de Costa Rica tiene clara su posición en cuanto a la protección ambiental y ha tenido una cierta consistencia en su política pública, como línea de base. Costa Rica es un estado de derecho, es un país que se reconoce así y que entiende el valor de eso. Al no tener ejército, al ser tan pequeño, al no tener una política extractiva grande en cuanto a recursos naturales para exportación, tiene que descansar mucho en su talento humano, en la estabilidad y en su reputación. Al final, ese valor es el que prevalece. Por otro lado, tenemos un muy buen equipo interno y hacemos un trabajo muy fino con quienes nos han colaborado como abogados externos, en general. Nosotros, como país, tenemos un proceso riguroso de contratación de firmas legales externas, porque sabemos que es un elemento muy importante para la defensa del caso. Entendemos que con esto no se juega, se trata de la defensa de los intereses del país. No escatimamos tampoco trabajo interno. El equipo de solución de controversias es pequeño, pero se toma muy en serio y con mucho profesionalismo estos casos. Los gobiernos, además, tiene comités interinstitucionales de solución de

controversias para tratar estos temas desde una perspectiva más integral y Costa Rica no es la excepción. Es decir, la institucionalidad que hay en Costa Rica para resolver los conflictos propicia discusiones serias y estratégicas cuando existen estos casos, que van más allá de COMEX. En nuestro caso, estos casos se analizan en una Comisión Interinstitucional de Solución de Controversias conformada por el Ministro de la Presidencia, el Ministro de Hacienda, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General de la República, e instituciones invitadas como por ejemplo el Ministro del MINAE. En fin, es un órgano interinstitucional al que se rinde cuentas, pero que también contribuye y se le consulta para ciertas cuestiones estratégicas.

Pregunta General:

11. Desde su perspectiva personal, ¿qué recomendaciones tiene para personas que estén interesadas en desarrollar una carrera en derecho internacional y/o en arbitraje? ¿Cuáles son los valores fundamentales que usted considera que debe tener un profesional en estas ramas del Derecho?

Primero, recomiendo leer mucho y trabajar mucho. Deben ser muy serios en el rigor

académico. También debe perderse el miedo a tomar oportunidades conforme se presentan. No necesariamente todo tiene que ser en un tipo específico de bufete o en una ciudad específica a los cuales la mayoría va. Recomiendo tratar de salir del país un rato, si tuviera la oportunidad, y luego volver a Costa Rica, puesto que considero que aquí existe la oportunidad de conformar una comunidad profesional cada vez más sólida y de mejor calidad, donde podamos tener el semillero de árbitros y de profesionales en el arbitraje para la región. Creo que deberíamos llegar a esto.

Recomiendo además participar en la mayor cantidad de seminarios posible, no sólo para aprender, sino también para conocer gente y hacer lazos profesionales. El *networking* es muy importante, pero sin menospreciar la calidad del trabajo – es un balance. Finalmente, recomiendo suscribirse a alguna revista académica. Por ejemplo, recomiendo el boletín de la ICC y la Revista Costarricense de Derecho Internacional.



De izquierda a derecha: Valeria Tiffer, Édgar Méndez, Dyalá Jiménez, Adriana González y Felipe Volio en el Ministerio de Comercio Exterior, durante la entrevista a la señora ministra.

SOBRE LA XXII EDICIÓN DE CEJA

Javier Antonio Vives Blen

La XXII edición de la Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA) se llevó a cabo con éxito en San José de Costa Rica el pasado mes de noviembre 2018. La Asociación Costarricense de Derecho Internacional organiza anualmente la competencia, la cual consiste en una simulación de un proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de un caso hipotético.

CEJA es una actividad que trasciende de la relevancia académica, principalmente porque en ella convergen el interés de personas que confían en el Sistema Interamericano como herramienta fundamental para el aseguramiento de los derechos humanos. Esta actividad reúne a estudiantes de derecho de diversos orígenes y culturas para desafiar sus habilidades como futuros abogados internacionales mediante la realización de investigación jurídica comparada y la defensa de sus argumentos.



Los autores del caso son parte fundamental de la competencia, este año Romina Sijniesky (abogada de la Corte IDH) y Luis Diego Obando (abogado del ACNUR) pusieron su experiencia, conocimientos y creatividad al servicio de CEJA, obteniendo como resultado *El Caso de la Familia Coco Rivera Vs. El Estado de Thanos y la República de Namor*, el cual versó sobre los siguientes temas:

- El desplazamiento de personas a causa de factores socioeconómicos, medioambientales, y/o relativos a la salud de las personas.
- El asilo y otras formas de protección internacional en el contexto de la movilidad humana.
- La no devolución y la no expulsión de personas frente a las dinámicas actuales de la movilidad humana.
- El acceso a derechos/servicios básicos y la integración/reintegración de personas en el contexto de la migración.

- La corresponsabilidad internacional en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.



Los autores del caso CEJA 2018 también fueron parte del panel de jueces de la ronda final junto con los actuales jueces de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Humberto Antonio Sierra Porto, así como con el secretario de la Corte IDH Pablo Saavedra. Esta integración le otorgó el reconocimiento de primer lugar al equipo proveniente de la Universidad Gerardo Barrios (Regional San Miguel), quienes en la ronda final representaron a los estados.

CEJA 2018 logró reunir 17 equipos de 10 diferentes países que, con gran ímpetu, se reunieron en San José para demostrar sus habilidades de argumentación y conocimientos en el derecho internacional. Además, contó con la participación de más de 90 profesionales en calidades de jueces de rondas escritas y orales, así como 17 personas que participaron como secretarios de rondas orales.

El éxito y prestigio de CEJA lo determinan cada año los equipos participantes mediante el compromiso que demuestran con su trabajo de preparación, la XXII edición no fue la excepción. Esperamos con ansias la edición 2019 de CEJA.

Javier Antonio Vives Blen

Director Ejecutivo - CEJA 2018



Reconocimientos otorgados - CEJA 2018

Primer Lugar: Universidad Gerardo Barrios (Regional San Miguel), El Salvador.

Segundo Lugar: Universidad Gerardo Barrios Centro Regional Usulután, El Salvador.

Semifinalista: Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México.

Semifinalista: Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Mejor Oradora de Ronda Final: Cristina Maricela Guevara García, Universidad Gerardo Barrios Centro Regional Usulután, El Salvador.

Mejor Orador de Rondas Eliminatorias: Gabriel Ortiz Crespo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

Mejor Memorial de Víctimas: Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Mejor Memorial de Estado: Universidad Gerardo Barrios (Regional San Miguel), El Salvador.





PARA MÁS INFORMACIÓN:

ceja@acodir.org

OPORTUNIDAD DE PATROCINIO:

- Sea parte de los socios estratégicos de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.
- Participe en una de las competencias más prestigiosas de Derechos Humanos en América Latina y realce su marca.
- ¡Ayúdenos en la difusión del Derecho Internacional!
- Tres paquetes de patrocinio diferentes.

MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

PERSPECTIVAS EMERGENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El 6 de agosto de 2018, la Junta Directiva de ACODI organizó un primer conversatorio en el marco del Acuerdo de Cooperación firmado por la Asociación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2017. El conversatorio tuvo como temas centrales la relación medio ambiente - derechos humanos y el fenómeno de los desplazados ambientales, y llevado a cabo en la sala de audiencias del Tribunal. El primer panel fue moderado por Ariana Macaya Lizano (UCR) y contó con las exposiciones de Carlos E. Peralta (UCR), Mariana Clemente Fábrega (abogada senior Corte IDH que actualmente labora para el BID), Patricia Tarre Moser (abogada senior Corte IDH), Mario Peña Chacón (PNUD/UICN) y la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por su parte, el segundo panel fue moderado por Arturo Carballo Madrigal (director de la Comisión de Derecho Internacional Ambiental de ACODI) y contó con la participación de Romina Sijnienksy (abogada senior Corte IDH), Luis Diego Obando (ACNUR), Juan Carlos Méndez (Platform on Disaster Displacement) y Erika Pires Ramos (Red Suramericana de Migraciones Ambientales - RESAMA).



La Asociación agradece profundamente la colaboración entre tan diversas organizaciones y expertos para discutir temas de relevancia creciente en el derecho internacional. ACODI y la Corte IDH seguirán realizando eventos similares de manera anual, con el fin de brindar a nuestros asociados un espacio de interacción con expertos de alto nivel, así como de aprendizaje sobre estándares, buenas prácticas y retos sobre diversos temas relativos al sistema interamericano de protección de derechos humanos.



¡TE INVITAMOS A PUBLICAR EN EL BLOG DE ACODI!

Invitamos a nuestros asociados a enviar breves notas sobre temas relevantes de Derecho Internacional para su publicación en este reciente espacio de estudio y difusión. Esta plataforma dinámica nos permite contribuir al debate acerca de temáticas innovadoras y relevantes sobre las diferentes ramas del Derecho Internacional.

Para su publicación, las notas deben cumplir con los siguientes **requisitos**:

- ☐ Máximo 10.000 caracteres.
- ☐ En fuente Arial, tamaño 12.
- ☐ Ser notas inéditas y exclusivas, no publicadas con anterioridad.
- ☐ Enviar las notas a la dirección de correo electrónico: juntadirectiva@acodicr.org.

Pueden consultar las notas ya publicadas en el siguiente enlace: <https://www.acodicr.org/blog>.

FORMÁ PARTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Beneficios de ser asociado de ACODI:

- Pertenecer a una red interamericana de estudio del Derecho Internacional.
- Acceso a eventos académicos exclusivos.
 - o Charlas y conversatorios con profesionales influyentes en el Derecho Internacional y la diplomacia.
 - o Sesiones de discusión sobre temas relevantes del Derecho Internacional.
 - o Premio Manuel María de Peralta.
- Suscripción a la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- Suscripción a Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de ser columnista en Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de postularse como miembro de las Comisiones Temáticas de ACODI.
- Posibilidad de postularse como miembro de la Junta Directiva de ACODI.
- Ser observadora(a) de las competencias internacionales organizadas por ACODI de forma gratuita.
- Asesoría en participación en competencias internacionales.
- Posibilidad de participar como secretario(a) o juez en las competencias internacionales organizadas por ACODI.



Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicr.org

La Revista Costarricense de Derecho Internacional acepta contribuciones (artículos, ensayos, reseñas) para su publicación.

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

- i. Identificación del candidato (nombre y apellidos).
- ii. Detalles de su trayectoria en el campo del Derecho Internacional. En caso de no contar aún con un grado universitario deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculado, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en el Derecho Internacional.
- iii. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del tema sobre el cual versaría su contribución.

Una vez aceptadas las postulaciones, los artículos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Redacción en formato “.docx” (Microsoft Word).
- b) El título del artículo debe aparecer centrado.
- c) De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos del autor.
- d) Un resumen en español (titulado “Resumen”) y otro en inglés (titulado “Abstract”). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo.
- e) Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de 7,000 palabras.
- f) Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se harán utilizando un único formato de citación.
- g) El Director o el Consejo Editorial podrán apercibir al autor de corregir cualquier contenido que resulte ofensivo o que utilice lenguaje no apropiado. De no corregirse el motivo del apercibimiento, podrán rechazar el artículo.
- h) Sin perjuicio de lo anterior, los contenidos y opiniones que se vierten en cada artículo son responsabilidad exclusiva de cada autor, y no de los encargados de la Revista o de ACODI.
- i) El contenido del artículo deberá ser original y no haber sido publicado con anterioridad en algún otro medio.
- j) El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otra revista o cualquier otro soporte documental, deberá hacerlo indicando los datos de su publicación previa en la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- k) El Consejo Editorial podrán admitir la publicación de artículos o conferencias publicadas de forma previa en otras revistas o soportes documentales, en consideración a su relevancia. En este caso deberán indicarse los datos de la publicación previa.

[Consultas: revistaderechointernacional@acodicr.org](mailto:revistaderechointernacional@acodicr.org)