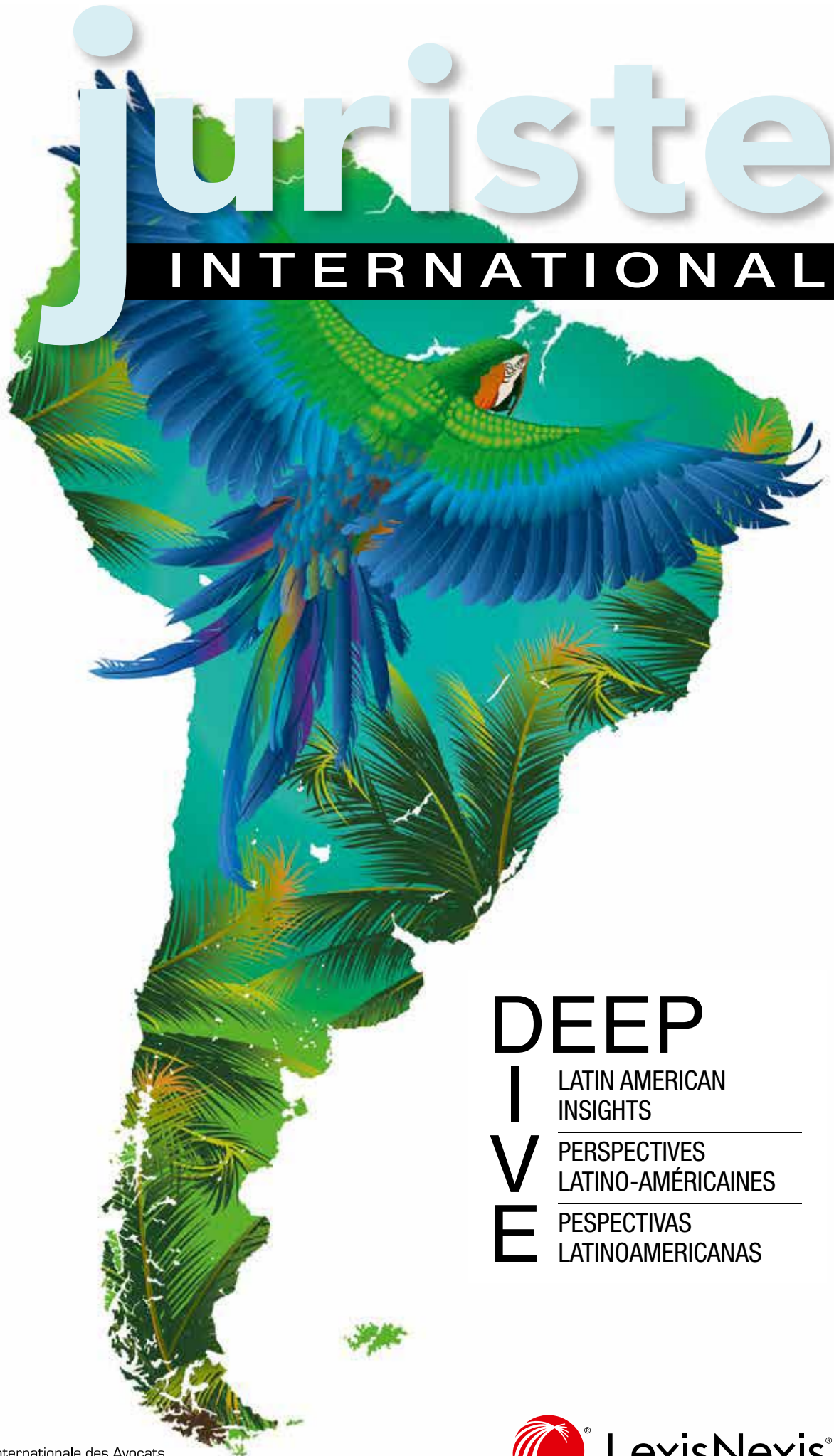


2022 4

juriste

INTERNATIONAL



DEEP

I

LATIN AMERICAN
INSIGHTS

V

PERSPECTIVES
LATINO-AMÉRICAINES

E

PESPECTIVAS
LATINOAMERICANAS



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



LexisNexis®

CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE

CIMA

Madrid (España/Spain)

Es una Corte de Arbitraje constituida como una entidad de carácter asociativo que ofrece el servicio de resolución arbitral de controversias en materia civil y mercantil.

Con sede en Madrid, CIMA dispone de una completa relación de Árbitros de ámbito nacional e internacional, dotados de una cualificación profesional y una experiencia objetivamente demostradas.

CIMA (Civil and Commercial Court of Arbitration) is an Arbitration Court established as an associative body providing an arbitration resolution service for civil and commercial disputes.

Based in Madrid (Spain), CIMA has a complete list of national and international Arbitrators who boast professional qualifications and experience which are objectively proven.



Jorge Juan, 8, 2º • 28001 Madrid (España) Tel.:
[+34] 91 431 76 90 • Fax: [+34] 91 431 61 38
cima@cima-arbitraje.com • www.cimaarbitraje.com

Table of Contents

Sommaire

Indice



3

President's Message | Le mot du Président | Mensaje del Presidente
Editorial | L'édito | Editorial

6

New Frontiers | Nouveaux horizons | Nuevas fronteras

► Litiges structurels d'intérêt public en droit argentin : une nouvelle forme d'action collective

10

What Matters | L'essentiel | Lo Importante

► Well-Being in Law: A Global Call to Action ► Colombie : de la permanence des menaces sur les défenseurs des droits humains ► Europe et Ukraine : la directive sur la protection temporaire enfin mise en œuvre

16

Deep Dive - Children and the Law | Le dossier - Enfance et droit | El informe - Infancia y derecho

► [16](#) América Latina: Buscando un nuevo camino ► [19](#) Un réseau de recherche sur la justice inclusive en Amérique latine ► [22](#) La gestión innovativa en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ► [25](#) Academia vs. comunidades, diálogo necesario para la construcción de soluciones eficaces (Rule of Law) ► [27](#) La función de la norma penal y los derechos fundamentales como factor de cumplimiento del Estado Social de Derecho (Rule of Law) en Colombia ► [30](#) Independencia del Ministerio Público Fiscal Argentino ► [34](#) The Brazilian Securities Market Incorporates ESG Aspects [36](#) Todo lo que un inversionista debe saber antes de invertir en Colombia [40](#) Rise of Dispute Boards in Latin America

43

Arc of the Law | Évolution du droit | Panorama jurídico

► Are we Ready for a Change in our Dietary Habits?

45

The Wider View | Grand angle | Visión amplia

► France et USA : vers une ratification de la Convention de Singapour sur la médiation ? – France and USA: towards a ratification of the Singapore Convention on Mediation ? • PARTIE I / PART I – La France a-t-elle raison de ne pas ratifier la Convention internationale de Singapour sur la médiation ? • PARTIE II / PART II – The Singapore Mediation Convention: An American Perspective ► Legal Vacuum Surrounding Synthetic Media Ownership Rights

56

My Own Backyard | Autour de moi | Mi entorno

► La place de la médiation dans l'environnement judiciaire français ► New Rules in Italy Concerning Multimodal Transport

62

Legal Spotlight | Brèves juridiques | Breves jurídicos

63

Inside The UIA | Au cœur de l'UIA | Novedades de la UIA

72

After Work | Temps libre | Tiempo libre



JURISTE INTERNATIONAL

Editorial Policy

The *Juriste International* offers robust and diverse perspectives on subjects of interest to lawyers. The views expressed herein are the views of the authors and do not necessarily imply UIA policy or editorial concurrence. Publication or dissemination of advertising or support of any product, service or organization does not constitute an endorsement.

Politique éditoriale

Juriste International offre des perspectives approfondies et diverses sur des sujets d'intérêt pour les avocats. Les opinions exprimées ici sont celles de leurs auteurs et n'impliquent pas que l'UIA et/ou le Comité éditorial, en les publiant et les diffusant, les partagent, ni les soutiennent. L'UIA n'avalise pas nécessairement le matériel publicitaire ou promotionnel de tout produit, service ou organisation publié ou diffusé par le *Juriste International*.

Política editorial

Juriste International ofrece perspectivas sólidas y diversas sobre temas de interés para los abogados. Las opiniones aquí expresadas son las de sus autores y no implican que la UIA y/o el Consejo Editorial, al publicarlas y difundirlas, las compartan o apoyen. La publicación o difusión de publicidad o soporte de cualquier producto, servicio u organización no constituye un respaldo.

Photos credit | Crédit photos | Crédito fotos

Couv. : © Mikhail Bakunovich – Shutterstock / P7 © fredex – Shutterstock / P14 © UIA / P16 © Elena Elisseeva – Shutterstock / P18 – Antillanca – Shutterstock / P 20 (bottom) © Carolina Jaramillo – Shutterstock / P20-21 © Romina_Hernandez – Shutterstock / P22 © Song_About_summer – Shutterstock / P23 Studio Romantic – Shutterstock / P24 © somemans – Shutterstock / P28 ©UIA / P29 © L.O.N Dslr Camera – Shutterstock / P32 © Chinnapong – Shutterstock / P44 © Prostock-studio – Shutterstock / P45 © Bokeh Stock – Shutterstock / P49 © Lightspring – Shutterstock / P50 © UIA / P62 © Giuseppe_R – Shutterstock / P63-71 © UIA / P72 © Steven Richman.

JURISTE INTERNATIONAL

UIA PUBLICATION | PUBLICATION DE L'UIA | PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director | Directeur de la publication | Director de la publicación
Présidente Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi, Paris, France

Editor-in-Chief | Rédactrice en chef | Redactora jefa
Barbara Gislason, Minneapolis, MN, USA, barbara@gislasonlaw.com

Deputy Editors | Rédacteurs adjoints | Redactores adjuntos
English Language: Steven Richman, Princeton, NJ, USA, srichman@clarkhill.com
French Language: Catherine Peulvé, Paris, France, cpeulve@cplaw.fr
Spanish Language: Laura Collada, Mexico City, Mexico, lcollada@dumont.com.mx

Executive Director | Directrice exécutive | Directora ejecutiva
Marie-Pierre Richard, Paris, France - mpirichard@uianet.org

Editors | Éditeurs | Editores

NORTH AMERICA | AMÉRIQUE DU NORD | AMÉRICA DEL NORTE

Pierre G. Bélanger, Ottawa, Canada, pbelange@gmail.com
 Hon. Peter M. Reyes, Jr., Minneapolis, MN, USA, petermreyes@gmail.com

CENTRAL AND SOUTH AMERICA | AMÉRIQUE CENTRALE ET DU SUD | AMÉRICA CENTRAL Y DEL SUR

Eugenio M. Curia, Buenos Aires, Argentina, Emcuria@yahoo.com
 Juan Eduardo Palma Jara, Santiago, Chile, jpalma@palma.cl
 Jaime Alberto Sandoval Mesa, Bogota, Colombia, jaisandoval@yahoo.com
 Jeanne Machado, Rio de Janeiro, Brazil, jmachado@machadoesilvaadv.com.br
 Wilfrido Fernández, Asunción, Paraguay, w.fernandez@zafer.com.py

EUROPE | EUROPA

Kato Aerts (Revenue Officer), Brussels, Belgium, kato.aerts@lydian.be
 Romina Bossa Abiven (UIA IROL Liaison), Paris, France, rbossa@uianet.org
Clémence Colin, Paris, France, ccolin@jpkarsenty.com
Marine Parmentier, Paris, France, mparmentier@woogassocies.com
 Camille Loup, Geneva, Switzerland, c.vuillemin-loup@44-avocats.ch
 Marco Imperiale, Milan, Italy, marco.imperiale@lcalex.it
Paolo Lombardi (UIA News), Torino, Italy, paolo.lombardi@elexi.it
 Angela Diaz-Bastien, Madrid, Spain, adb@edbalaw.com
 David Greene, London, UK, david.greene@edwincoe.com

AFRICA | AFRIQUE

Fayçal Driouche, Algiers, Algeria, cabinetdriouche@gmail.com
 Olufemi Sunmonu, Lagos, Nigeria, fsunmonu@aliantlaw.ng
 Aboubacar Fall, Dakar, Senegal, a.fall@aflegal.sn

ASIA | ASIE

Jansy Wang, Beijing, China, wangxiujuan@anjielaw.com
 Joana Alves Cardoso, Macau, China, jac@jac.legal
 Ashu Thakur, Mumbai, India, ashu@ataindia.co.in
 Yoshihisa Hayakawa, Tokyo, Japan, haya@rikkyo.ac.jp
 Jumanah Behbehani, Kuwait City, Kuwait, lawyer_jbehbehani@hotmail.com

Typesetting and Printing | Composition et impression | Composición e impresión
Evoluprint, Parc Industriel Euronord, 10 rue du Parc, CS 85001 Bruguières, 31151 Fenouillet Cedex
Circulation - Distribution | Tirage - Distribution | Tirada - Distribución
3 000 copies / exemplaires / ejemplares

Union Internationale des Avocats (UIA), 9 rue du Quatre-Septembre, 75002 Paris (France)
Tél. : +33 1 44 88 55 66 - Fax : + 33 1 44 88 55 77 - E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org - ISSN : 0758-2471

Follow us



Urquiola De Palacio Del Valle De Lersundi

PRESIDENT'S MESSAGE

This first issue of the *Juriste International* during my term is devoted to Latin America. As a Spaniard, the subject is very familiar to me, as Spain and the subcontinent are sister territories, with great reciprocal influences.

The region's contribution to UIA is, without a doubt, fundamentally substantial. Its weight and influence in the continent's legal tradition are also essential. Its regional system for the protection of human rights, crowned by the Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH), deserves to serve as a model and is one of the most advanced and interesting developments, along with the European Court of Human Rights (ECHR).

However, it has been difficult to consolidate the Rule of law in the region, which also harbors dictatorial regimes where the Rule of law does not exist (Venezuela, Nicaragua and Cuba) and populist regimes where the Rule of law has been weakened or is under threat.

In a recent interview, the former UN Special Rapporteur, Diego García-Sayán, called for the strengthening of the judiciary and the depoliticization of appointments to the judiciary as a key element in the region's progress toward the Rule of law. That is the way forward.

This concern is central to UIA, which, through UIA-IROL, is dedicated to promoting the rule of law.

LE MOT DE LA PRÉSIDENTE

Ce premier numéro du *Juriste International* durant mon mandat est consacré à l'Amérique latine. En tant qu'espagnole, le sujet m'est très familier, car l'Espagne et le sous-continent sont des terres sœurs, avec de grandes influences réciproques.

La contribution de la région à l'UIA revêt, sans aucun doute, une importance essentielle. Son poids et son influence dans la tradition juridique continentale sont également fondamentaux. Son système régional de protection des droits de l'homme, couronné par la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH – Cour Interaméricaine des droits de l'homme), mérite de servir de modèle et constitue l'un des développements les plus avancés et les plus intéressants, avec la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Toutefois, la consolidation de l'État de droit dans la région présente des difficultés, notamment en raison de régimes dictatoriaux où l'État de droit n'existe pas (Venezuela, Nicaragua et Cuba) et de régimes populistes où l'État de droit est affaibli ou menacé.

Dans une interview récente, l'ancien rapporteur spécial des Nations Unies, Diego García-Sayán, a préconisé le renforcement du système judiciaire et la dépolitisation des nominations, comme un élément clé de la progression de la région vers l'État de droit. C'est la voie à suivre.

Cette préoccupation est centrale pour l'UIA qui, par le biais de l'UIA-IROL, se consacre à la promotion de l'État de droit.

MENSAJE DE LA PRESIDENTA

Este primer número de mi mandato de *Juriste International* se centra en América Latina. Como española la materia me resulta muy familiar, porque España y el subcontinente son tierras hermanas, con grandes influencias recíprocas.

La aportación de la región a la UIA es, sin duda, de importancia nuclear. Su peso e influencia en la tradición jurídica continental, es también fundamental. Su sistema regional de protección de derechos humanos culminado por la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH), merece servir de modelo y constituye uno de los desarrollos, junto al TEDH, más avanzados e interesantes.

Sin embargo, existen dificultades para la consolidación del Estado de Derecho en la región, significativamente a causa de regímenes dictatoriales donde no existe tal Estado de Derecho (Venezuela, Nicaragua y Cuba) y, a causa de los populismos donde dicho Estado de Derecho se encuentra debilitado o comprometido.

En una reciente entrevista el anterior relator especial de Naciones Unidas, Diego García-Sayán, abogaba por el reforzamiento de la judicatura y la despolitización de nombramientos como elemento clave para el progreso de la región hacia el Estado de Derecho. Ese es el camino.

Esta preocupación resulta esencial para la UIA que, a través del UIA-IROL, dedica sus esfuerzos a promover el Estado de Derecho.



Barbara Gislason

EDITORIAL

As dawn awakens at the Jaguar National Park in Tikal, Guatemala, the great temples echoing Mayan civilization become illuminated. The stunning visuals are enhanced by the smells and sounds of the park. There is the pungent scent of jaguar scat, while the gurgling trills of ocellated turkeys emanate from the trees above. The past melds with the present in guided walks. By evening, light rain rejuvenates the park, where this damp tourist and the guide camp were on a platform under a modest pole-supported canopy by the swamp, where a visible Morelet's crocodile makes her home.

In theory, the flashlight-carrying guide would have aided that damp tourist if danger had presented itself that dark night. But when two jaguars approached, with their loud and slow breathy growls, the guide slumbered on as I felt every cell in my body go on high alert, pointing directly toward them. Fortunately, and for reasons unknown to me, the jaguars left and ambled off with the early sun.

Nature, and her mysteries, calls to each of us. We know that in some way, immersion in wild pristine places, and the companionship of animals in our lives and families, have the capacity to soothe us and make us whole. While tensions persist between humans and nonhuman animals, and the environment, humans are evolving in their realization that other

species and our planet deserve to be treated with dignity and respect. We increasingly realize that the harms we inflict on animals foreshadow harms to humans and the world in which we live.

Through a groundbreaking measure, the UIA has again created a precedent for other European-based international legal organizations to follow by establishing an Animal Law Working Group. I was honored and pleased to be part of that effort and assist in populating its officer ranks with leaders in this important, and growing, field.

The UIA is most fortunate to have Yolanda Eisenstein and Jamie McLaughlin serve as President and Vice-President of the UIA's groundbreaking Animal Law Working Group. Now that the UIA gives you the opportunity to serve on six commissions at no charge, consider giving this commission your endorsement by joining it.

And the next time you see me, upon request, I can recreate the jaguar sounds I heard in Tikal long ago.

L'ÉDITO

À mesure que l'aube réveille le parc national du jaguar à Tikal, au Guatemala, les grands temples qui font écho à la civilisation maya s'illuminent peu à peu. Ces tableaux saisissants sont renforcés par les senteurs et les sons du parc. Il y a l'odeur piquante des excréments de jaguar, tandis que les trilles gargouillantes des dindons ocellés émanent des arbres au-dessus. Le passé se fond dans le présent lors des visites guidées... Le soir, une pluie fine rafraîchit le parc, où cette touriste détrempée et son guide campent sur une plate-forme sous un modeste auvent soutenu par des poteaux, près du marécage, où un crocodile de Morelet a visiblement élu domicile.

En théorie, le guide muni simplement d'une lampe de poche aurait dû aider la touriste mouillée si le danger s'était présenté cette nuit sombre. Mais lorsque deux jaguars se sont approchés, avec leurs grognements menaçants, lents, haletants, le guide a continué à dormir alors que je sentais que chaque cellule de mon corps s'était dressée, en alerte, pointant directement vers eux... Heureusement, et pour des raisons qui me sont inconnues, les jaguars s'en vont, s'éloignant avec le soleil naissant.

La nature et ses mystères nous interpellent tous. Nous savons que, d'une certaine manière, l'immersion dans des endroits sauvages et vierges et la présence d'animaux dans nos

“ We increasingly realize that the harms we inflict on animals foreshadow harms to humans and the world in which we live. ”

vies et nos familles ont la capacité de nous apaiser et de nous procurer une sensation de complétude. Bien que des tensions persistent entre les humains, les animaux et l'environnement, les humains évoluent dans leur prise de conscience du fait que les autres espèces et notre planète méritent d'être traitées avec dignité et respect. Nous sommes de plus en plus conscients que les dommages que nous infligeons aux animaux sont annonceurs de dommages pour les humains et pour le monde dans lequel nous vivons.

Grâce à une mesure novatrice, l'UIA a une nouvelle fois créé un précédent que d'autres organisations juridiques internationales basées en Europe pourront suivre en créant un groupe de travail droit animalier. J'ai eu l'honneur et le plaisir de participer à cet effort et d'aider à peupler les rangs de ses membres avec des experts dans ce domaine important et en pleine expansion.

L'UIA a la chance d'avoir Yolanda Eisenstein et Jamie McLaughlin comme présidente et vice-présidente du groupe de travail droit animalier de l'UIA. Maintenant que l'UIA vous donne la possibilité de siéger gratuitement à six commissions, pensez à donner votre aval à cette commission en y adhérant.

Et la prochaine fois que vous me verrez, je pourrai recréer, sur demande, les grognements de jaguar que j'ai entendus à Tikal il y a longtemps.

➤ EDITORIAL

Cuando amanece sobre el Parque Nacional Tikal, en Guatemala, el Gran Templo del Jaguar, legado de la civilización maya, se ilumina. Las imponentes vistas que ofrece se ven potenciadas por los aromas y sonidos del parque. Se percibe el olor acre de las heces de jaguar, mientras de las copas de los árboles emana el gorgojeo de los pavos ocelados. El pasado se funde con el presente durante las excursiones guiadas. Por la noche, una lluvia ligera revitaliza el parque, donde esta turista empapada y su guía se encontraban sobre una plataforma bajo un toldo sujeto con un simple poste junto al mangle, donde mora y puede verse un cocodrilo Morelet.

En teoría, el guía, que lleva la linterna, habría ayudado a esa turista empapada si el peligro hubiera acaecido de noche cerrada. Pero cuando los dos jaguares se acercaron, con sus lentos gruñidos jadeantes, el guía mantenía la calma mientras yo sentía cada célula de mi cuerpo erizarse en alerta sin quitarles ojo. Afortunadamente, por algún motivo que desconozco, los jaguares se marchan caminando lentamente con el alba.

La naturaleza y sus misterios nos llaman a todos. Sabemos que, en cierto modo, la inmersión en lugares de naturaleza virgen y salvaje, así como la compañía de animales en nuestras vidas y familias, tienen la capacidad de calmarnos y hacernos sentir ple-

nos. Aunque siga habiendo algunas tensiones entre animales humanos y no humanos y el medio ambiente, los humanos están evolucionando y se están dando cuenta de que las otras especies y nuestro planeta merecen ser tratados con dignidad y respeto. Cada vez nos damos más cuenta de que los daños que infligimos a animales anuncian los daños a los humanos y al mundo en que vivimos.

A través de una medida innovadora, la UIA ha sentado una vez más un precedente para que otras organizaciones jurídicas internacionales basadas en Europa nos sigan la pista, con la creación de un Grupo de Trabajo Derecho Animal, que entrará en vigor en 2023. Fue para mí un honor y un placer participar en este esfuerzo y ayudar a engrosar sus filas de representantes con líderes de este campo, cada vez más importante.

La UIA tiene la gran suerte de contar con Yolanda Eisenstein y Jamie McLaughlin como Presidenta y Vicepresidenta del pionero Grupo de Trabajo Derecho Animal de la UIA. Ahora que la UIA da la oportunidad de trabajar en seis comisiones sin ningún coste, piensen en la posibilidad de apoyar a esta comisión uniéndose a ella.

Y la próxima vez que me vean, si me lo piden, podré recrear los sonidos del jaguar que oí en Tikal hace mucho tiempo.

Litiges structurels d'intérêt public en droit argentin : une nouvelle forme d'action collective

MARIA JOSÉ AZAR-BAUD



➤ Structural public interest litigation has grown exponentially in Argentina in recent decades. Through such litigation, individuals, NGOs and certain government agencies seek a lasting change in a status quo that undermines the effectiveness of fundamental rights such as human, social, economic and cultural rights. In the absence of a coherent regime to regulate public interest structural litigation, Argentine jurisprudence is progressively providing the premises for a system whose legislative adoption does not seem imminent.

➤ Los litigios estructurales de interés público conocen un desarrollo exponencial en Argentina, en las últimas décadas. A través de dichos contenciosos, individuos, ONG y ciertos organismos gubernamentales persiguen un cambio durable de un statu quo atentatorio de la efectividad de derechos fundamentales tales como derechos humanos, sociales, económicos y culturales. A defecto de un régimen coherente que regule los litigios estructural de interés público, la jurisprudencia argentina va aportando, progresivamente, las premisas de un sistema cuya adopción legislativa no parece inminente.

L'expression litiges d'intérêt public renvoie, communément, aux procédures judiciaires qui cherchent à modifier directement et de manière structurelle un aspect du *statu quo* politique, social ou économique portant atteinte à l'effectivité des droits fondamentaux de certains groupes vulnérables. Un litige d'intérêt public est généralement engagé par un – ou plusieurs – individus ou des organisations militantes, l'Ombudsman ou des organismes publics, qui cherchent à donner une voix à ces groupes d'intérêts souvent relégués. De tels contentieux sont apparus comme un « correctif » à un déséquilibre d'influences sur le système juridique et s'orientent vers la revendication des droits des personnes les plus défavorisées. Ainsi les litiges structurels d'intérêt public se répandent en matière des droits et libertés civils, de protection de l'environne-

ment, des droits des consommateurs, des minorités, des personnes en situation de handicap et d'autres personnes vulnérables¹.

Cette contribution présente les bases juridiques des litiges structurels d'intérêt public, qui puisent leur source dans la Constitution nationale argentine – la Constitution de la Nation (la Constitution ou la CNA) et les droits fondamentaux, ayant permis un développement considérable, parfois chaotique mais toujours évolutif, de ces litiges structurels d'intérêt public en Argentine (I). Puis, elle passe en revue la casuistique qui a donné lieu à la construction d'une doctrine jurisprudentielle sans précédent, dont les conséquences sociales, économiques et culturelles peuvent être remarquables pour les habitants d'une nation (II).

I. Un régime juridique inachevé s'appuyant sur des bases constitutionnelles

L'Argentine connaît des actions collectives depuis 1994, année où une réforme de la CNA a reconnu l'existence de nouvelles garanties constitutionnelles et accordé une large qualité pour agir en leur défense. Parmi les garanties constitutionnelles figurent les droits dont bénéficient les usagers du système de santé, les consommateurs, le droit d'accès à une concurrence loyale ainsi qu'à la liberté de choix et à des conditions de traitement équitables et dignes. Il en va de même du contrôle de la qualité et de l'efficacité des services publics et de la création d'associations de consommateurs ainsi que de l'établissement de procédures efficaces de prévention et de résolution des conflits (art. 42 CNA). Enfin, sont consacrés les « droits d'incidence collective en général » (art. 43 CNA), expression sur laquelle la doctrine a tant écrit.

1. Sur ces sujets, not. C. UCIN, « Tutela judicial efectiva en litigios estructurales. A propósito de las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires », JA 2021 - IV, fasc. 3, 13/10/2021, p. 3.



Une procédure expéditive pour la protection des garanties constitutionnelles, l'*amparo*, a été conçue d'abord par la jurisprudence dans les années 1950, puis par une loi spécifique (Loi n°16.986). Son admissibilité dépend de conditions que le demandeur (*amparista*) devra prouver : qu'il n'existe pas d'autre voie de recours plus appropriée contre l'acte ou l'omission qui porte atteinte, de manière effective ou imminente, aux droits et garanties reconnus par la Constitution, un traité international ou une loi ; que l'atteinte est susceptible de les restreindre, altérer ou menacer, de manière arbitraire ou avec une illégalité manifeste. Le juge peut déclarer l'inconstitutionnalité de la règle sur laquelle se fonde l'acte ou l'omission préjudiciable (le contrôle constitutionnel en Argentine est diffus, par opposition au système français).

Depuis la réforme constitutionnelle de 1994, on admet également l'existence d'un *amparo colectivo* pour la défense de groupes ou catégories de personnes contre « tout type de discrimination et en ce qui concerne les droits qui protègent l'environnement, la libre concurrence, les utilisateurs et les consommateurs, ainsi que les droits d'incidence collective en général » (art. 43 CNA). En outre, la Constitution consacre un *habeas corpus*, lorsque le droit lésé, restreint, altéré ou menacé est la liberté physique et

un *habeas data*, pour la tutelle de données privées et personnelles. La qualité pour agir dans un *amparo* est reconnue explicitement à différentes personnes de la société civile, dont « l'affectée », certaines ONG et l'Ombudsman (arts 43, 86 CNA) ainsi qu'au ministère public, garant de l'intérêt général (art. 120 CNA). Ces normes constitutionnelles ont facilité le développement des actions collectives, qui ont souvent (mais pas nécessairement) pris la forme d'un *amparo*.

Par ailleurs, de *lege lata*, deux lois ont façonné les actions collectives « consuméristes » (Loi n°24.240 et lois modificatrices, LDC) et celles « environnementalistes » (Loi générale sur l'environnement, Loi n°25.675, LGE). Dans sa version actuelle, la LDC dispose qu'un jugement favorable au demandeur produira *res judicata* à l'égard du défendeur et de tous les consommateurs se trouvant dans une situation similaire, à l'exception de ceux qui expriment leur volonté de ne pas être

liés par la solution (mécanisme dit *secundum eventum litis*). Ce droit de retrait (*opt-out*) doit être exercé avant que l'avis ne soit rendu, et selon les « termes et conditions imposés par le juge ». La LGE, promulguée en 2002, contient des dispositions procédurales s'agissant aussi bien des injonctions de cesser les activités polluantes que des actions indemnitaires. Pour les premières, la LGE régule la qualité pour agir, la preuve, les mesures provisoires et intérimaires, les pouvoirs des tribunaux, la litispendance, l'étendue de l'autorité de la chose jugée (système basé sur le principe dit *secundum eventum probationem*), et la juridiction. Si ces lois peuvent être qualifiées de « substantielles », on y trouve certaines dispositions procédurales isolées, applicables en principe pour traiter des conflits collectifs dans ces domaines particuliers. Toutefois, la doctrine ne cesse de dénoncer leur caractère incomplet et le besoin d'un régime général d'actions collectives (des projets de loi sont à l'étude).

Or, l'insuffisance de règles processuelles régissant l'ouverture, le déroulement et le dénouement du procès a conduit la Cour Suprême de Justice de la Nation (CJSN), composée de cinq membres, à utiliser ses pouvoirs réglementaires d'administration du système judiciaire pour édicter des dispositions visant à encadrer les « procès collectifs », expression consacrée depuis l'adoption du Code Modèle de Procès Collectifs pour l'Ibéro-Amérique en 2004². Ces

Une procédure expéditive pour la protection des garanties constitutionnelles, l'*amparo*, a été conçue d'abord par la jurisprudence dans les années 1950, puis par une loi spécifique (Loi n°16.986).

2. Sur ces sujets ainsi que pour une traduction en français du CMPCI, v. notre thèse Les actions collectives en droit de la consommation. Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé (thèse 2011), préf. L. CADIET, Dalloz, 2013.

textes se nomment *Acordadas*. Ceux créant un Régistre d'actions collectives et un Règlement des procès collectifs intéressent la matière qui nous occupe.

En dépit de ces dispositions constitutionnelles, légales et de régulation des procédures, il serait inexact d'affirmer qu'il existe un système

En dépit de ces dispositions constitutionnelles, légales et de régulation des procédures, il serait inexact d'affirmer qu'il existe un système juridique achevé d'actions collectives en général et des litiges d'intérêt public en particulier.

juridique achevé d'actions collectives en général et des litiges d'intérêt public en particulier. Les règles demeurent dispersées et les insuffisances le rendent imprévisible. En revanche, la nature constitutionnelle des garanties qui constituent la fondation des actions collectives et des litiges structurels a donné lieu à un activisme grandissant et donné aux juges l'occasion de bâtir de toutes pièces l'édifice processuel collectif. C'est ainsi que, alors que l'Argentine appartient aux systèmes de *civil law*, les

acteurs de la vie civile et leurs praticiens construisent leurs stratégies judiciaires sur des *leading cases* façonnant, avec le pouvoir judiciaire, l'évolution en la matière.

II. Une construction jurisprudentielle en évolution permanente

La première « vague » d'arrêts de la CSJN a été rendue dans des affaires collectives portant sur des questions environnementales et relatives aux droits humains³. Grâce à l'activisme des associations, la deuxième « vague » s'est portée sur des actions consuméristes et environnementalistes où étaient également invoqués d'autres droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, à une vie digne, au secret professionnel.

En ce sens, l'affaire Halabi a marqué un jalon décisif, en 2009. Le demandeur, avocat et usager de téléphones mobiles et de services Internet, a déposé un *amparo* et demandé la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ayant permis l'interception de communications téléphoniques et Internet privées sans ordonnance judiciaire préalable. La Cour d'appel avait déclaré la loi inconstitutionnelle et étendu les effets de sa décision à tous les usagers se trouvant dans une situation similaire. La CSJN, statuant en recours extraordinaire, a affirmé à la majorité qu'il est possible d'introduire en Argentine des actions

collectives ayant « des caractéristiques et des effets analogues à ceux des *class actions* américaines », ajoutant que l'article 43 de la CNA est opérationnel et doit être appliqué par les tribunaux, même en l'absence de législation qui le régle. *Obiter dictum*, la CSJN a énoncé les exigences constitutionnelles d'admissibilité visant à « fournir des orientations afin de protéger le droit à une procédure régulière pour les membres absents de la classe dans les utilisations futures d'une action collective ». Ainsi, selon l'arrêt, la « recevabilité formelle » de toute « *acción colectiva* » doit définir le groupe avec précision, être portée par un représentant adéquat du groupe, se focaliser sur des questions de droit ou de fait communes et homogènes au groupe, exposer la manière d'informer adéquatement les personnes concernées pour notamment se retirer ou intervenir dans le procès et, enfin, démontrer que l'accès à la justice sur une base individuelle serait compromise à défaut d'action collective.

Ainsi, dans l'affaire Halabi, la CSJN a consacré un standard selon lequel les *class actions* seraient seulement admissibles pour les « *negative expected value suits* » (le procès coûte plus que ce que le plaignant peut obtenir). Toutefois, une exception est prévue, lorsque l'affaire présente un « intérêt étatique fort » dans la protection des droits impliqués dans le litige (on notera que l'arrêt ne mentionne pas l'« intérêt public »). L'intérêt de l'État pourrait découler soit « de l'importance sociale des droits en litige » – comme en matière environnementale, de consommation et de santé – soit des « caractéristiques particulières de la catégorie affectée », faisant ici référence à des « groupes traditionnellement défavorisés ou faiblement protégés ». Dès lors, l'action serait également admissible « lorsqu'il existe des preuves claires de l'atteinte à un droit fondamental et à l'accès à la justice de son titulaire ».

Par ailleurs, en 2015, la CSJN a autorisé une action collective engagée par une ONG demandant une décision déclaratoire et une compensation économique pour un groupe d'enfants, de femmes, de personnes âgées et de personnes handicapées. Ici, même si les actions individuelles auraient pu se justifier en raison des enjeux économiques, la réparation collective a été jugée admissible en raison du « contenu social incontestable des droits en cause dans le litige, concernant des groupes qui doivent faire l'objet d'une protection préférentielle par des mandats constitutionnels en raison de leur condition vulnérable ». Cependant, dans une affaire jugée en 2016, ladite exception n'a pas été admise dans une action collective nationale déposée par une ONG contestant la hausse des tarifs du gaz naturel qui avait été adoptée sans respecter la tenue d'une audience publique préalable, exigée par la législation sur les services publics.

D'autres « maillons jurisprudentiels » directement inspirés des *class actions* peuvent être trouvés dans les affaires suivantes. *In re* « PADEC vs Swiss Medical », la CSJN a traité des questions importantes de fond et de « procédure collective ». *In re* « Municipalidad de Berazategui », la qualité pour agir des élus en politique local, c'est l'adoption des

3. CSJN : 20/06/2006, Mendoza I, Arrêt M.1569.XL; 29/08/2006, Asociación de Superficialarios de la Patagonia I, Arrêt A.1274.XXXIX; 31/10/2006, Arrêt D. 859. XXXVI; 31/10/2006, Mujeres por la Vida, Arrêt n° M.970.XXXIX; 08/07/2008, Mendoza II, Arrêt n° M.1569.XL; 26/08/2008, Asociación de Superficialarios de la Patagonia II, Arrêt n° A.1274.XXXIX; 24/02/2009, Halabi, Arrêt H.270.XLII; 21/08/2013, PADEC, Arrêt P.361.XLIII.

mesures provisoires et le chevauchement des litiges qui a été avancé et la CSJN a décidé de créer un Registre public des actions collectives. *In re* « Loma Negra », la CSJN a refusé la qualité pour agir à une ONG en raison de la définition trop large de la catégorie de personnes à protéger et a élaboré des directives pour la définition précise de la classe. Dans l'affaire « Kersich », portant sur l'approvisionnement en eau et concernant le droit de l'environnement et de la consommation, la CSJN met en avant la nécessité de « règles claires », en tant que prémisses essentielles de la procédure régulière. Enfin, *in re* « CEPIS », la CSJN a annulé une disposition réglementaire augmentant les tarifs de gaz naturel sans audience publique préalable⁴. À chacune de ces décisions, la CSJN, tout en s'appuyant sur sa doctrine établie dans les précédents, ajoute un élément de plus dans la construction des règles sur les procès collectifs.

Cette contribution ne peut se clore sans mentionner deux autres litiges structurels d'intérêt public par excellence. D'une part, l'affaire « Mendoza » (CSJN, 23/07/2008, « Mendoza, Beatriz Silvia y o/s. c. Estado Nacional y o/s. », Arrêt n°331:1622), sur la pollution d'une grande rivière argentine traversant cinq provinces et ayant entraîné un préjudice écologique considérable et de très nombreux préjudices individuels qu'il est impossible de résumer ici. D'autre part, l'affaire « Verbitsky II », *habeas corpus* collectif relatif à des personnes privées de leur liberté, dont la décision a été rendue en 2021, et qui doit se lire dans la continuité de l'arrêt « Verbitsky I » de la CSJN, jugé en 2005 et ayant constitué un *leading case*. M. Verbitsky, en représentation d'une association civile (CELS), cherchant à protéger toutes les personnes privées de liberté dans la province de Buenos Aires, a mis en cause les conditions physiques des prisons, dénoncé la surpopulation et la longue durée de la détention provisoire, en violation de l'art. 18 CN et d'instruments internationaux de hiérarchie constitutionnelle, ainsi que des lois régissant les droits fondamentaux des détenus. L'objectif de cette action était la recherche d'une solution structurelle globale, notamment au motif que les recours individuels introduits devant les juridictions inférieures n'avaient apporté que des solutions partielles susceptibles parfois même d'aggraver celles d'autres détenus. La CSJN, ayant reconnu la situation invoquée, a requis aux pouvoirs exécutif et législatif de la Province de Buenos Aires à revoir la législation relative à la libération de prison et à la détention provisoire afin de la rendre conforme à ces normes constitutionnelles et internationales. Parce que la modification structurelle ne pouvait pas être effectuée immédiatement, la CSJN a ordonné des mesures pour contrôler la mise en œuvre par la province défenderesse des dispositions ordonnées pour rendre les conditions de

détention conformes aux paramètres édictés, notamment en organisant une « table de dialogue » avec la présence d'*amicus curiae*.

Si, au début de l'exécution de l'arrêt « Verbitsky I », des résultats prometteurs ont été constatés, la situation s'est par la suite détériorée, motivant plusieurs demandeurs, dont le Ministère public, à demander la reprise de l'exécution dudit arrêt. Or, face à cette demande, impliquant de revenir sur l'affaire, la Cour Supérieure de Buenos Aires avait considéré que l'exécution de l'arrêt structurel de 2005, « Verbitsky I », était épuisée et avait ordonné que les demandes soient acheminées par des voies procédurales individuelles.

Toutefois, et sans entrer dans les nombreux détails de procédure, de manière saillante, la CSJN conclut que, dans la mesure où la décision avait imposé la réalisation d'objectifs qui imposaient un rôle actif au tribunal, tant que les conditions qui avaient donné lieu à la procédure continuaient d'exister, elle pouvait être saisie. La Cour a ainsi renvoyé l'affaire devant le tribunal local afin qu'un nouveau jugement soit rendu et ordonnant à la juridiction inférieure la prise en compte de la dimension structurelle accordée lors de l'exécution du jugement initial.

Cet arrêt révèle l'importance des questions traitées lors d'un litige structurel d'intérêt public, qu'il s'agisse des questions liées à l'efficacité de la protection judiciaire des personnes privées de liberté, à l'efficacité et l'efficacité des procès en général ou encore à l'*habeas corpus* en particulier. Il témoigne du bouleversement des notions processuelles, en l'espèce la continuité du lien d'instance processuelle et l'effective exécution des décisions de justice, ainsi que philosophiques et politiques, à même d'ouvrir d'importantes réflexions sur la modernisation du principe de la division de pouvoirs. ■

Dans l'affaire *Halabi*, la CSJN a consacré un standard selon lequel les *class actions* seraient seulement admissibles pour les « *negative expected value suits* » (le procès coûte plus que ce que le plaignant peut obtenir).

Maria José AZAR-BAUD

Maître de conférences – HDR, Université Paris-Saclay
Avocate aux Barreaux de Paris et de Buenos Aires
Fondatrice de l'Observatoire des actions de groupe et autres actions collectives
Cabinet Azar-Baud
Ville d'Avray, France
maria-jose.azar-baud@universite-paris-saclay.fr

4. Toutes les affaires citées dans cette contribution peuvent être consultés dans le Registre argentin d'actions collectives ou dans des Registres locaux (l'Argentine est un pays fédéral, ce qui se traduit notamment sur un volet du droit processuel). De manière plus accessible, les décisions et des commentaires peuvent être consultés in www.classaction-sargentina.com.ar

Note : L'auteur remercie vivement son collègue Francisco Verbic pour lui avoir facilité une grande partie des décisions citées dans cette contribution.

Well-Being in Law: A Global Call to Action



ROBIN M. WOLPERT



JANICE F. MULLIGAN

✎ Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, le bien-être existe lorsque « *l'individu prend conscience de ses propres capacités, peut faire face aux stress normaux de la vie, peut travailler de manière productive et fructueuse, et est capable d'apporter une contribution à sa communauté.* » Notre profession juridique est confrontée à une crise de bien-être qui menace notre capacité à exercer et à servir efficacement le public. Cet article identifie les défis auxquels nous sommes confrontés et les mesures concrètes que les individus, les employeurs et les barreaux peuvent prendre pour améliorer le bien-être.

✎ Según la Organización Mundial de la Salud, existe bienestar cuando « *el individuo se da cuenta de sus propias capacidades, puede hacer frente a las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.* » Nuestra profesión jurídica se enfrenta a una crisis de bienestar que amenaza nuestra capacidad para ejercer eficazmente y servir al público. Este artículo identifica los retos a los que nos enfrentamos y las medidas concretas que los individuos, los empleadores y los colegios de abogados pueden adoptar para mejorar el bienestar.

Well-being is an essential issue of our time. To be a good lawyer, we must be a healthy lawyer.

Our profession, however, is experiencing a well-being crisis that is a cause for global concern. We are not thriving. Members of our legal community have elevated rates of substance use and other mental health issues well above the general population. Younger lawyers, women, ethnic minorities, and those with disabilities experience the largest impact. Women are leaving the profession at a rate greatly exceeding that of men. The pandemic has only exacerbated these challenges. In some areas of the world, like Ukraine, the basic needs of survival eclipse everything else.

The critical work of lawyers is jeopardized when we are not thriving or we face mental health conditions or substance use disorders. Our well-being may impair our ability to practice law and competently represent clients.

Unfortunately, due to stigma and fear of losing our license, we have been reluctant to seek help. This raises the risk of disciplinary grievances, malpractice claims, and the betrayal of public trust in the legal profession.

Well-being in law, however, is a team sport. This issue is so big one person cannot do it alone. Fortunately, we've already got teams across the globe uniquely positioned to do something – bar organizations, legal employers, and other stakeholders. This is the opportunity for us to make the difference for legal professionals and the public we serve.

What is Well-Being

Well-being is a continuous process whereby lawyers seek to thrive across all life's dimensions – emotional, occupational, intellectual, spiritual, physical, and social. According to the World Health Organization, a state of well-being is when

“the individual realizes his or her own abilities, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to his or her community.” Well-being goes beyond the absence of mental ill health to the perception that life is going well.

Current Challenges

Lawyers, law students, and judges suffer from elevated rates of depression, anxiety, and stress that may be compounded by substance use disorders and mental health issues. In the United States, the 2016 study by the Hazelden Betty Ford Foundation and the American Bar Association's Commission on Lawyer Assistance Programs showed that legal professionals struggle with anxiety, depression, suicidal thoughts, and problematic substance use disorders at a rate of three times that of the general population¹. Newer lawyers are most at risk. Studies focused on law students and judges show similar results².

These findings are not unique to American lawyers. A 2021 global well-being survey indicates that lawyers' levels of well-being are below the global average in every regional forum, with a disproportionate impact on the young, women, ethnic minorities, and those with disabilities³. The most frequently cited factors impacting well-being are stress, high workload, work/life balance, the working culture/environment, and physical or mental health issues. When experienced, the top four factors having the most negative impact on well-being are workplace harassment and bullying, unrealistic time pressures, the demand to hit targets, and the inability to take breaks.

The pandemic has only amplified our profession's global well-being crisis. The ABA's 2021 Practice Forward survey revealed that the pandemic has resulted in increased substance use and other mental health concerns⁴. Respondents found it harder to keep work and home life separate, felt overwhelmed and stressed, thought their day would never end, and had trouble taking time off from work. These feelings were more pronounced for women, lawyers of color, and younger lawyers, particularly those with young children.

1. <https://lawyerwellbeing.net/the-report/> - Patrick Krill, Ryan Johnson & Linda Albert, *“The Prevalence of Substance Use and Other Mental Health Concerns Among American Attorneys”*, 10 J. ADDICT. MED. 46 (2016).

2. Jerome M. Organ, David B. Jaffe & Katherine M. Bender, *“Suffering in Silence: The Survey of Law Student Well-Being and the Reluctance of Law Students to Seek Help for Substance Use and Mental Health Concerns”*, 66 J. LEGAL EDUC. 116 (2016); David Swenson, Joan Bibelhausen, Bree Buchanan, David Shaheed & Kathryn Yetter, *“Stress and Resiliency in the U.S. Judiciary”*, 2020 J. PROF. LAW. 1, (2020).

3. <https://www.ibanet.org/Mental-wellbeing-in-the-legal-profession>.

4. Scharf, S., Liebenberg, R., with Gallagher, N. and Peery, D. *“Practicing Law in the Pandemic and Moving Forward: Results and Best Practices from a Nationwide Survey of the Legal Profession”*, American Bar Association (April 2021) (hereinafter, the “Practice Forward Report”), available at: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/digital-engagement/practice-forward/practice-forward-survey.pdf>.

Indeed, well-being challenges during the pandemic exacerbated the alarming attrition of women lawyers. One study found one-quarter of all women contemplated leaving the profession due to mental health concerns, compared to 17% of men⁵. Predictors of attrition include overcommitment to work, an imbalance between effort and reward, work-family conflict, and workplace permissiveness toward alcohol.

There is now a growing consensus that more needs to be done to address well-being in law. We must create a cultural shift in the profession and make well-being an urgent, strategic priority for the legal profession.

Opportunities

It is challenging, of course, to create cultural change in a profession that glorifies hard work at the expense of our own health. We consider sleepless nights a badge of courage. We are shamed for asking for help. We are judged as lazy for taking care of ourselves. We are labeled “weak” for admitting that we are anxious and stressed. But what's at stake is our own vitality and workability – and that of our colleagues, teams, and organizations. Well-being impacts lawyer competence, ethical behavior, and client service in every sector of the legal profession.

All of us can take steps to enhance our own well-being and that of others. This involves education, policy change, and seeking support for ourselves and giving it to others.

The most frequently cited factors impacting well-being are stress, high workload, work/life balance, the working culture/environment, and physical or mental health issues.

Recommendations for individuals

- Demonstrate a commitment to our own well-being
- Join a well-being committee or create one so we have support
- Get 7.5 to 9 hours of sleep per day, which is the most important thing we can do to enhance our physical and mental health

Recommendations for employers

- Establish a well-being committee to promote well-being throughout the organization
- Assess employees' well-being to identify issues and initiatives
- Establish policies and practices to promote well-being
- Provide training on well-being

5. Anker J, Krill PR (2021) “Stress, drink, leave: An examination of gender-specific risk factors for mental health problems and attrition among licensed attorneys”. PLoS ONE 16(5): e0250563. doi:10.1371/journal.pone.0250563.

UIA Role

As an international bar association, our needs are more diverse than other bars. We need to come together and evaluate our members' diverse needs. Let's consider how we can accomplish the following:

1. Build and nurture an organization passionate about well-being. Setting goals, identifying priorities, and, most importantly, measuring results will help our UIA organization and its many commissions and working groups. Measuring results through surveys and other tools not only engages our members, but demonstrates our commitment to our members' well-being.

2. Integrate and embed well-being into everything we do in our bar. Well-being should be integrated into the administration of our organization and the administration of our substantive, member-driven programs and other membership benefits. For each initiative pursued, we should ask how well-being can be embedded into that initiative.

3. Drive well-being throughout our bar by setting the tone at the top. What leaders say matters, especially if the messaging is continuous, consistent, and driven throughout the organization. Bar leaders should talk about well-being and its importance to the vitality of lawyers and the profession. Not just once but all the time. Doing so raises awareness of well-being, reduces the stigma and shame of asking for help, and makes it OK to seek and obtain support. Leaders also model well-being behaviors. For example, we need to make sure our members know the value of sleep for mental and physical health.

4. Focus on new lawyers because they are most at risk and they are our future. Survey after survey demonstrates that newer lawyers are most at risk for substance use disorders and mental health issues. Consider what our bar association is doing for new lawyers during their transition to the practice of law on the topic of well-being. Are we doing enough? Are we doing the right things? Creating well-being programming and initiatives for our bar should also seek input from our newer lawyers. This will enhance engagement and make what we are doing relevant to them. We will be more likely to make a difference for our members when we obtain input and pursue initiatives that reflect cross-generational diversity. Newer lawyers are the future

of all of our bar organizations and nothing does more for engagement than creating a future with them at the table.

5. Engage our members through well-being surveys. Ask our members about their well-being. Ask them what our bar is doing that is useful to them and what they want

us to do. We can use this information to develop and sunset programs that members want. This is the ultimate way to superior customer services and satisfaction.

6. Aim big and advocate for systemic change. In the United States, bars and task forces have been evaluating (a) the character and fitness qualifications for admission to the bar, (b) CLE requirements that include well-being, and (c) changes to professional competency rules or guidelines that include awareness of how well-being impacts a lawyer's ability to practice law. Let's consider what would benefit our international members with diverse needs.

7. Take care of ourselves. We need to take care of ourselves so you can keep doing the great work we are doing. In searching for the support we need, we might just discover things our UIA bar can do for others that would make a difference for them.

8. Leverage Institute for Well-Being in Law (IWIL) as a resource and partner. IWIL is a nonprofit organization leading a movement to create a cultural shift in our profession to establish health and well-being as core centerpieces of professional success. IWIL is committed to serving as a free consultant and resource for the UIA, including its commissions and working groups to assist us in promoting well-being. Visit IWIL's website at www.lawyerwellbeing.net.

The UIA's U.S. National Committee and the UIA's Health Law Commission are collaborating in order to promote well-being among our UIA members and to encourage our members to spread the word in our own various legal communities and local bar associations around the globe. Look for future articles and programs to assist UIA members in implementing these and additional recommendations. ■

Robin M. WOLPERT, J.D., Ph.D.⁶

Attorney, Sapientia Law Group PLLC
Minneapolis, MN, United States
robinw@sapientialaw.com

Janice F. MULLIGAN, J.D.⁷

Mulligan, Banham & Findley
San Diego, CA, United States
jfmulliganesq@gmail.com

6. Robin M. Wolpert is President-Elect of the National Conference of Bar Presidents, Treasurer of the Institute for Well Being In Law, member of the ABA's Standing Committee on Professionalism, member the ABA House of Delegates, past president of the Minnesota State Bar Association, and past Chair of the Minnesota Lawyers Professional Responsibility Board, the entity responsible for oversight of the state's attorney disciplinary system.

7. Janice F. Mulligan is the Immediate Past President of the UIA Health Law Commission, a member of the UIA U.S. National Committee, former chair of the ABA's Standing Committee on Medical Professional Liability and former member of the ABA House of Delegates and ABA TIPS Council. She serves on the UIA US Organizing Committee for the Seminar on Health & Wellness for Lawyers scheduled March 9 & 10, 2023 in New York City. She also serves as Director of the recently founded Aid Across Borders (AAB) www.aidacrossborders.org.

All of us can take steps to enhance our own well-being and that of others. This involves education, policy change, and seeking support for ourselves and giving it to others.

Colombie : de la permanence des menaces sur les défenseurs des droits humains

ROLAND RODRIGUEZ



➤ First lessons from the 7th International Lawyers' Caravan in Colombia (August 20-27, 2022). The situation of lawyers, human rights defenders and all those who want to participate in a system based on the rule of law and the independence of justice continues to be worrisome, in a country undergoing profound political changes. Assassinations and death threats continue to be frequent. The exercise of the functions of lawyers and magistrates suffers from institutionalized impediments and the judicial process continues to be used as a tool for persecution and pressure.

➤ Primeras lecciones de la 7ª Caravana Internacional de Abogados en Colombia (20-27 de agosto de 2022). La situación de los abogados, de los defensores de los derechos humanos y de todos aquellos que quieren participar en un sistema basado en el Estado de Derecho y en la independencia de la justicia sigue siendo preocupante, en un país que está experimentando profundos cambios políticos. Los asesinatos y las amenazas de muerte siguen siendo frecuentes. El ejercicio de las funciones de los abogados y los magistrados sufre de impedimentos institucionalizados. El proceso judicial se sigue utilizando como herramienta de persecución y presión.

Du 20 au 27 août 2022, les délégués de la Caravane Internationale des Juristes se retrouvaient en Colombie pour la 7^e édition d'une mission d'observation bisannuelle, inaugurée en 2008. La Caravane Internationale des Juristes est une organisation dont le siège est au Royaume-Uni, visant à promouvoir l'accès à la justice et à faire respecter l'état de droit en Colombie.¹ L'Union Internationale des Avocats est régulièrement représentée lors des différentes actions de cette organisation et notamment lors de ses déplacements.

Lors des missions, les délégués de la Caravane se répartissent dans les différentes régions de la Colombie, au contact des avocats et défenseurs des droits qui agissent au quotidien sur le terrain pour l'accès au droit et l'indépendance de la justice. Chaque mission donne lieu à

un rapport, consultable sur le site de l'organisation. Entre chacune des missions biennuelles, la Caravane intervient comme *amicus curiae*, notamment dans des affaires identifiées lors des missions. À cette fin, des mémoires sont adressés aux différentes juridictions colombiennes, mais également à la Cour Constitutionnelle.

De manière plus générale, la Caravane intervient régulièrement auprès des autorités colombiennes, mais également auprès des ambassadeurs des pays dont les délégués sont ressortissants, afin de les alerter sur des situations particulières, concernant notamment les menaces, harcèlements et violences subies par les défenseurs des droits humains en Colombie.

Pour le Conseil National des Barreaux français, qui préside cette année l'Observatoire International des Avocats en Danger (OIAD)², la participation à l'édition 2022 de la Caravane est apparue comme fondamentale. En effet, compte tenu de la crise sanitaire, l'édition 2020 a dû être annulée et 4 ans se sont écoulés depuis le dernier déplacement en Colombie. Le pays est en outre traversé par des changements politiques majeurs qui peuvent laisser espérer des améliorations en matière d'indépendance de la justice et de respect des droits humains. Le soutien aux organisations de juristes et d'avocats colombiens, mobilisés sur place au péril de leur liberté et de leur vie, doit être effectif et visible.

L'Observatoire International des Avocats en Danger a d'ailleurs choisi le 24 janvier 2022, jour international des avocats en danger, pour mettre en lumière la situation particulière des avocats et des défenseurs des droits humains en Colombie. Sans anticiper sur le rapport global de la Caravane, qui devrait être publié dans les prochaines semaines, il est d'ores et déjà possible de consulter les conclusions préliminaires de la mission sur le site de l'organisation et de souligner les menaces protéiformes qui subsistent. Les observations qui ont pu être faites conduisent à la permanence du constat dressé par l'OIAD en janvier 2022. La situation des avocats, des défenseurs des droits humains, et au-delà, de tous ceux qui souhaitent concourir à un système de justice indépendante et d'État de droit, reste particulièrement préoccupante.

1. <http://www.colombiancaravana.org.uk/>

2. <https://protect-lawyers.org/>

I. De l'usage de la violence

La première des préoccupations est la sécurité et la vie même des avocats et défenseurs des droits humains.

Interrogé lors d'un webinaire de l'OIAD en septembre 2020, Reinaldo Villalba, vice-Président du collectif d'avocats José Alvear Restrepo (CAJAR) dédié à la défense des droits humains en Colombie, indiquait que « *plus de 700 avocats ont été assassinés au cours des 10 dernières années* ».

L'institut d'études sur le développement et la paix (INDEPAZ) dénombrait 310 meurtres de leaders sociaux et défenseurs des droits de l'homme pour la seule année 2020, quand l'État colombien, pour la même période n'en comptabilisait « que » 53... A la veille de l'arrivée des délégués de la Caravane en Colombie en août dernier, Adil Meléndez Márquez, qui fait partie des 9 avocats dont la situation est suivie de très près par l'OIAD, recevait de nouvelles menaces de mort caractérisées. Cet avocat de Cartagena de Indias, très impliqué dans la défense des

droits des communautés de la région, menacées par des mégaprojets dévastateurs pour le milieu ambiant et les ressources des habitants, venait d'obtenir un premier succès dans le cadre d'un de ses dossiers emblématiques.

C'est aussi la vie des juges et des juristes chargés de dossiers sensibles qui est en danger.

Il en est ainsi, en particulier, de ceux qui se consacrent aux affaires de restitution des terres. Depuis 2011, un processus spécifique a été mis en place au travers d'une loi qui prévoit la restitution de leurs terres aux paysans chassés de chez eux par les guérillas ou les groupes paramilitaires. Une magistrate chargée spécifiquement de ces dossiers, lesquels occupent une chambre entière sur les quatre que compte l'équivalent de la Cour d'Appel à Cartagena, a pu faire part des menaces qui pèsent sur sa sécurité et du manque de moyens pour sa protection. Il y a quelques mois, quatre membres d'une commission de restitution des terres, chargée d'instruire les dossiers, ont été retrouvés morts, assassinés.

II. De l'entrave au libre exercice des fonctions

Les différents juges rencontrés ont tous mis en avant le manque de moyens comme l'entrave principale à l'exercice de leurs fonctions, voire comme une entrave à leur indépendance. Il en est ainsi de certaines juridictions d'instruction contraintes, faute de crédits, de faire appel à des services d'État extérieurs à leur propre service, afin de mener des enquêtes, nécessairement fragilisées par ces recours à des tiers. Le manque de magistrats, trop

peu nombreux, est aussi un facteur de dégradation de l'accès à la justice, de la qualité de celle-ci... mais affecte également l'indépendance du bloc judiciaire.

Les avocats et défenseurs des droits de l'homme ont pu être l'objet ces dernières années d'entrave au libre exercice de leurs fonctions, au travers d'actes d'intimidation, de harcèlement ou de mise sous surveillance illégale, actes pour lesquels l'État, directement ou indirectement porte une responsabilité. Le collectif d'avocats CAJAR (Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo") a obtenu la tenue d'une audience de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme les 12 et 13 mai 2022 à la suite de la plainte qu'il avait pu déposer contre l'État pour dénoncer les faits de harcèlement et de mise sous surveillance illégale dont ont été victimes certains de ses membres.

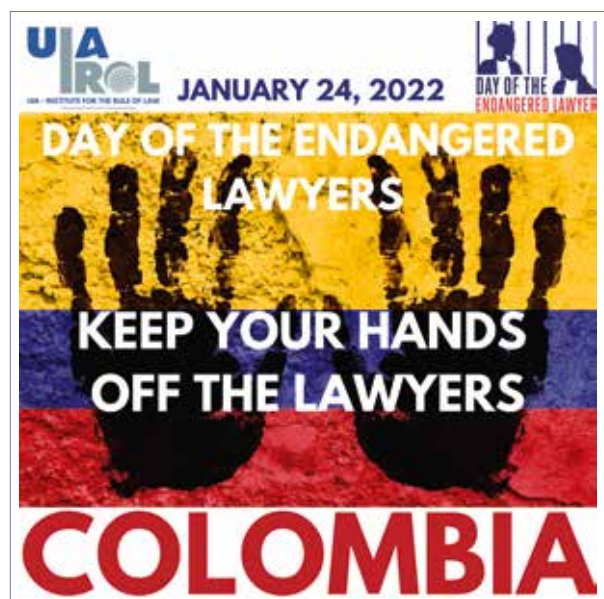
Il s'agissait là d'un événement d'importance car, pour la première fois, une telle plainte contre l'État colombien franchissait les différentes étapes procédurales pour atteindre la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

III. Du détournement du système judiciaire

Les rencontres et échanges, qui se sont tenus lors de la 7^e Caravane Internationale des Juristes d'août 2022, ont pu démontrer la permanence du détournement du système judiciaire comme moyen de pression et de répression utilisés à l'égard des avocats, juges, leaders sociaux et défenseurs des droits humains. Ainsi, on constate que la pratique dite des « faux positifs judiciaires » a toujours cours. Il s'agit de la création de montages judiciaires fondés en réalité sur des fausses preuves et des faux témoignages.

Par ailleurs, les avocats peuvent être poursuivis pénalement, condamnés et incarcérés dans des affaires purement civiles pour lesquelles ils ont obtenu simplement la condamnation pécuniaire d'organisations étatiques,

La situation des avocats, des défenseurs des droits humains, et au-delà, de tous ceux qui souhaitent concourir à un système de justice indépendante et d'État de droit, reste particulièrement préoccupante.



ou paraétatiques au profit de leurs clients, c'est-à-dire pour avoir simplement exercé leur fonction. La remise en cause de ce type de décisions judiciaires, souvent dans des conditions procédurales contestables, a pu permettre l'ouverture d'enquêtes par le bureau du Procureur, aboutissant à la condamnation des avocats, à titre personnel, et leur incarcération effective, pour « appropriation » d'un bien de l'État, au même titre que leurs clients.

De la même manière, le délit de *prevaricato* est régulièrement utilisé contre des magistrats, dans le cadre de dossiers pénaux mais également civils. Il s'agit de sanctionner pénalement le magistrat, sur poursuites du bureau du procureur, lorsqu'il a rendu une décision judiciaire dont il est prétendu qu'elle ne respecterait pas la loi. Il a pu en être ainsi concernant des décisions de refus de placement en détention, pourtant confirmées en appel, mais également de décisions octroyant à des salariés des primes par exemple au visa du principe d'égalité. Les principes d'indépendance des magistrats et de souveraineté de leur pouvoir de décision sont totalement inhibés par le risque de poursuites pour *prevaricato*. Ces poursuites sont à la main du bureau du procureur, le procureur général étant désigné au niveau national pour une durée de quatre ans et inamovible jusqu'à la fin de son mandat. Ainsi, plusieurs dizaines de magistrats purgent effectivement des peines d'emprisonnement fermes de plusieurs années, d'autant que la condamnation au délit de *prevaricato* ne permet pas, en temps normal, d'emprisonnement à domicile.

Le chemin vers une situation satisfaisante en matière d'état de droit et d'indépendance de la justice en Colombie paraît encore long et difficile au regard de la multiplicité des groupes susceptibles de freiner ses avancées, et des obstacles dans la mise en œuvre, sur le long terme, des changements effectifs de personnes et de pratiques.

Les avocats sont confrontés à l'absence d'une institution officielle professionnelle, de type ordinal, qui permettrait de protéger le libre exercice de la profession et de garantir les droits de la défense.

Les multiples associations, organisations et « ordres locaux », qui se sont constitués spontanément, doivent être appuyés et accompagnés.

Le travail de la Caravane Internationale des Juristes doit être poursuivi et soutenu entre chacun des visites biennuelles effectuées dans le pays. Son action, essentielle, doit être encouragée tant elle est importante pour la visibilité des difficultés d'état de droit, de la défense des droits humains en Colombie dans toute leur complexité, et pour l'appui fondamental apporté aux avocats et juristes colombiens. ■

Roland RODRIGUEZ

Avocat au Barreau de Grasse
Ancien Bâtonnier de l'Ordre

Ancien Vice-Président du Conseil National des Barreaux
Antibes, France

roland@rodriguez-avocat.fr



CALL FOR ARTICLES

juriste
INTERNATIONAL

Juriste International invites you to become an author

Would you like to write an article in English for our magazine?

Contact

Steven Richman, Deputy Editor English language:
srichman@clarkhill.com



L'équipe du Juriste International vous invite à devenir auteur

Vous souhaitez rédiger un article en français pour notre magazine ?

Contactez

Catherine Peulvé, Rédactrice Adjointe langue française :
cpeulve@cplaw.fr



¡El equipo del Juriste International le invita a redactar un artículo!

¿Deseas escribir un artículo para nuestra revista?

Contacta a

Laura Collada, Redactora Adjunta idioma español:
lcollada@dumont.com.mx



Contact Us :

André-Sébastien Vignier -
avignier@juriste.org

9 rue du Quatre-Septembre
75002 Paris – France
Tel. : +33 1 44 88 55 66

América Latina: Buscando un nuevo camino



Juan Pablo GLASINOVIC VERNON

➤ These are difficult times for Latin America and there is already talk of another lost decade. It is therefore essential to revitalise regional cooperation, as well as to stimulate public-private partnerships. Along with the above, it is also a priority to strengthen democratic governance and cooperate against the scourges of corruption and organised crime. Nonetheless, there is a light at the end of the tunnel, and all is not negative. Popular democratic sentiment has proven to be deep-rooted and resilient in most countries, and institutionalized democracy and dialogue have persisted in spite of everything.

➤ L'Amérique latine traverse une période difficile et l'on parle déjà d'une nouvelle décennie perdue. Il est donc essentiel de redynamiser la coopération régionale, ainsi que de stimuler les partenariats public-privé. Outre ce qui précède, le renforcement de la gouvernance démocratique, la coopération contre les fléaux de la corruption et du crime organisé constituent également une priorité. Bien qu'il y ait encore une portion de tunnel à parcourir avant de voir la lumière, tout n'est pas négatif. Le sentiment démocratique populaire s'est avéré être profondément enraciné et résistant dans la plupart des pays, et la démocratie l'institutionnalisée et le dialogue ont persisté malgré tout.

Son tiempos difíciles para América Latina y ya se habla de otra década perdida (la anterior fue la de los ochenta del siglo pasado) en atención al bajo o nulo crecimiento de la región, así como a graves problemas políticos y sociales, agudizados por la pandemia del Covid-19. Para peor, ahora se están experimentando los efectos de la guerra en Ucrania, con una alta inflación.

En efecto, el aumento de los precios de los combustibles y alimentos, principalmente, está empujando al alza general en un escenario monetario ya sobrecalentado, lo que afecta particularmente a los sectores más pobres. A esto se debe sumar el incremento de la informalidad tradicionalmente alta en nuestra región, lo que se traduce en una mayor precariedad, viviendo muchas personas y familias al día, con poca capacidad de asumir contingencias por sí mismas.

Al aumento importante del costo de los alimentos y la escasez de muchos productos agrícolas, se suma el alza sideral de los fertilizantes (muy dependientes en su fabricación del gas, pero también escasos por ser Rusia su fabricante más importante). Junto con ser otro factor del encarecimiento alimentario, impacta directamente en la productividad de la agricultura. Esto, en el caso de los países que no son autosuficientes en materia alimentaria (la mayoría), combinado con la dificultad para asegurar importaciones, sumará presión a los gobiernos y se constituye potencialmente en un elemento adicional de conflictividad social.

En la mayoría de los países de la región, se han desatado movilizaciones que, en muchos casos partieron reclamando por la inflación y carestía, abriendo las puertas a más demandas de todo tipo. Ante estas reacciones, que han sido particularmente intensas en países como Perú, Ecuador y Panamá, los gobiernos han tratado de aplacar la efervescencia popular con paquetes de medidas para hacer frente al alza del costo de vida, pero en un contexto general de escuálidos recursos fiscales, sin poder sostener un esfuerzo por un período prolongado, lo que deja un signo de interrogación sobre la estabilidad sociopolítica en el futuro próximo.

Lamentablemente, este complejo escenario en prácticamente todos los países ha encontrado a nuestra región en un escenario altamente fragmentado y de poca coordinación y cooperación, lo que, junto con agravar las crisis nacionales, dificulta su superación en una forma más rápida.

El estado actual de las cosas, que puede empeorar con la prolongación de la guerra en Europa y sus efectos globales, exige con urgencia mejorar la gobernanza y cooperar como región.

Hay que decir que en la región la gobernanza está muy vapuleada. La mayoría de la población no está satisfecha con sus gobiernos y sistemas políticos, los que están muy fragmentados y desprestigiados. Gobernar se ha vuelto mucho más difícil ante la falta de consensos y una desconfianza ciudadana que no hace sino crecer con relación a sus autoridades.

La pandemia desnudó o hizo más visibles las carencias sistémicas y el mal desempeño de los gobiernos. Eso ha estimulado un movimiento pendular en toda la región, con un cambio de signo político en la elección de los nuevos gobernantes. Prácticamente ninguno es de la misma tendencia que su antecesor. Esto refleja un voto castigo, al mismo tiempo que la búsqueda de algo distinto, con la esperanza de que se atiendan mejor las demandas sociales.

Lamentablemente, en un contexto de crisis de legitimidad de la democracia representativa y de sus instituciones, ha campeado el populismo. Este no solo amenaza al sistema democrático, también con agravar la crisis social y económica de nuestros países al proponer soluciones cortoplacistas pero inviables a más largo plazo.

Si antes, bajo el consenso de Washington, los tecnócratas tuvieron un papel preponderante en la administración, incluyendo la gestión económica, ahora el predominio ha pasado a los políticos. Si bien es cierto que la dimensión política debe ser la más relevante en todo gobierno, eso no implica rechazar o menospreciar el aspecto técnico. Debe buscarse la adecuada colaboración y complementación entre ambos campos. La economía tiene leyes que no se pueden obviar con el mero voluntarismo político. Tristemente ha abundado lo último, lo que no contribuye a mejorar las cosas.

Al menosprecio de los tecnócratas se suma una lamentable condición latinoamericana siempre presente, la sobre ideologización, la que atenta contra el pragmatismo tan necesario en época de crisis.

América Latina atraviesa un duro momento y todo indica que las dificultades se mantendrán y eventualmente se pueden agravar en el futuro cercano. Todo ello en un contexto mayor que también es difícil. Está en juego la estabilidad de nuestros regímenes democráticos y el bienestar de nuestros pueblos.

Por ello es indispensable revitalizar la coordinación y cooperación regional, así como estimular el trabajo público privado y mejorar el clima de negocios. Todos nuestros estados han acudido al déficit fiscal para inyectar recursos a la economía, pero se van quedando sin espaldas para sostener el esfuerzo y, sin la actividad privada, no habrá recaudación tributaria para financiar el gasto social y las demás tareas del Estado.

De esta crisis solo se sale realmente con más producción, comercio e inversión, por lo que en la agenda regional se debiera privilegiar estos aspectos y los estados facilitar la actividad económica y el intercambio. Hay además una gran oportunidad para reorientar los flujos comerciales

El estado actual de las cosas, que puede empeorar con la prolongación de la guerra en Europa y sus efectos globales, exige con urgencia mejorar la gobernanza y cooperar como región.



afectados por problemas logísticos, sanciones y guerra comercial a nivel global, incrementando el comercio intra regional, el cual es muy bajo comparado con el resto de los otros continentes.

Junto con lo anterior, es también prioritario fortalecer la gobernanza democrática, cooperando contra los flagelos de la corrupción y la criminalidad organizada, que en épocas como esta y ante el debilitamiento institucional intentan copar más espacios, convirtiéndose muchas veces en estados dentro del estado y consagrando a nuestra región como una de las más violentas a nivel global.

Aunque resta túnel antes de ver la luz, no todo es negativo. El sentimiento democrático popular ha demostrado gran arraigo y resiliencia en la mayoría de los países [...].

Aunque resta túnel antes de ver la luz, no todo es negativo. El sentimiento democrático popular ha demostrado gran arraigo y resiliencia en la mayoría de los países, y la institucionalidad democrática y el diálogo han persistido a pesar de todo.

Durante esta crisis, ninguno de los estados ha derivado en una dictadura, lo que no es poco decir considerando nuestra turbulenta historia. La sociedad civil también ha dado muestras de gran vigor y vitalidad, ocupando un rol articulador central en muchas áreas y adquiriendo más influencia política y condicionando muchas veces el rumbo de sus gobiernos.

La elección de gobiernos de izquierda, que ahora rigen en la mayoría de los países de la región, incluyendo toda

la Alianza del Pacífico y que probablemente sumarán a Brasil (al menos si nos atenemos a las últimas encuestas) no significa que la mayoría de la población sea de ese sector político, sino que responde a la búsqueda de soluciones para sus acuciantes problemas ante el fracaso del signo opuesto.

El reciente contundente resultado de rechazo en Chile a la propuesta constitucional de una convención constituyente, con 62% de los votos contra 38%, con la participación del 85% del padrón electoral, esto es más de 13 millones de votantes, es otra manifestación de que la mayoría quiere avanzar gradualmente en cambios en un clima de diálogo, sin refundar al país como estaba contemplado en esa fallida propuesta que se inspiraba claramente en una visión política de izquierda más radical.

Nuestros gobernantes deben entender que el momento exige de un trabajo mancomunado real, tanto en el plano interno como en el regional y que el tiempo no es precisamente lo que sobra.

Dentro de todas sus dificultades, América Latina avanza hacia la búsqueda de mejores condiciones de vida para sus habitantes. La buena noticia es que esta vez no parece ser persiguiendo quimeras ni conculcando las libertades. Pero, en la tierra del realismo mágico, este proceso estará lleno de buenas y malas sorpresas. ■

Juan Pablo GLASINOVIC VERNON

Abogado

Santiago, Chile

jpglasinovic@gmail.com



Un réseau de recherche sur la justice inclusive en Amérique latine

Pierre Gilles BÉLANGER

Since the 1980s, Latin America has undergone an important process of change in the legal sphere, including substantive changes in the constitutional, judicial, human rights and criminal systems, among others. All this to modernize the judicial system and make it accessible to all. However the modern legitimacy of legal systems requires all of us to see access to justice as a social imperative. It is for this reason that a group of researchers recently joined forces to develop an inter-American exchange network on the subject of access to justice with an emphasis on the most vulnerable populations.

Desde la década de 1980, América Latina ha experimentado un importante proceso de cambio en el ámbito jurídico, que incluye cambios sustantivos en los sistemas constitucional, judicial, de derechos humanos y penal, entre otros. Todo ello para modernizar el sistema judicial y hacerlo accesible a todos. Sin embargo, la legitimidad moderna de los ordenamientos jurídicos exige que todos veamos el acceso a la justicia como un imperativo social. Es por ello que recientemente un grupo de investigadores se unió para desarrollar una red interamericana de intercambio sobre acceso a la justicia con énfasis en las poblaciones más vulnerables.

Depuis les années 1980, plusieurs pays d'Amérique latine ont connu une transition démocratique après une période marquée par des gouvernements autoritaires ou dictatoriaux. Ces pays ont jugé que le droit serait l'un des éléments qui contribuerait à ce changement démocratique. Ils ont intégré de nouvelles institutions juridiques et établi des cadres normatifs, notamment juridiques, qui prévoient une reconnaissance générale des droits de la personne, des modifications profondes et la mise en place de procédures, entre autres en matière pénale. Bien qu'il soit évident que de multiples variables et plusieurs pays entrent en ligne de compte lorsqu'on parle de l'Amérique latine et que l'évolution de chaque État est différente, les réalisations parlent d'elles-mêmes ; le renouveau apporte

de grandes innovations en matière juridique et les nouvelles réformes sont beaucoup moins rigides que celles des pays du Nord.

Ces réformes juridiques et judiciaires (de grande envergure) mettent clairement l'accent sur la promesse non seulement de mettre en place des normes internationales sur les droits de la personne, mais d'éliminer l'opacité des procédures judiciaires qui leur étaient associées au nom d'une justice réelle. L'idéal est celui d'une justice qui permettrait à ses citoyens, notamment, de se battre à armes égales face au pouvoir et à l'État¹. Mais un doute plane : l'un des grands maux en Amérique latine, nous faisait remarquer le politologue et ancien diplomate français Alain Rouquié en 2012, n'était pas la violence ou les crimes, voire la corruption, mais les écarts de nature socio-économique². Or, en comparant les indices GINI (indicateur synthétique d'inégalités de revenus et niveaux de vie), on voit que ces écarts existent toujours.

On peut se demander si, quelques années après la mise en place de ces réformes, les changements institutionnels et normatifs, bien que novateurs, ne correspondent pas finalement à une application seulement théorique des droits de la personne. Les conditions structurelles persistantes de discrimination et de marginalisation socioculturelle semblent, en effet, souvent entraver l'application efficace de ces réformes. Dans certains pays, la faiblesse du cadre institutionnel et le parti pris des autorités empêchent les citoyens de participer pleinement à l'ensemble des institutions démocratiques, au point que leur confiance dans le système, voire dans l'appareil judiciaire lui-même, est affectée. Ainsi, au Mexique, les travailleuses

1. Voir par exemple le message du Président Eduardo Frei sur la réforme pénale du Chili qui affirmait qu'il s'agissait de plus qu'une réforme pénale mais entre autres d'un équilibre des pouvoirs sociaux économiques. « Mensaje N° 1630-07 » du Président Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle sur le projet de loi sur l'établissement d'un nouveau Code de procédure pénale intitulé « Mensaje del Proyecto de Ley del nuevo Código Procesal Penal (NQ 110-331, de 9 de junio de 1995) ». <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086244>.

2. « À l'ombre des dictatures. La démocratie en Amérique latine », Alain Rouquié, Paris, Albin Michel, 2012, 382 p.

du sexe n'osent même plus se plaindre auprès des autorités des sévices corporelles qu'elles subissent. Beaucoup se sentent exclus des décisions qui les concernent et peu représentés par les institutions publiques, ce qui engendre bien souvent une faille de la légitimité du système juridique envers ses citoyens (Valenzuela, 2022³). Particulièrement, et malgré des efforts considérables, l'accès des personnes vulnérables à la justice reste un défi à relever, tout comme l'amélioration de leurs conditions sociales.

Un diagnostic critique partagé

À la suite d'une étude initiée par l'auteur en 2015 (Bélanger, 2022), il a été constaté que, bien souvent, les décisions prises dans le cadre du système judiciaire, bien qu'officielles, favorisent les intérêts d'une élite économique et sociale, ce qui creuse encore plus l'écart dans l'exercice du pouvoir judiciaire. De plus, la loi est souvent interprétée de façon plus rigoureuse à l'égard des groupes de personnes traditionnellement exclues, ce qui leur cause préjudice. Pourtant, les promesses des réformes étaient de nature à éliminer les différences sociales, du moins au niveau de l'appareil judiciaire.

Même les études les plus sérieuses sur les causes des défaillances dans la mise en œuvre correcte des procédures soit omettent parfois de traiter le cas des personnes vulnérables, soit ne prennent pas en compte l'existence de jeux de pouvoir (conscients ou inconscients) existant entre les acteurs judiciaires dans la mise en œuvre du droit, comme si ces aspects ne relevaient ni du droit, ni de l'histoire. Dans de nombreux cas, le traitement reçu par les personnes défavorisées est empreint de valeurs sociales et de préjugés. Dans d'autres cas, au motif d'universalisme ou de neutralité du système de droit – en réalité inexistant –, de nombreux groupes sont traités et jugés sans tenir compte de leurs cultures distinctives ou de leurs conditions de vie particulières (discrimination par absence de distinction). Les récentes réformes – même mues par les meilleures intentions – ont donc failli à renforcer ou à élargir la légitimité du système politique dans son ensemble, et du système judiciaire en particulier.



3. "Estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de derechos humanos y los derechos de las mujeres indígenas", Revista Diálogo Andino. 67, 2022, julio. http://dialogoandino.cl/wp-content/uploads/2022/07/31_Valenzuela.pdf.



L'Amérique latine n'est pas la seule à rechercher la mise en place d'un système juridique légitime. Au Canada, de récentes études montrent que les populations défavorisées subissent un traitement discriminatoire fondé sur le profilage policier (Dufour, 2022) ou font l'objet d'une application différenciée de la loi punitive parce qu'elles sont plus vulnérables (Sylvestre et al., 2020 ; Lamarche, 2016)⁴. Même le juge en chef de la Cour suprême du Canada a mentionné que, malgré tout le succès et les avancées obtenus au Canada, de nombreux défis et obstacles

4. « La procédure abrégée dans le contexte de la réforme juridique chilienne – Une analyse de la légitimité bourdieusienne à travers ses acteurs judiciaires », Pierre Gilles Bélanger, Thèse de doctorat, 2022, Université d'Ottawa. <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/43246>.

« Profilages policiers », P. Dufour et F. Dupuis-Déri, Montréal, PUM, 2022, 274 p.

« Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People », M.-E. Sylvestre, N. Blomley et C. Bellot, Cambridge, Cambridge University Press, 2020

« La justiciabilité des droits économiques et sociaux en 2016 au Québec : une tempête dans un verre d'eau ? », L. Lamarche, Nouveaux cahiers du socialisme, n° 16, automne 2016.



s'élèvent encore pour plusieurs catégories de citoyens devant l'accès à la justice⁵.

Création de la plateforme Démocratie et justice dans les Amériques – Une nécessité de dialoguer



Au moment où les pays des Amériques mettent en œuvre ou revoient leurs réformes juridiques et innovent, un groupe de chercheurs et d'acteurs judiciaires en provenance de l'Amérique latine et du Canada a mis sur pied,

début 2021, une plateforme afin d'échanger sur des expériences, de s'appuyer sur des données et de les comparer. Ce groupe a constaté que les relations Nord-Sud ne sont plus d'actualité et qu'une réelle collaboration horizontale est primordiale entre l'Amérique du Nord et l'Amérique du Sud. Les avancées du Sud doivent être connues du Nord et les efforts du Nord doivent être plus que de l'appui dit « technique ». Cette plateforme intitulée « Démocratie et Justice dans les Amériques » entend développer des pistes de recherche et alimenter des débats pouvant avoir une incidence concrète sur le travail quotidien des acteurs judiciaires et l'accès des justiciables, et contribuer ainsi à améliorer les institutions démocratiques et renforcer le respect des droits de la personne.

Mode de fonctionnement de la plateforme

Jusqu'à présent, le *focus* a été mis par le groupe des chercheurs sur les échanges universitaires, la recherche et les débats sur des thèmes d'actualité, comme les contraintes que vivent les peuples autochtones ou le sort des femmes devant la violence conjugale, qui renvoient malheureusement à des réalités comparables à travers tout l'hémisphère. Ont ainsi été organisés des séminaires et des échanges entre les chercheurs pour discuter des données ciblées et de leurs études de terrain. Des acteurs judiciaires, juges et procureurs intéressés par les questions liées à un meilleur accès à la justice ont aussi apporté leurs expertises.

Il ne faut surtout pas oublier le mandat que cette plateforme s'est donné : éduquer. À ce sujet, il convient de souligner l'organisation, depuis plus de 10 ans, au sein de l'Université d'Ottawa, de cours d'été annuels (Boréal), avec la participation des Universités de Colombie, du Mexique, du Chili et bientôt du Pérou. Ces cours d'été permettent de sensibiliser les étudiants sur les questions et défis juridiques qui transcendent les populations à travers la connaissance des normes internationales et le pouvoir de la négociation et de la médiation dans les différents *forums*. Parmi les sujets abordés lors de ces universités d'été figuraient déjà les thèmes suivants : l'accès à la justice; les entreprises et les droits de la personne; la discrimination et les groupes sous protection spéciale; la légitimité démocratique.

C'est dans ce contexte que le groupe de chercheurs et d'acteurs judiciaires s'est rassemblé et a créé la plateforme « Démocratie et Justice dans les Amériques », reconnaissant que l'accès à la justice est un élément essentiel de la démocratie, et qu'il est de la mission des acteurs judiciaires comme chercheurs et théoriciens de développer la notion de droit dans toute sa vigueur et d'accès de tous les citoyens à la justice, avec comme laboratoire d'analyse et d'expérimentation : l'hémisphère. ■

Pierre Gilles BÉLANGER, Ph. D.

Professeur, Université d'Ottawa
Ottawa, Canada
pbelange@gmail.com

5. Voir l'allocation du très honorable Richard Wagner, C.P. Juge en chef du Canada, « L'accès à la justice : un impératif social ». <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/rw-2018-10-04-fra.aspx>.



La gestión innovativa en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Santiago OTAMENDI

▼ The historical role of the judiciary has been to administer justice. Over the years, the judiciary has grown so that it now is participating in a process of greater openness, transparency and institutional accountability. Faced with this scenario, the judiciary needed to start managing not only cases in a reasonable time, but also to adopt public policies in search of guaranteeing rights more closely linked to citizen participation, access to information and accountability.

▼ Le rôle historique du pouvoir judiciaire est d'administrer la justice. Cependant, au fil des ans, son agenda s'est étendu au-delà de cette responsabilité, participant à un processus d'ouverture, de transparence et de responsabilité institutionnelle accru. Face à ce scénario, le pouvoir judiciaire a dû commencer à gérer, non seulement des affaires dans un délai raisonnable, mais aussi des politiques publiques en vue de garantir des droits plus étroitement liés à la participation des citoyens, à l'accès à l'information et à la responsabilité.

La función histórica del Poder Judicial ha sido el ejercicio jurisdiccional de administrar justicia para resolver los conflictos que se plantean entre los ciudadanos o entre estos y el Estado; pero con el transcurso de los años la agenda de este Poder se ha ampliado mucho más allá de esa responsabilidad.

Esta agenda por supuesto ha incorporado, ya también desde hace tiempo, la necesidad de que la justicia no solo sea justa sino también mediata y oportuna en el tiempo, luego que sea también accesible y, últimamente, el Poder Judicial está también participando de un proceso de mayor apertura, transparencia y responsabilidad institucional.

Frente a este escenario necesitó empezar a gestionar no solo casos y a hacerlo en un tiempo razonable, sino también a gestionar un servicio que se ha ampliado y complejizado en la medida que empezó a desarrollar políticas públicas en búsqueda de garantizar no solo el acceso a la justicia como su servicio jurisdiccional primordial, sino el acceso también a derechos más vinculados con la participación ciudadana, el acceso a la información y la rendición de cuentas.





Además, el desarrollo de las TICs ha obligado a que ejerza sus funciones, tanto la jurisdiccional como la institucional, en entornos digitales y mediante el uso de herramientas tecnológicas.

De esta manera, la planificación del Poder Judicial, algo que se tornaba innecesario para la actividad puramente jurisdiccional, se ha vuelto indispensable al incorporarse nuevas funciones que tienen un impacto y una trascendencia institucional que excede el interés particular de justicia de los litigantes y que tiene por objeto a la sociedad en su conjunto.

El Poder Judicial debe definir en esta planificación una visión institucional, una identidad propia, integradora de todas estas viejas y nuevas responsabilidades de cara a los ciudadanos.

Para que esta visión pueda hacerse realidad y proyectarse en el tiempo, debe ser una construcción participativa, común y consensuada entre los actores institucionales públicos y privados responsables pero que también incorpore las demandas y expectativas de la sociedad civil. Debe ser también una visión ambiciosa pero a la vez realista, estratégica y concreta, consciente de sus prioridades, fortalezas y debilidades, y de los recursos existentes y siempre limitados frente a necesidades infinitas. Finalmente, debe estar acompañada de una política de comunicación pública y de identidad visual.

El Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires viene desarrollando desde 2007 planes estratégicos para la justicia local que se han consolidado como una política de estado y que han inspirado a otras jurisdicciones a hacer lo propio, siendo fundamental el trabajo que en este sentido desarrolla en todo el país la Red de Planificadores Federales de la Junta Federal de Cortes (Ju.Fe.Jus). El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad participa de esta agenda y ha creado recientemente su propia Oficina de Innovación y Gestión Judicial.

Esta planificación, que es continua y flexible a los cambios y a la incorporación de tecnología, se ha caracterizado por ser absolutamente innovativa del paradigma de

justicia aludido – acotado a la actividad jurisdiccional –, pero que no pierde de vista que uno de los desafíos más importantes es la asunción de las nuevas competencias ya transferidas, y a ser transferidas, por el Poder Judicial de la Nación a la justicia local. Frente a este escenario, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, entendiendo necesario establecer un plan de persecución penal que permitiera racionalizar los recursos conforme a sus prioridades, diseñó su Plan Estratégico 2020-2024.

Entre los logros destacados de esta gestión innovadora en el ámbito de la justicia porteña podemos mencionar la consolidación de los nuevos modelos de unidades judiciales que permiten abordar las actividades jurisdiccionales y las administrativas por separado, concentrando estas últimas en áreas de apoyo y tramitación común que resultan más eficientes a partir de la mecanización de sus tareas, reservándole a los Magistrados y sus funcionarios la responsabilidad jurisdiccional que les es propia.

Por su parte, la consagración del expediente y la firma digital a través del Sistema EJE (Expediente Judicial Electrónico), que tuvo origen en el compromiso de despapealización pero que terminó de impulsar la pandemia por el Covid-19 a partir de la necesidad del trabajo remoto, ha contribuido a un mejor y más ágil servicio de justicia. Por otro lado, la habilitación del «Portal del Litigante», como plataforma digital de presentación de escritos judiciales ante los Tribunales de la Ciudad, ha tenido un impacto tremendamente positivo en la actividad diaria de los abogados.

Al mismo tiempo, la incorporación de tecnología y la utilización de plataformas de encuentro virtual también permitieron ampliar el universo de destinatarios de las capacitaciones dictadas por el Centro de Formación Judicial (CFJ) a todos los agentes del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos. Además, en materia de capacitación, la innovación también está dada en el trabajo sobre un nuevo perfil de magistrado, no solo preparado para atender la oralidad consagrada como principio de los procesos y para aplicar herramientas procesales de abordaje temprano como la mediación y la conciliación, sino que también se busca garantizar un magistrado cercano y empático con las problemáticas de los ciudadanos.

A su vez, el uso de tecnología en la gestión y resolución de casos posibilitó el acceso y administración de fuentes abiertas de información (OSINT por sus siglas en inglés) en todo el mundo y el análisis e interpretación de grandes volúmenes de datos. El sistema de inteligencia artificial

Debe ser también una visión ambiciosa pero a la vez realista, estratégica y concreta, consciente de sus prioridades, fortalezas y debilidades, y de los recursos existentes y siempre limitados frente a necesidades infinitas.



PROMETEA, desarrollado por el Ministerio Público Fiscal y que permite, por ejemplo, el análisis y segmentación de información vinculada a los delitos de abuso sexual infantil en un lapso de tiempo impensado para el ser humano, ha abierto el debate sobre la incorporación de este tipo de tecnología a la actividad jurisdiccional.

Pero la gestión de la justicia de la Ciudad no es solo innovativa a partir del uso de las TICs sino también por involucrar procesos que son también novedosos. En el ámbito de la Asesoría Tutelar se inscriben en este desarrollo el diseño de la Sala de Entrevistas Especializada para la toma de declaración testimonial de menores, con equipos de psicólogos expertos, tecnología y un ambiente amigable,

o la terapia de asistencia por animales, cuya intervención colabora en la reducción de la ansiedad y el estrés de los niños.

La innovación también se orienta a garantizar un servicio de justicia más cercano, en especial a la población más vulnerable, siendo fundamental en este sentido

La innovación también se orienta a garantizar un servicio de justicia más cercano, en especial a la población más vulnerable [...].

el rol del Ministerio Público de la Defensa, que ha descentralizado su atención mediante sedes en las distintas comunas de la Ciudad, brindando una asistencia que es mucho más que la defensa técnica en juicio y que ha incorporado servicios de orientación en derechos y búsqueda de solución de conflictos alternativas al juicio. Esta asistencia integral y próxima al ciudadano es también una política transversal al Poder Judicial y al resto de los Ministerios Públicos.

En materia de transparencia, la justicia de la Ciudad ha estado atenta a las demandas de mayor apertura, transparencia en la gestión, participación en la elaboración de políticas públicas, rendición de cuentas y responsabilidad en el uso de los recursos, y evaluación y control ciudadano. Las políticas de Gobierno y Justicia Abierta han sido herramientas fundamentales para ir paulatinamente revirtiendo la desconfianza de la ciudadanía en uno de

los poderes históricamente menos sometidos al escrutinio público.

En esta línea de apertura institucional, la manera en que la justicia se comunica con los ciudadanos ha progresado también en lo que refiere a la publicación de sentencias en formato abierto y anonimizadas, estadísticas de desempeño, agendas de audiencias, edictos y otra información de interés en portales informativos, y a la incorporación de estrategias de comunicación y uso de redes sociales y espacios participativos digitales. En este punto, el desafío está dado hoy por la necesidad de incorporar paulatinamente en la redacción de sentencias un lenguaje más sencillo y comprensible, permitiendo que los destinatarios directos e indirectos puedan comprender el mensaje con facilidad.

Algunos juzgados de la Ciudad ya se encuentran liderando este proceso, redactando sus resoluciones y comunicaciones en forma clara, directa y accesible para el usuario del servicio de justicia. Esta experiencia ha permitido la elaboración y publicación gratuita y en línea de un "Manual de Lenguaje Claro y Estilo".

Este desarrollo de una gestión integral del servicio de justicia animó a muchos Tribunales y áreas administrativas del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos a aprobar y certificar calidad en sus métodos de organización y mejora continua, lo que permite ordenar, medir y monitorear determinados procesos en busca de garantizar su eficiencia y satisfacción de las expectativas de los usuarios.

En definitiva, una gestión judicial moderna, transparente y en permanente innovación, que responda a las demandas de la ciudadanía y que incorpore respuestas a sus nuevas expectativas mediante el uso de tecnología estará más preparada para atender los desafíos que plantea un mundo globalizado y con problemáticas jurídicas sociales novedosas, cada vez más complejas, contribuyendo a promover sociedades más justas y pacíficas. ■

Santiago OTAMENDI

*Juez, Tribunal Superior de Justicia CABA
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
sotamendi@tsjbaires.gov.ar*



Academia vs. comunidades, diálogo necesario para la construcción de soluciones eficaces (Rule of Law)

María Constanza BALLESTEROS MORENO

➤ Based on the mandate enshrined in Articles 41 and 67 of the Political Constitution of Colombia and taking into account the social responsibility that corresponds to the academy, this paper analyzes the need to develop concrete actions for the University to democratize knowledge in relation to the exercise of actions necessary for the guarantee and defense of rights. Additionally, the communicative role of the academy is fundamental, in two directions: the transmission of knowledge to vulnerable communities, and from these experiences, it is possible to communicate on public policies able to respond effectively to the problems detected within these communities. In this way, it is possible to take information from the social reality to impact it favorably.

➤ Sur la base du mandat inscrit dans les articles 41 et 67 de la Constitution politique de la Colombie et en tenant compte de la responsabilité sociale qui correspond à l'institution universitaire, cet article analyse la nécessité de développer des actions concrètes pour que l'Université démocratise la connaissance en relation avec l'exercice des actions nécessaires à la garantie et à la défense des droits. En outre, le rôle communicatif de l'autorité académique est fondamental dans deux directions : d'abord, la transmission de connaissances aux communautés vulnérables, et ensuite, à partir de ce qui a été appris de ces expériences, il est possible de communiquer sur le contenu des politiques publiques qui puissent répondre de façon efficace aux problèmes détectés au sein de ces communautés. Ainsi, il est possible de prendre des informations sur la réalité sociale afin d'avoir un impact favorable sur celle-ci.

Presentación

De manera inicial es necesario mencionar los artículos 41 y 67 de la Constitución Política de Colombia, pues es a partir de estos contenidos normativos que es posible relacionar la obligación de las Universidades frente

a la democratización del conocimiento. En efecto, el artículo 41 constitucional refiere la obligación de las instituciones educativas de estudiar la Constitución y fomentar prácticas para la participación ciudadana. Por su parte, el artículo 67 Constitucional consagra el derecho a la educación, señalando que éste es un servicio público que tiene una función social. Además, señala que la educación debe formar a la ciudadanía en el respeto por los derechos humanos, la paz y la democracia, entre otros.

A partir de esos mandatos constitucionales, es posible afirmar que de acuerdo con la fórmula constitucional en Colombia del Estado Social de Derecho (Rule of Law), las Universidades tienen el deber constitucional de desarrollar proyectos y acciones concretas con el fin de que el conocimiento deje de ser considerado un privilegio y se democratice. Especialmente en relación con las acciones constitucionales que protegen y garantizan derechos. En este sentido, se plantean tres ideas principales:

- La alfabetización jurídica es un deber derivado de la responsabilidad universitaria (Academia).
- El alfabetismo jurídico es un requisito para la eficacia del sistema jurídico.
- Teniendo en cuenta que la realidad social es la fuente material del derecho, la academia se convierte en un puente de comunicación fundamental para quienes legislan y elaboran la políticas públicas.

Desarrollo

De acuerdo con Cristian Furfaro, la labor de la academia frente a la formación ciudadana no universitaria se basa en una relación bidireccional, donde no sólo se transmiten conocimientos, sino que se recoge información: denominaremos a la concepción bidireccional de extensión universitaria como concepción de comunicación para el intercambio y la construcción de saberes, ello en tanto la inclusión de lo "no universitario" tenga por finalidad su participación activa en el proceso de construcción colectiva de conocimientos. El paso hacia la comunicación requiere la abolición – teórica y práctica – de las jerarquías que imponen los conocimientos.

[...] Es necesario tener en cuenta la comunicación necesaria entre academia y los funcionarios encargados de elaborar respuestas jurídicas para impactar la realidad social.

Así, esa relación de diálogo y aprendizaje mutuo, exige por parte de los no universitarios que ese aprendizaje sea replicado para materializar ese concepto de democratización del conocimiento. Adicionalmente, ese proceso de alfabetismo también exige a los académicos no quedarse con lo aprendido, observado y percibido, pues su deber es comunicar

a quienes tienen la potestad y la competencia para responder a las necesidades y problemáticas detectadas al interior de las comunidades intervenidas. Por tanto, además de ese concepto de bidireccionalidad planteado por Furfaro, es necesario tener en cuenta la comunicación necesaria entre academia y los funcionarios encargados de elaborar respuestas jurídicas

para impactar la realidad social. De esta manera, se plantea una relación circular donde la academia democratiza el conocimiento a través del alfabetismo a las comunidades intervenidas, pero toma de allí las necesidades emergentes – realidad social – y las comunica para la elaboración de respuestas jurídicas y así impactar la realidad social. Es decir a partir del alfabetismo jurídico es posible transformar la realidad social.

En desarrollo de los deberes constitucionales, desde la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás se han desarrollado diferentes acciones con el fin de compartir determinados conocimientos con comunidades vulnerables, proyectos que se han denominado de “Alfabetismo jurídico”.

Es a partir de estas experiencias que es muy importante determinar la importancia de la comunicación de la academia con la comunidad y la necesidad de que precisamente la academia sea un factor de comunicación entre quienes legislan y los encargados de elaborar las políticas públicas, partiendo de la base que la fuente material del derecho es la realidad social.

Finalmente es preciso resaltar que el estudio de la Constitución y las prácticas democráticas, se convierten en herramientas para la cultura de paz, tan necesarias en el momento actual de posacuerdo, el alfabetismo jurídico: “*inspira a los ciudadanos a crear valores constitucionales y de manera mediata al grueso de la comunidad, pues la enseñanza básica del derecho crea una comunidad de derecho cuyos lazos hacen más fuerte la cohesión social y la solidaridad por la civilidad.*” (Carreño Dueñas, 2019, pág. 42).

Conclusiones

Como hallazgos concretos es posible señalar, que el alfabetismo jurídico es una herramienta de las democracias actuales que debe ser implementada. Toda vez que la sociedad requiere de conocimiento en el Estado social

de derecho, el alcance de sus derechos y la capacidad de democracia que tiene en sí misma.

La necesidad de incluir los espacios de formación como un deber de los consultorios jurídicos que en Colombia obedece a un servicio popular para la comunidad incrementa el alcance del Estado social de Derecho en la comunidad y a su vez implica para el ciudadano una herramienta eficaz para conocer sus causas y resolver sus problemas sociales.

La urgente exigencia de establecer lazos de comunicación efectivos entre la Universidad y las entidades que elaboran las respuestas jurídicas, contribuye al crecimiento de la sociedad desde la educación toda vez que en este campo, en Colombia corresponde a un Derecho fundamental amparado constitucionalmente por el Estado social de Derecho.

Por último, es preciso señalar algunas necesidades emergentes dentro de la sociedad, como son la Igualdad de Género y las Acciones en relación con protección de derechos colectivos que se refieren al incremento de la capacidad de justiciabilidad de los derechos sociales de los grupos vulnerables dentro de la Fórmula del Estado social de derecho (Rule of Law)

Finalmente, como propósito fundamental del Estado social de derecho en Colombia, los elementos para la construcción de cultura de Paz y derechos humanos son prioritarios, toda vez que los mismos contribuyen de manera eficaz al paso de un estado de conflicto armado a un Estado de normalidad para la construcción de una nueva sociedad. ■

María Constanza BALLESTEROS MORENO¹

Docente, Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

mariaballesteros@usantotomas.edu.co

Bibliografía

- “La alfabetización jurídica en las facultades de derecho: Extensión o comunicación?”, C.A. Furfaro, Anales de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales, 2010, p. 632-642.
- “Alfabetismo jurídico en las facultades de Derecho en Colombia: ¿Fundamental en la Democracia y el Orden Social?”, D.e. Carreño Dueñas, D. e., 2019, Verba Iuris, 14, p. 35-45.
- “El Preámbulo de la Constitución Política de 1991, presupuestos de su creación y fundamentos de su proyección en el texto constitucional”, Alvaro Durán Moreno, Jaime Alberto Sandoval Mesa, Nhorys Torregrosa Jiménez, 2017, Justicia Constitucional Tomo II. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez Bogotá, p. 121 a 139.

1. Abogada, Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Master en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, Doctora en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Docente Universidad Santo Tomás.



La función de la norma penal y los derechos fundamentales como factor de cumplimiento del Estado Social de Derecho (Rule of Law) en Colombia

Jaime Alberto SANDOVAL MESA

➤ The existing criminal system in Colombia develops the principle of Social Rule of Law established in the Constitution (Art. 1 of the Political Constitution of 1991). In this respect, the limitations on the exercise of freedoms and the prevalence of fundamental rights - which currently ensures the progressive development of the foundations of the law - are established as reflecting the Social Rule of Law (Rule of Law) in criminal matters, in harmony with the rules established in the criminal system in force. This article examines the foundation of the Colombian legal system and its purposes as regards criminal matters in accordance with the constitutional values in force, the new expectations of protection which have been translated into fundamental rights and their function in the criminal field, by means of a neo-positivist, descriptive and reflexive hermeneutic interpretation.

➤ Le système pénal en vigueur en Colombie développe le principe de l'État de Droit Social établi dans la Constitution (Art. 1 de la Constitution Politique de 1991). À la lumière de ce principe, les limites à l'exercice des libertés et la prévalence des droits fondamentaux - qui assurent actuellement le développement progressif des fondements du système juridique - sont établis comme l'une des expressions de l'État social de droit (Rule of Law) en matière pénale, en harmonie avec les règles établies dans le système pénal en vigueur. Cet article examine les aspects fondateurs du système colombien et ses finalités en matière pénale à partir des valeurs constitutionnelles en vigueur, ainsi que les nouvelles attentes de protection qui se traduisent en droits fondamentaux et leur rôle en droit pénal, et cela à travers une interprétation herméneutique néo-positiviste, descriptive et réflexive.

1. Las nociones iniciales de la fórmula del Estado Social de Derecho (Rule of Law) en materia penal en Colombia

La norma penal cumple con una función de garantía, en virtud de la que solamente se puede condenar mediante la aplicación de la ley descrita y vigente al momento de los hechos (Principio de legalidad Art. 6° Código Penal. Art. 29 Constitución política de 1991). Esta función sirve de límite al *ius puniendi* que es uno de los poderes más importantes en el Estado Social de Derecho (Rule of Law), dado que la vigencia de la ley penal es el límite para la imposición de penas en Colombia por la comisión de Delitos. La función de los derechos fundamentales y su observancia mediante el sistema penal, permiten al ciudadano conocer los límites de su libertad y a su turno asegurar las garantías judiciales que le corresponden cuando su actuación se somete al proceso judicial.

La norma penal en Colombia, además de la estructura de principios establecidos en el sistema, cumple a su vez en su labor de defender los derechos fundamentales, un rol de control social de los ciudadanos. Este fundamento se

adscribe al concepto de última *ratio* del derecho penal. Esto quiere decir que el derecho penal se activa como fórmula de protección de los derechos de los ciudadanos y de los bienes jurídicos, una vez se hayan agotado todos los recursos legales disponibles para su resolución. En este sentido, la labor de la norma penal, se verifica en cuanto a la protección de los bienes jurídicos definidos por la Constitución, las normas complementarias de derechos humanos y demás instrumentos internacionales como fórmula integrada y ampliada del principio de legalidad (Art. 6 Cod. Penal), bajo fundamentos axiológicos de protección de los derechos fundamentales. A partir de esta norma las cortes tanto constitucional como suprema de justicia en materia penal definen el alcance de los derechos de las personas cuando han sido vulnerados por un crimen y definen las pautas para su interpretación y ejercicio en materia penal.

2. La norma penal como Defensa y protección de bienes jurídicos en el Estado Social de Derecho

Los fundamentos establecidos en las leyes colombianas, permiten desarrollar los intereses protegidos en materia

penal, que pueden ser de diversa índole y que dados los avances de la sociedad, pueden decidir circunstancias especiales para su persecución, como por ejemplo con el delito de aborto que, si bien se mantiene en el ordenamiento jurídico de Colombia (Art. 122 del C. Penal Colombiano), su comisión se define a partir de las 24 semanas de gestación (Sentencia C.055-22 de 21 de febrero de 2022 Corte Constitucional de Colombia). En este campo este tipo de desarrollos permite identificar los límites de protección de la vida y la integridad personal como

derechos fundamentales protegidos por el sistema penal. Pese a las discusiones de diversos grupos sociales, religiosos y políticos, constituye un factor social de protección que permite ponderar el alcance de medidas que imponen un ejercicio de libertades bastante amplio frente a este delito y a su vez impone medidas de responsabilidad social.

Bajo la perspectiva moderna, los derechos individuales, se observan adicionados por nuevas figuras que requieren de protección y ampliación de la norma penal [...].

Desde los puntos de vista planteados, la norma penal en Colombia se enfrenta a diversas situaciones que requieren de su privilegiada atención, en donde no sólo se impone su aplicación a un caso concreto, sino también a los fines del derecho penal bajo la fórmula de Estado social de Derecho (Rule of Law), que en el caso particular, van más allá de definir la consecuencia jurídica correspondiente como es la sanción penal, pues ahora también tiene la misión principal de adscribirse a la protección y defensa de los derechos fundamentales. Todo ello con la tarea adicional de construcción de un sistema de paz (Acuerdo suscrito el 24.11.2016) en medio de elementos

que todavía se desarrollan en el escenario del conflicto armado en proceso de resolución.

Además, los derechos protegidos desde el derecho penal vigente, deben participar en el concierto internacional, dado el avance en los procesos de observancia y vigilancia de la comunidad de naciones, mediante las instancias internacionales que la someten al examen de validez y cumplimiento efectivo, en las sociedades de las cuales es su destinataria. Así este mandato lo encontramos observado en el artículo 1º del código penal (Ley 599 de 2000) y también en el artículo 1º del Código de procedimiento penal vigente (Ley 906 de 2004). En ellos se establece la fórmula de la dignidad humana como principio rector que rige toda la protección de los derechos humanos y que se activa con su vulneración. Así mismo, este mecanismo se enriquece con la integración de los instrumentos de derechos humanos en el sistema penal conforme a los artículos 2º del código penal y 3º del Código de Procedimiento penal citado. Este punto constituye la vigencia ampliada del bloque de constitucionalidad en materia penal en Colombia.

3. La norma penal y las nuevas exigencias de control social

Frente a los aspectos relacionados con la protección de los bienes jurídicos, el nuevo orden constitucional ha permitido la realización de ciertas tendencias que en la práctica ya generaban consecuencias, adicionando condiciones para un nuevo tipo de sociedad. Esta evolución ha determinado el surgimiento de otros ámbitos de protección, papel para el cual, la norma penal, ha tenido que ampliar su radio de acción. En este nuevo orden tal y como lo expone Silva Sánchez, han aparecido nuevas



**Join
UIAdvance
now!**

UIAdvance is
a membership option
for law firms specially
designed to enhance
their global outreach.

Find out more: www.uianet.org



A Global Network for Law Firms



necesidades de tutela, que no escapan a las exigencias del Estado. La idea de nuevas exigencias surge en primer lugar, de la noción de Estado de Derecho, en donde los derechos y libertades individuales clásicas del Estado demo-liberal burgués habían sido objeto de tratamiento por el derecho penal, desde la era de su consagración.

Bajo la perspectiva moderna, los derechos individuales, se observan adicionados por nuevas figuras que requieren de protección y ampliación de la norma penal como el derecho a la intimidad, el derecho a la diversidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Además de estas prerrogativas, en el mundo moderno, surgen las definiciones de derechos sociales, en donde concurren infinidad de prerrogativas derivadas del derecho de reunión, asociación, seguridad social, trabajo, vivienda digna, derechos de las minorías, derechos culturales, derecho a la educación, medio ambiente e incluso del derecho a la paz. Estos fundamentos también aparecen protegidos en el sistema penal vigente mencionado anteriormente. Finalmente, el esquema de derechos fundamentales se complementa con la amplia gama de derechos democráticos en donde se incorporan los mecanismos de participación democrática, que imponen una evolución en la norma penal, la cual, bajo el antiguo sistema, se encargaba de proteger el derecho al sufragio y ahora tiene por función la protección del derecho a la democracia.

Conclusiones

A partir del modelo constitucional de 1991, se puede observar que los fundamentos establecidos en la actualidad en materia penal aparecen desarrollados en el texto fundamental (CEPEDA, Manuel José. 1992 P. 10), junto con un proceso de inobjetable ampliación, que se ha verificado a través de treinta años de existencia, mediante múltiples formas de consagración de los derechos humanos. Estos a su vez se reflejan como último recurso de defensa en materia penal.

Las anteriores prerrogativas implican un cambio significativo en el reconocimiento de que los derechos no son de-

claraciones filosóficas sino poderes reales en cabeza del individuo, toda vez que el sistema penal vigente se caracteriza por el reflejo de las instituciones constitucionales de los derechos fundamentales. Esto se puede observar en la consagración de normas rectoras tanto el código de delitos como en el sistema procesal para la interpretación de las garantías judiciales y la prevalencia de derechos fundamentales.

Así mismo, los diferentes contenidos democráticos y de derechos fundamentales que amplían la base de interpretación del Estado social de derecho (Rule of law) el sistema penal vigente, se observa en la estructura que privilegia los delitos contra la vida e integridad personal, la defensa de la persona en el escenario de conflicto armado mediante los delitos contra los bienes y personas protegidas, a continuación las libertades y derechos de la persona humana, libre desarrollo de su personalidad, libertad y formación sexual, integridad moral, los cuales constituyen más de la mitad de delitos consagrados en el código vigente. ■

El derecho penal se activa como fórmula de protección de los derechos de los ciudadanos y de los bienes jurídicos, una vez se hayan agotado todos los recursos legales disponibles para su resolución.

Jaime Alberto SANDOVAL MESA, PhD

Profesor Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia
jaيسانdovall@yahoo.com

Bibliografía

- Manuel José Cepeda, "Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991", 1992, Bogotá, Editorial Temis.
- Jaime Alberto Sandoval Mesa, "Delitos contra los mecanismos de participación democrática. Nuevos integrantes del sistema penal. Comentarios a los Códigos penal y de procedimiento penal", 2002, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, p. 351.
- Jesús María Silva Sanchez, "La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales", 1999, Editorial Civitas, Madrid.
- Jaime Alberto Sandoval Mesa, "La Garantía Criminal en materia penal y penal internacional", 2018, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España.
- Jaime Albert Sandoval Mesa, "Interpretación constitucional y legalidad penal de crímenes internacionales", 2019, Editorial Díké, Medellín Colombia.



Independencia del Ministerio Público Fiscal Argentino

Eduardo E. CASAL

↘ This articles presents:

- The institutional location of the Argentine Public Prosecutor's Office and its historical background.
- The constitutional reform of 1994 and its importance in terms of its role in the criminal process, especially with the gradual implementation of the accusatory system.
- The main legal instruments that ensure it (form of appointment, stability, financial self-sufficiency).
- The pronouncements of the Ibero-American Association of Public Prosecutors' Offices and of the meetings of Mercosur Public Prosecutors' Offices that show the transcendence and topicality of the subject at the regional level.

↘ Cet article présente:

- La situation institutionnelle du ministère public argentin et son contexte historique.
- La réforme constitutionnelle de 1994 et son importance en termes de rôle dans le processus pénal, notamment avec la mise en œuvre progressive du système accusatoire.
- Les principaux instruments juridiques qui la garantissent (forme de nomination, stabilité, autonomie financière).
- Les déclarations de l'Association ibéro-américaine des ministères publics et des réunions des ministères publics du Mercosur qui reflètent l'importance et l'actualité de la question au niveau régional.

Situación actual

El artículo 120 de la Constitución argentina, incorporado en su última reforma de 1994, lo define como "un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República."

La circunstancia de que la norma haya sido incluida bajo la sección IV de la parte relativa a las autoridades

de la Nación, marca el grado de independencia que el constituyente le asignó, llevando a más de un autor a sostener que se trata así de un cuarto poder.

La evolución anterior

Hasta ese momento, se presentaba un llamativo vacío, cual fue la ausencia de una reglamentación orgánica del Ministerio Público, pese a que jamás fue una institución ajena a nuestro medio como parte necesaria en la actividad jurisdiccional.

Recuperada la democracia en 1983, comenzaron a surgir numerosos proyectos de ley que denotaban la preocupación por regular definitivamente la cuestión. El punto fundamental a resolver era la inserción del Ministerio Público bajo la órbita del Poder Judicial o del Ejecutivo.

Quienes no consideraban conveniente subordinar la actuación de sus integrantes a los avatares propios del poder político, se apoyaban en los antecedentes legislativos y en las pocas normas que, aún de modo inorgánico, lo incluían en la estructura de los tribunales.

En apoyo de esa tesis se puede mencionar que dicha concepción respondía a nuestra tradición jurídica, pues ya en uno de los primeros instrumentos de la organización política como nación libre, como lo fue el Reglamento Provisorio de 1817, en su sección IV estableció la inamovilidad de los jueces que extendió a los fiscales.

Luego, la Constitución de 1853 disponía en su artículo 91 que "El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación".

En la reforma constitucional de 1860, se suprimió toda referencia a la composición de la Corte Suprema, la cual pasó a ser materia de la legislación reglamentaria.

Así, la primera ley orgánica de la justicia federal (nº27 de 1863) estableció que la Corte estaría compuesta por cinco Ministros y un Procurador General, lo cual importaba incluirlo dentro de la estructura judicial.

El mismo criterio inspiró la primera ley orgánica de los tribunales de la Capital (n°1893 de 1886), al regular también su texto los requisitos para ser fiscal de ambas instancias y las funciones a su cargo, al mismo tiempo que establecía que los fiscales de cámara debían ser nombrados y removidos por igual procedimiento que los vocales de ésta.

Los agentes fiscales de primera instancia, en cambio, serían nombrados y removidos por el Presidente de la República.

La ambigüedad que en este aspecto presentaba la legislación, sumada fundamentalmente a que ésta le reconocía al Ministro de Justicia la potestad de organizar y dirigir el Ministerio Público, sirvieron de base a quienes, del otro lado, pensaban que éste debía pertenecer a la rama ejecutiva porque su función esencial era, como la del Presidente, velar por el cumplimiento de las leyes.

Dentro de ese contexto, en 1989 se produjo un marcado avance del Ejecutivo sobre la estructura del Ministerio Público, al considerar ese poder que podía remover por decreto al Procurador General, pues éste no era un juez. Esta opinión trascendió por los medios de prensa, provocando un clima hostil que determinó la renuncia de quien entonces ocupaba el cargo, para proceder a su reemplazo sin requerir acuerdo del Senado. Al respecto cabe recordar que, en sentido contrario, en el único antecedente de remoción de un Procurador General, que data de 1949, se había recurrido al procedimiento de juicio político por el que se destituyó también en esa misma oportunidad a cuatro jueces de la Corte Suprema.

Meses después, en abril de 1990, se sancionó la ley 23774, que modificó la composición de la Corte Suprema elevando sus integrantes de cinco a nueve, al mismo tiempo que suprimió la mención del Procurador General entre ellos.

Más allá de las discusiones doctrinarias, en general impulsadas por las aspiraciones políticas de cada coyuntura, se percibía en el ámbito del foro y en el pensamiento de los doctrinarios más prestigiosos, la conciencia acerca de la importancia de lograr la independencia del Ministerio Público del poder político, y la mayoría expresaba su preferencia por integrarlo dentro del Poder Judicial, que era la opción que, según nuestra tradición jurídica, mejor la aseguraba.

La reforma constitucional de 1994

Esta reforma definió la cuestión de la mejor manera posible al concebir al Ministerio Público como órgano extra poder, independiente no sólo del ejecutivo, sino del resto de las ramas, incluso el judicial.

Y aun a riesgo de reiterar lo obvio, cabe destacar que no se trataba simplemente de una preferencia por un diseño institucional más relevante, sino de un modo más de afianzar los valores republicanos frente a los naturales desvíos del poder, para lo cual la separación de poderes constituye desde los orígenes del constitucionalismo clásico, una de sus herramientas fundamentales. Esa forma

es la que mejor garantiza la independencia y autonomía funcional que son necesarias para su mejor desempeño.

Los integrantes del Ministerio Público no pueden actuar como meros agentes del Poder Ejecutivo, pues los intereses del gobierno de turno no necesariamente habrán de coincidir con los permanentes de la sociedad por los que aquél debe velar, y que se traducen especialmente en la recta observancia de la ley y la persecución de quienes la violenten, lo que da lugar a su intervención en el proceso penal.

También con base en este aspecto de las funciones propias del Ministerio Público como fiscal del proceso penal, puede concluirse en la inconveniencia de las eventuales injerencias del Poder Ejecutivo en su actuación.

Al respecto cabe destacar que no se trata solamente de amparar a los individuos de persecuciones injustas, para lo cual en última instancia siempre estaría el resguardo de la jurisdicción que podría poner freno a un eventual abuso en tal sentido, sino de evitar una perversidad que, en el estado moderno y frente a los casos cada vez más generalizados de corrupción en la función pública, puede ser tan nociva para la paz social como la injusta persecución del inocente, y ésta es la impunidad arbitrariamente concedida al culpable.

En lo relativo a este punto no puede pasarse por alto que en materia de procedimiento penal se han ido imponiendo las notas características del sistema acusatorio más extendido, al mismo tiempo que se ha comenzado con la implementación gradual del modelo adversarial por zonas. Así, además de las funciones meramente requirentes propias del sistema procesal mixto, se le vienen asignando a la fiscalía las de investigación y persecución penal, en las que poco éxito podría tener si el imputado pudiera de algún modo influir en su actividad.

Y tal riesgo cobra mayor importancia si se repara en que, más allá de la posibilidad de los fiscales para disponer de la acción penal pública en ciertos casos, la circunstancia de que en determinada etapa del proceso resuelvan no impulsarla importa su clausura. Si los integrantes del Ministerio Público se ubicaran dentro del Ejecutivo éste, por esa vía, podría incidir en las decisiones judiciales, lo cual le está expresamente prohibido por el artículo 109 de la Constitución en cuanto establece que "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Tampoco puede perderse de vista que del preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción surge el compromiso de todos los Estados signatarios de hacer

Así, además de las funciones meramente requirentes propias del sistema procesal mixto, se le vienen asignando a la fiscalía las de investigación y persecución penal [...]

todos los esfuerzos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Y, en similar dirección, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 6, determina la necesidad de que los Estados parte otorguen a los organismos encargados de prevenir la corrupción, la autonomía necesaria de modo que puedan cumplir su función sin influencias indebidas.

En tales condiciones la independencia del Ministerio Público aparece como una forma de organización de los poderes del Estado que responde plenamente al propósito de desalentar la corrupción, en tanto, tal como se ha declarado en esos instrumentos internacionales, ésta atenta contra las instituciones democráticas.

Además, la estabilidad evita el riesgo o la suspicacia de que los funcionarios puedan ser tentados a trocar complacencia por reelección, al mismo tiempo que asegura la concepción de carrera [...].

Respecto del Poder Judicial su independencia también aparece conveniente para el mejor cumplimiento de su función, pues en tanto magistratura de opinión y control no puede pertenecer a la misma estructura de aquellas autoridades en cuyas decisiones pretende influir como parte requirente.

Esa autonomía está expresamente consagrada tanto en la Constitución como en la

ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, cuando establece que actuará en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

Sólo se admiten, con base en el criterio de unidad de actuación, instrucciones de carácter general impartidas por el Procurador General, o bien de los fiscales de jerarquía superior respecto de sus inferiores, en el ámbito de su competencia.

También, para el mejor cumplimiento de su misión, la Constitución asigna a sus miembros inmunidades funcionales, amparando, tal como tradicionalmente se las entendió, sus actos o expresiones en cuanto conciernen al ejercicio de sus funciones.

Ese privilegio ya había sido reconocido con anterioridad por nuestra Corte Suprema, cuando en el caso "Virgolini, Julio" del 16 de diciembre de 1986, sostuvo que "resulta irrazonable admitir el enjuiciamiento de los fiscales por delitos contra el honor que pudieran derivarse del cumplimiento de las funciones que las leyes específicamente les atribuyen porque de lo contrario se menoscabarían los intereses generales que a ellos han sido confiados" y que ello "llevaría a diluir el rol de su ministerio en perjuicio de la defensa de la comunidad."

Asimismo, se les reconoce inmunidad de arresto, salvo en caso de flagrancia.

Su forma de designación, previo concurso, por parte del Presidente de la Nación, con acuerdo del Senado; la intangibilidad de sus remuneraciones y la autarquía financiera, son instrumentos que concurren a asegurar la independencia del Ministerio Público.

Acerca del nombramiento del Procurador General, cabe destacar que el acuerdo del Senado a la propuesta del Presidente debe alcanzar una mayoría especial de dos tercios de sus miembros presentes.

De ese modo se busca asegurar una base amplia de consenso que evite la posibilidad de que una mayoría circunstancial pueda imponer un nombramiento de índole exclusivamente partidario, sobre todo considerando el carácter vitalicio del cargo y el carácter de sus funciones. En este sentido no puede pasar desapercibido que la misma Constitución establece similar forma de designación para los jueces de la Corte Suprema que si bien, ejercen la jurisdicción en su grado más alto, integran un cuerpo colegiado. Con mayor razón debe exigirse ese requisito respecto del jefe del Ministerio Público, pues dada su organización jerárquica, en última instancia, de un modo u otro, puede concentrar todas las atribuciones del cuerpo de fiscales, especialmente frente a los criterios de organización más dinámica que exige el modelo procesal acusatorio en curso de implementación.

Estabilidad

Una vez designados los fiscales gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco años de edad, oportunidad en la cual, si pretenden permanecer en funciones, quedan sujetos a la exigencia de nuevo nombramiento y acuerdo por el término de cinco años más.

Esta regla de la estabilidad fue muy debatida al momento de la reforma constitucional de 1994, y también cuando se trató la ley orgánica para cuyo contenido se pospuso el tema.

La solución de la ley se ajusta a nuestra tradición jurídica desde que al Procurador General, por ser en su momento considerado integrante de la Corte Suprema, se le otorgaba igual inamovilidad que sus miembros, al igual que ocurría con los fiscales de cámara equiparados en su régimen a los jueces de esa instancia.



No obstante, calificados autores sostenían que la periodicidad en el ejercicio de las funciones del Ministerio Público contribuye a evitar la burocratización y afirma el espíritu republicano de control de las instituciones por el pueblo. Sin embargo, creo que el legislador entendió, con razón, que en definitiva la estabilidad fortalece la independencia y que los fiscales, como los jueces, son altos funcionarios públicos ajenos a funciones políticas y, por tanto, a la mutabilidad propia de éstas, y cuyos protagonistas deben entonces revalidar, de tanto en tanto, su representatividad. En cambio, ni magistrados, ni fiscales son mandatarios de mayorías o minorías, sino de la sociedad en pleno que, como tal, es ajena a los cambios partidarios del electorado.

Además, la estabilidad evita el riesgo o la sospecha de que los funcionarios puedan ser tentados a trocar complacencia por reelección, al mismo tiempo que asegura la concepción de carrera, con la acumulación de experiencia y capacitación favorecedores de un mejor servicio, el que se verá dotado del prestigio necesario para que las vacantes de sus cuadros constituyan la aspiración de los más prestigiosos juristas.

Proyección internacional

En el ámbito regional la independencia de los Ministerios Públicos ha sido motivo de preocupación constante según surge de los distintos pronunciamientos y comunicados de la Asociación Iberoamericana que reúne a los Ministerios Públicos de Sudamérica, Centroamérica, el Caribe, el Reino de España, Principado de Andorra y la República de Portugal.

La declaración genérica en la materia efectuada en la conferencia de Lisboa de 2016, fue luego reafirmada en relación con incidencias puntuales suscitadas a lo largo del tiempo en algunos de esos estados.

Así en junio de 2017, la Asamblea Extraordinaria reunida en Buenos Aires, expresó su apoyo y solidaridad a la Fiscal General de Venezuela y repudió todo acto contrario a la independencia y autonomía de los ministerios públicos y rechazó cualquier tipo de acción de hostigamiento, acoso, amenaza, intimidación y agresión dirigidos contra sus titulares.

Similares comunicados se emitieron respecto de situaciones semejantes respecto de los ministerios públicos de Perú (noviembre de 2017 y marzo de 2021), Bolivia (junio de 2020), Argentina (septiembre de 2020), Colombia y Ecuador (febrero de 2021), El Salvador (mayo de 2021) y Paraguay (julio de 2022).

Por otra parte, la Asamblea General reunida en Méjico en septiembre de 2018, declaró expresamente que la autonomía del Ministerio Público frente a los poderes públicos del Estado y la sociedad civil constituye una garantía para la legalidad, la independencia de los tribunales y la credibilidad del sistema de justicia.

Estos mismos principios han sido continuamente reafirmados en las reuniones de Ministerios Públicos

que se vienen desarrollando periódicamente dentro del marco del Tratado del Mercosur.

No obstante que estas declaraciones y comunicados no hacen más que reflejar normas establecidas en los ordenamientos constitucionales y legales de los países de la región, la necesidad de su constante reiteración es indicativa de que su vigencia no se encuentra del todo afirmada en las prácticas institucionales, razón por la cual aparece conveniente prestar atención a la recta aplicación de todos los instrumentos que tienden a consolidar la independencia del Ministerio Público Fiscal.

Hacia el futuro

Todo lo concerniente a la independencia del Ministerio Público cobra mayor relevancia frente a las reformas recientemente introducidas a su diseño institucional con motivo de la implementación del nuevo modelo procesal acusatorio.

Así se ha entendido que el mejor cumplimiento de las funciones vinculadas con la persecución e investigación penal puestas en cabeza del Ministerio Público, exige una organización mucho más dinámica que permita la asignación de recursos de acuerdo con las necesidades y los criterios que se fijen en materia de política criminal. Esto conduce, en definitiva, a un fortalecimiento del principio jerárquico que rige su estructura, con la consiguiente reducción del marco de autonomía propia de cada fiscal, en la medida que su ámbito de actuación ya no estará definido de modo reflejo con los turnos propios de los tribunales, sino mediante los casos que le sean asignados conforme el criterio establecido por las autoridades superiores que ejerzan la superintendencia.

Por otro lado, la creación de fiscalías y unidades especializadas en ciertas formas de criminalidad cuya complejidad así lo exige, que ha venido llevándose a cabo a lo largo de los últimos años y que incluso han sido reconocidas legalmente, constituyen instrumentos importantes para contribuir a la mayor eficacia de las investigaciones por su alto grado de conocimiento en las materias que le son propias. No obstante, en la medida que dependen de la autoridad central, refuerzan aún más el principio jerárquico en la conducción del organismo, en tanto depende de su titular definir sus criterios de intervención.

Tales circunstancias, derivadas de la necesidad de asegurar un desempeño más eficiente de los recursos humanos y materiales disponibles, conducen a una mayor concentración de atribuciones en quien ejerce la jefatura, y exigen así un mayor cuidado en los requisitos para su designación y los mecanismos de control. ■

Eduardo E. CASAL

*Procurador General de la Nación, Ministerio Público
Fiscal de la República Argentina
Buenos Aires, Argentina
ecasal@mpf.gov.ar*



The Brazilian Securities Market Incorporates ESG Aspects

Walter STUBER

➤ En 2022, la Commission brésilienne des valeurs mobilières et des échanges (CVM) a publié une étude sur l'ESG et les entreprises publiques. Le rapport abordait la réglementation et la législation dans ce domaine. L'auteur conclut qu'il y aura d'autres discussions sur les pratiques ESG suite à la pandémie de Covid-19, et une plus grande attention portée aux initiatives de durabilité, ainsi qu'un intérêt croissant du marché pour les politiques de responsabilité sociale des entreprises.

➤ En 2022, la Comisión de Valores Mobiliarios de Brasil (CVM) publicó un estudio sobre ASG y empresas públicas. El informe analizaba la regulación y la legislación en este ámbito. El autor concluye que habrá un mayor debate sobre las prácticas de ESG tras la pandemia de Covid-19, y una mayor atención a las iniciativas de sostenibilidad, junto con un creciente interés del mercado en las políticas de responsabilidad social corporativa.

This article outlines the relationship between the Brazilian capital market and the theme of sustainability, the historical context and debates involving the aspects of ESG (environmental, social and governance) and regulation, as well as international experiences, according to a study made by the Brazilian Securities and Exchange Commission (Comissão de Valores Mobiliários – CVM).

On 26 May 2022, CVM published the report "The ESG agenda and the capital market - An analysis of ongoing initiatives, challenges and opportunities for future reflections of the CVM"¹. This document also addressed questions about ESG information disclosures by publicly

traded companies in developed markets and the relationship of the matter with investors, such as level of knowledge, concerns, and opportunities.

In this regard, the work was carried out by the Office of Economic Analysis and Risk Management (*Assessoria de Análise Econômica e Gestão de Riscos – ASA*) of CVM, with the collaboration of the Brazilian Institute of Corporate Governance (*Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC*) in the preparation of the international comparisons. This partnership took place under the Cooperation Agreement entered between CVM and IBGC at the end of 2021. It also had the help of the Superintendence of Investor Protection and Guidance (*Superintendência de Proteção e Orientação aos Investidores – SOI*) and the Superintendence of International Relations (*Superintendência de Relações Internacionais – SRI*) of CVM.

The relevant information of the Brazilian regulatory structure in relation to the incorporation of ESG aspects into the securities market, which are contained in the CVM study, is analyzed herein.

CVM Instruction n° 480 of 7 December 2009 (ICVM 480/2009), provides for the registration of issuers of securities admitted to trading on regulated securities markets. Annex 24 to ICVM 480/2009 sets forth the content of the Reference Form (information to be disclosed by companies issuing shares or securities) demands, in a limited manner. Section 7 (issuers' activities), item 7.5.b) and Section 10 (comments from directors), item 10.5, provide information on social and environmental policies and environmental recovery costs.

Subsequently, CVM Instruction n° 552 of 9 October 2014 (ICVM 552/2014) supplemented and amended some aspects of ICVM 480/2009 in relation to socio-environmental information. In addition to the inclusion of information on other aspects of governance, ICVM 552/2014 brought the need to disseminate socio-environmental information such as Reference Form, Section 4 (risk factors), and includes in Section 7 (activities of issuers), item 7.8, the disclosure of practices related to social and environmental aspects of the market.

1. The title in Portuguese of the CVM study is: *A agenda ASG e o mercado de capitais - Uma análise das iniciativas em andamento, os desafios e oportunidades para futuras reflexões da CVM.*, and it is available in CVM website at the following link: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/a-agenda-asg-e-o-mercado-de-capitais.pdf>

Furthermore, Law n° 13,303 of 13 June 2016 (Law 13,303/2016), was enacted, establishing guidelines and requirements related to risk management, corporate governance and compliance that must be followed by public companies (*empresas públicas*), mixed economy companies (*sociedades de economia mista*) and, in some cases, subsidiaries, within the Union, the States, the Federal District and the Municipalities. Law 13,303/2016 also brought the need for annual disclosure of the Integrated or Sustainability Report by public companies and adoption of environmental sustainability and corporate social responsibility practices compatible with the market in which they operate.

The Brazilian Code of Corporate Governance – Publicly Held Companies (*Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas – CBGC*) was prepared in 2016 by the Interagency Working Group (*Grupo de Trabalho Interagentes – Interagentes GT46*), which is coordinated by IBGC and consists of eleven of the important capital market entities. The Code brings several principles related to the practice of governance to be adopted by Brazilian companies using the concept of “practice or explain”. Regarding ESG aspects, we highlight three important points:

- In item 2.1.1 (i), the Code states as the responsibility of the Board of Directors (*Conselho de Administração*) the need to align the definition of its strategic plan with social and environmental issues. If the Board of Directors does not consider, in the definition of the business strategy, the impacts of the company's activity on society and the environment, it must justify why it does not;
- In item 3.1.1 (ii) of the Code, the Directors (*Diretoria*) are directed to periodically evaluate the company's exposure to risk, incorporating the ESG aspects; and
- In item 3.3 of the Code, the law requires that the Chief Executive Officer (*Diretor-Presidente*) and the Directors will be evaluated based on performance, financial and non-financial goals (including environmental, social and governance aspects), aligned with the company's values and ethical principles.

Publicly-held companies are classified as follows:

- (i) Category A – those that can issue securities of any type; and
- (ii) Category B – those that cannot sell shares, share certificates or any instruments that may be converted into shares or share certificates.

CVM Instruction n° 586 of 8 June 2017 (ICVM 586/2017) amended and added provisions to the ICVM 480/2009, with the aim of bringing more robustness and transparency to information to investors in the Brazilian stock market, which include ESG information. ICVM 586/2017 obliges publicly held companies of Category A to disclose information on the implementation of the governance practices provided for in the CBGC, following the “practice or explain” model, in which companies are

not obliged to follow CBGC directives, but must explain why they have not adopted certain practices.

CVM Resolution n° 59 of 22 December 2021 (CVM Res. 59/2021) also amended and added provisions to ICVM 480/2009, with the objective of promoting the reduction of the cost of compliance with securities issuers and revision of the contents of the Reference Form. The new standard added to the Reference Form information requirements aimed at bringing more transparency to investors in the Brazilian stock market in relation to the dissemination of information on ESG practices, alignment of standardization initiatives at the international level and more robustness disclosures by publicly held companies of ESG information on climate issues, and diversity in the composition of the administration and staff. CVM Res. 59/2021 came into full force and effect on 2 January 2023.

Regarding information on ESG practices that are now required in the Reference Form, Annex 24, we can highlight in Section 1 (issuer activities) item 1.9, which provides the issuer's need to indicate what type of report is used for the disclosure of ESG information, methodology or patterns followed, whether the report is audited or reviewed, whether the report considers the Sustainable Development Goals of the United Nations, and addresses the recommendations of the Task-Force on Climate Related Financial Disclosures (TCFD) or other recognized entities relating to the issues if the issuer performs Greenhouse Gases (GHG) inventory, using the concept of “practice or explain.” Other sections of the Reference Form were changed, such as Section 4 (risk factors), item 4.1 and 4.2, Section 7 (issuer activities), item 7.1, and Section 10 (Human Resources) item 10.1.

After comparative analysis between current standards in Brazil and other international capital markets, CVM came to the following conclusions about the trends of the regulatory benchmarking. These are:

- (i) increased discussions about ESG practices due to the Covid-19 pandemic: greater urgency in initiatives focused on sustainability;
- (ii) growing market interest in Social Responsibility policies;
- (iii) increased demand for more consistent, comparable, and useful information to greenwashing decision and risk; and
- (iv) according to the study, many jurisdictions (Australia, Canada, the United States, the European Union, and the United Kingdom) seem to be moving towards broader regulations on reports, mandatory or not, of ESG aspects, especially in relation to climate change. ■

Walter STUBER

Walter Stuber Consultoria Jurídica
São Paulo, Brazil
walter.stuber@stuberlaw.com.br



Todo lo que un inversionista debe saber antes de invertir en Colombia

Jorge BENAVIDES

Today, Colombia has become a host country for foreign investment. It offers different vehicles to host investments, such as: the simplified joint stock company, the joint stock company, the limited company and the branch of a foreign company. In Colombia, there are different mechanisms for the exit of the investment from the country. There is a tax, labor, foreign trade and exchange regime. Nowadays, Colombia has in force a network of CDI (Double Taxation Agreement), and has subscribed to an important number of FTAs, which facilitate international trade.

Aujourd'hui, la Colombie est devenue un pays d'accueil pour les investissements étrangers. Elle offre différents véhicules de réception des investissements, tels que : La société par actions simplifiée, la société par actions, la société à responsabilité limitée et la succursale d'une société étrangère. En Colombie, il existe différents mécanismes pour le retrait des investissements du pays. La Colombie dispose d'un régime fiscal, social, de commerce extérieur et de change. Aujourd'hui, elle dispose d'un réseau de CDI (Accords de double imposition) en vigueur et a signé un nombre important d'ALE, ce qui facilite le commerce international.

La República de Colombia, país soberano, situado en la región de América del Sur, cuyas fronteras marítimas corresponden al Mar Caribe y al Océano Pacífico, y cuyas fronteras terrestres encuentran a las naciones de Venezuela, Brasil, Perú, Ecuador y Panamá.

Colombia, un país presidencialista, con un Estado democrático de derecho, el cual se encuentra organizado principalmente por departamentos, municipios y distritos.

Colombia es una economía en desarrollo, la cual en los últimos años ha sobresalido sobre los demás países de la región de América Latina. En la actualidad, Colombia forma parte entre otros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

La moneda oficial del país es el peso colombiano, su población es de alrededor de 52 millones de habitantes y su idioma oficial es el español.

Vehículos de inversión

A la hora de invertir siempre será importante conocer cual es el mejor vehículo de inversión a utilizar, en este sentido Colombia ofrece distintos vehículos receptores de inversión extranjera, así:

Sociedades Comerciales y Sucursales

Dentro del grupo de sociedades comerciales reguladas en nuestro país y que se utilizan para la canalización de inversión extranjera, encontramos a las siguientes: i) La sociedad por acciones simplificada (SAS), ii) La sociedad anónima (SA), y iii) La sociedad limitada (Ltda.).

De las tres sociedades comerciales antes referidas, la que se ha venido utilizando con más fuerza en los últimos años, ha sido la sociedad por acciones simplificada, esto tomando en consideración la facilidad y flexibilidad en cuando a su constitución, administración y funcionamiento. También existe la posibilidad de desarrollar negocios en el país por parte del inversionista extranjero, haciendo uso de una sucursal abierta en Colombia por una entidad extranjera.

Así mismo, es de señalar que en Colombia también resulta posible el desarrollo de actividades económicas haciendo uso de estructuras sin personería jurídica, tales como: i) patrimonios autónomos, ii) los contratos de colaboración empresarial y iii) los fondos de capital, de deuda y de pensiones y cesantías.

Régimen corporativo en Colombia

Frente al régimen corporativo en Colombia, el mismo puede considerarse como estable y seguro. En Colombia es permitido la realización de inversiones por parte de un solo inversionista extranjero. Así mismo, la inversión puede tener un componente 100% extranjero.

En la actualidad no existen restricciones a las salidas de capital producto de la inversión extranjera en nuestro país, y los trámites de incorporación de un vehículo societario, no requieren, en general, de autorizaciones expresas, y los mismos suelen ser de fácil ejecución.

La siguiente tabla muestra algunas de las principales diferencias al momento de la constitución de las entidades:

Concepto	SAS	SA	Ltda	Sucursal
Forma de constitución	Documento privado.	Escritura Pública.	Escritura Pública.	Escritura Pública.
No. de Socios	Mínimo un accionista.	Mínimo 5 accionistas. Ninguno de los accionistas puede ser dueño de más del 95% de las acciones.	Mínimo 2 socios Máximo 25.	NA.
Responsabilidad	La responsabilidad de los accionistas está limitada, en principio, al monto de sus aportes, salvo las excepciones de Ley.	La responsabilidad de los accionistas está limitada, en principio, al monto de sus aportes, salvo las excepciones de Ley.	Los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad hasta por el monto de sus aportes.	La oficina principal es responsable por los activos y pasivos de la Sucursal en Colombia.
Capital	La suscripción y pago del capital se realizará conforme los términos establecidos por los accionistas. El plazo máximo para el pago no puede exceder de dos años.	En el momento de la constitución, los accionistas deben suscribir por lo menos el 50% del capital autorizado, y pagar al menos 1/3 del valor de cada acción. Los 2/3 restantes, deben ser pagados en el plazo de un año.	El capital social se debe pagar íntegramente al constituirse la compañía, así como al momento de cualquier aumento de capital.	El capital asignado debe ser pagado en su totalidad. El aumento de la inversión suplementaria puede ser hecha desde el exterior conforme las necesidades de caja de la Sucursal en Colombia.

Mecanismos de salida de la inversión extranjera en Colombia

A continuación, comentaremos en relación con las diferentes vías existentes para la salida de la inversión de Colombia.

Dividendos

Los dividendos pagados a sociedades y entidades extranjeras y a personas naturales no residentes están sujetos a una retención del 10% siempre que se paguen con cargo a beneficios que ya han tributado al nivel de la entidad que reparte dividendos.

En caso de que no provengan de beneficios que han tributado, estarán sujetos a una retención del 35%, más un 10% adicional una vez descontado el impuesto del 35%.

Intereses

Según lo establecido en la normativa doméstica, el pago de intereses a entidades no residentes está sujeto a una retención en la fuente del 15%, tarifa que resulta aplicable para créditos obtenidos en el exterior por un término igual o superior a un (1) año. Tratándose de créditos obtenidos en el exterior por un término inferior a un año, la tarifa de retención en la fuente a aplicar correspondería al (20%).

Regalías

El concepto de regalías incluye los pagos de cualquier naturaleza recibidos como contraprestación por el uso

de, o por el derecho a usar, los derechos de autor de cualquier obra literaria, artística o científica, incluyendo películas cinematográficas, cualquier patente, marca de fábrica o de comercio, diseño o modelo, plan, fórmula o proceso secreto o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

De acuerdo con lo establecido en la normativa doméstica, el pago de regalías al exterior está sometido a una tarifa de retención en la fuente del (20%).

Igual tarifa aplica a los pagos por concepto de servicios técnicos, asistencias técnicas y consultorías.

Servicios de administración o dirección

En la norma local los servicios de administración o dirección prestados entre vinculados económicos, indistintamente del lugar de prestación del servicio (en el exterior o en Colombia) estarán gravados a la tarifa del treinta y tres por ciento (33%).

Reducción de capital

Cuando los beneficios obtenidos por los accionistas no superen el importe de lo que han aportado, dicho valor no estará gravado con el impuesto sobre la renta, pues no es susceptible de incrementar el patrimonio de los accionistas.

A este respecto, cuando los beneficios obtenidos por los accionistas superen el importe de lo que han aportado, el exceso podrá ser considerado como un dividendo y tributará conforme a lo mencionado anteriormente.

Aspectos relevantes tributarios

La tributación colombiana se caracteriza por su gran complejidad, así como por su constante evolución. La última ley sobre el tema (ley 2155) fue aprobada en septiembre de 2021 por el Congreso. Actualmente, cursa en el Congreso de la República un proyecto de reforma tributaria.

Impuestos nacionales, departamentales, municipales y distritales

Son impuestos nacionales: Impuesto sobre la renta y complementarios, impuesto al patrimonio, impuesto sobre las ventas, impuesto nacional a la gasolina y al ACPM, impuesto nacional al carbono, impuesto nacional al consumo, impuesto de timbre nacional y gravamen a los movimientos financieros.

Son impuestos departamentales: Impuesto de registro, impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, otros impuestos Departamentales.

Son impuestos municipales y distritales : Impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, impuesto predial, impuesto de vehículos, impuesto de alumbrado público, otros impuestos Municipales y Distritales.

En adición a los impuestos ya señalados, en Colombia está presente la regulación en materia de precios de transferencia, en operaciones realizadas con vinculados económicos del exterior, con vinculados económicos ubicados en zona franca, y con personas y/o sociedades residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula imposición.

Convenios de Doble Imposición - Contrato de duración indefinida (CDI) suscritos por Colombia

En la actualidad Colombia tiene vigentes los siguientes CDI: Canadá, Chile, Corea del Sur, España, India, México, Portugal, República Checa, Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Italia, y Comunidad Andina de Naciones – Decisión 578 de 2004 (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia).

Beneficiarios efectivos

En Colombia existe la obligación de informar a los beneficiarios efectivos, para lo cual se creó el registro único de beneficiarios finales (RUB), registro a través del cual las personas jurídicas y estructuras sin personería jurídica deben suministrar la información de sus beneficiarios finales, así como mantenerla actualizada.

Son beneficiarios efectivos en Colombia, las personas físicas que, en última instancia, poseen o controlan una entidad jurídica o como una empresa, un fideicomiso, una fundación, etc. Técnicamente, el beneficiario efectivo es la persona o personas físicas que efectivamente son dueñas o controlan un vehículo o entidad jurídica.

Aspectos relevantes laborales

El régimen laboral colombiano es aplicado a nivel nacional y está contenido en diferentes leyes expedidas por el Gobierno Nacional, las cuales definen las normas mínimas aplicables a las relaciones laborales individuales y colectivas.

En Colombia, para que se establezca claramente una relación laboral son necesarias tres condiciones esenciales: una prestación personal de servicios por parte del empleado; remuneración a cambio y una relación de subordinación o dependencia permanente del empleador.

Las partes son libres de negociar las condiciones del contrato de trabajo, siempre que no contraríen las disposiciones de orden público contenidas en el Código del Trabajo.

El contrato de duración indefinida es la forma de contrato más comúnmente encontrada. El contrato de duración determinada (CDD) también es ampliamente utilizado.

El ordenamiento colombiano también prevé que las empresas utilicen los servicios de trabajadores independientes sujeto al cumplimiento de una serie de disposiciones y criterios.

En lo que se refiere al salario y tiempo de trabajo, es de señalar que el salario mínimo en Colombia se reajusta el 1 de enero de cada año, por acuerdo entre los representantes de los empleadores, los trabajadores y el Gobierno. A falta de acuerdo, se fija por decreto.

Para los salarios más bajos (de una cantidad al menos igual a uno o dos salarios mínimos), es necesario agregar una asignación mensual legal de transporte. A estas cantidades hay que sumar una dotación relacionada con el suministro de ropa y calzado para los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos.

El salario integral: destinado principalmente a ejecutivos, solo es aplicable si el empleado recibe más de 10 veces el salario mínimo mensual al mes. A esto hay que sumar el 30% del factor prestacional de la empresa, lo que en la práctica se traduce en que el salario mínimo integral equivale a 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta suma adicional se paga como remuneración por el trabajo realizado durante la jornada laboral ordinaria, los aumentos del trabajo nocturno o dominical, el trabajo adicional y todas las prestaciones sociales.

El salario ordinario: representa la remuneración básica concedida, en dinero o en especie entre las partes, a la que se suman todas las sumas percibidas por el trabajador en concepto de trabajo nocturno, horas extraordinarias, comisiones, gastos de viaje y remuneración por el trabajo realizado en días de descanso obligatorio.

Este tipo de salario se aplica automáticamente a niveles salariales inferiores a 10 veces el salario mínimo. El salario ordinario está sujeto a todas las cotizaciones a la seguridad social y otras prestaciones obligatorias.

El tiempo de trabajo semanal legal, actualmente, es de 8 horas por día y 48 horas por semana. Los empleadores están obligados a conceder un día de descanso dominical remunerado (que no necesariamente tiene que tomarse en domingo) a sus empleados. El período de vacaciones anuales es de al menos 15 días hábiles.

En materia de protección social, todos los empleados deben estar cubiertos por la seguridad social (pensión, salud y administradora de riesgos laborales).

Salvo las excepciones de ley, todas las empresas deben aportar el 9% del salario bruto del empleado. Estos montos se distribuyen de la siguiente manera: 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), 3% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y 4% para los fondos de compensación familiar.

Todos los empleados pagados en forma de salarios regulares tienen derecho a ciertos beneficios obligatorios, tales como: i) La cesantía, ii) El interés de la cesantía, iii) La prima y iv) El auxilio de transporte (para los empleados que reciben menos de dos salarios mínimos legales) y v) La Dotación (para empleados que reciben menos de dos salarios mínimos legales).

En lo que se refiere a los trabajadores extranjeros, estos tienen los mismos derechos que los trabajadores colombianos.

Los trabajadores extranjeros deben tener una visa de trabajo emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores o consulados en el extranjero.

El empleador debe informar a las autoridades colombianas de la contratación de un trabajador extranjero dentro de los 15 días calendario siguientes al inicio de la ejecución del contrato de trabajo. Por su parte, los trabajadores extranjeros deben registrarse en Migración Colombia para obtener una cédula de extranjería colombiana dentro de los 15 días siguientes a su llegada al país o de la obtención de la visa.

Aspectos relevantes cambiarios

En Colombia existe un régimen cambiario, el cual ha venido estableciéndose a través de la expedición de un conjunto de normas que buscan regular aspectos de los cambios internacionales.

En este sentido, el concepto de cambios internacionales incorpora la totalidad de las transacciones con el exterior que impliquen para su ejecución el pago o la transferencia de divisas o títulos que sean representativos de estas.

En relación con lo anterior, en Colombia existen dos tipos de mercado, i) el mercado regulado y ii) el mercado no regulado o también conocido como libre.

El mercado regulado está integrado por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente a través de Intermediarios del Mercado Cambiario (IMC) autorizados para el efecto o a través del uso de cuentas de compensación.

Por su parte, el mercado no regulado o también conocido como libre, lo integran la totalidad de las divisas que por disposición normativa no son de obligatoria canalización.

Al respecto, resulta importante señalar cuales son las operaciones que son de obligatoria canalización: Importación y exportación de bienes, operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros asociados a estas, Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a estas, Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a estas, inversiones

financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a estas, con las excepciones de ley, avales y garantías en moneda extranjera y operaciones de derivados.

Es de mencionar que el mercado cambiario colombiano utiliza para sus operaciones diarias dos canales, el canal de los intermediarios del mercado cambiario y el canal de las cuentas de compensación.

Aspectos relevantes en materia de comercio exterior

De la misma manera como sucede en el resto del mundo, el comercio exterior en Colombia está representado por la compra o venta de bienes y servicios realizado en el exterior.

Exportaciones

Se entiende por exportación la salida de mercancías del Territorio Aduanero Nacional (TAN) al resto del mundo o del TAN a una zona franca.

En Colombia, las exportaciones no están sujetas a ningún derecho de aduana y están exentas de IVA (tasa del 0%).

La exportación de servicios también se aplica en Colombia cumpliendo los requisitos legales.

Importaciones

Se entiende por importación la entrada de mercancías al TAN desde el extranjero o desde una zona franca.

En Colombia, las importaciones pueden realizarse bajo las siguientes modalidades principales: Importación ordinaria e Importación temporal (pueden ser de corto y largo plazo).

No existen restricciones para la importación de bienes a Colombia, salvo para la introducción de bienes específicos que requieran licencias de importación o registro de importación o estén sujetos a regulación técnica, las cuales deben ser expedidas previamente al proceso de importación; o aquellas que no se pueden importar por razones de seguridad y salud pública.

En la actualidad Colombia cuenta con una red de acuerdos de comercio internacional, así: TLC con Chile, TLC con México, TLC entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras, TLC entre Colombia y los Estados AELC (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia), TLC Colombia y Canadá, TLC Colombia y Corea, TLC Colombia y Costa Rica, TLC Colombia e Israel, Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, Acuerdo comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, y Acuerdo comercial entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por una parte, y la República de Colombia, la República del Ecuador y la República de Perú, por otra. ■

Jorge BENAVIDES

Abogado, Hérès Avocats

Bogotá, Colombia

jbenavides@hereslegal.com



Rise of Dispute Boards in Latin America

César ORTIZ SOTELO

Les *Dispute Boards* (DB) sont une forme d'ADR moins connue que l'arbitrage ou la médiation. L'Amérique latine a connu une augmentation des DB au cours des 20 dernières années. Les DB sont désormais une pratique courante dans plusieurs pays. Il reste des défis à relever avant que les DB ne soient reconnus, non seulement comme une obligation légale pour les grands contrats de construction, mais aussi comme un outil utile pour une bonne gestion des projets. Pour aller de l'avant, un changement de paradigme s'impose dans l'esprit des parties contractantes.

Los *Dispute Boards* (DB) son una forma de ADR menos conocida en comparación con el arbitraje o la mediación. En los últimos 20 años, los DB han aumentado en América Latina. Los DB son ahora una práctica habitual en varios países. Aún quedan retos por superar antes de que los DB sean reconocidos no sólo como una obligación legal para los grandes contratos de construcción, sino también como una herramienta útil para la gestión adecuada de los proyectos. De cara al futuro, es necesario un cambio de paradigma en la mentalidad de las partes contratantes.

Introduction

Dispute Boards (DBs) are dispute resolution mechanisms ideally suited for contractual disputes on medium to large scale projects. A DB consists of a panel of experienced, impartial, and independent professionals that provide informal and formal assistance to the contractual parties during the course of a project. Such assistance can be in the form of facilitation in the resolution of issues as they arise and before escalating into a dispute – a dispute avoidance role – and/or in the form of formulation of recommendations or provision of decisions related to a dispute formally referred to the DB – a dispute review or dispute adjudication role.

Regular site visits serve to familiarise the DB members with the project, its progress, challenges and more importantly, with the project teams. One of the great benefits of DBs is their confidentiality. Conflicts are resolved with the exclusive knowledge of the parties involved, except in some instances involving the public sector.

The DB mechanism developed primarily on major construction projects, with the Eisenhower Tunnel in Colorado, USA being the first example in the late 60s – early 70s. Thereafter from the 1980s, DBs developed worldwide.

DBs are a practical and smart approach at dispute resolution in construction projects given their proximity and flexibility to deal with early disagreements, as well as with controversies, conflicts and claims of the contractual parties throughout the project. They are no substitute to arbitration but if correctly organised, DBs and arbitration complement each other. Arbitration guarantees correction of eventual errors made by DBs, ratification and enforcement – if required – of DB decisions and treatment of disputes raised by a contractual party after the intervention of the DB.

In practice, DBs work when the contractual parties regard DB members as experts they can trust and rely upon. In this context, DBs bring value to the parties and to the project. On the contrary, DBs do not work when the contractual parties consider them as a contractual obligation imposed on them by either legislation or the financiers, and as merely the antechamber to arbitration.

Today there exist several institutions providing DB rules, such as FIDIC, ICC, ICE, CIARB, AAA, as well as DB clauses to be incorporated in standard construction contracts, such as the World Bank, FIDIC, NEC and JCT¹.

Why are DBs Relevant for Latin America?

Latin America, a region going from Mexico to Chile and Argentina and including the Caribbean, has a population over 650 million. It is commonly known as “the Land of Opportunity”. Pre-COVID figures produced by the Inter-American Development Bank indicate the region's

1. FIDIC: International Federation of Consulting Engineers, ICC: International Chamber of Commerce, ICE: UK's Institution of Civil Engineers, CIARB: UK's Chartered Institute of Arbitrators, AAA: American Arbitration Association, NEC: UK's New Engineering Contract and JCT: UK's Joint Contracts Tribunal.

infrastructure gap to be 150 billion USD/year². This represents a challenge for Latin American nations and governments, for multilateral development agencies and for private finance. The role of private investment is crucial, as the required investment cannot come solely from public funds.

There is plenty of local private capital in Latin American countries, but not enough and it is probably lacking state-of-the-art technology and managerial skills to meet the challenges. This is where foreign direct investment (FDI) becomes relevant for the region. The benefits of FDI for the host country are numerous: technology transfer, market access, development of human capital and organisational skills.

Although most local financial markets are open to foreign investors enabling them to invest in local companies, what the region requires most is investment in infrastructure, and in greenfield productive capacity. This is because quality infrastructure, including road connectivity, airport connections and ports, is always a key consideration for companies looking at a country as a potential investment destination. The perception of the quality of Latin America's infrastructure services is, on average, behind all other regions of the world, except sub-Saharan Africa.

In 2021, FDI in Latin America rose by 56% to 134 billion USD, sustained by strong inflows in traditional target sectors (manufacturing, financial and insurance services, mining and power generation -including renewable sources-) and pushed up by record high investments in information and communication services across the region. Infrastructure investment represents about 30%.

The challenge for governments is therefore to attract FDI in general and FDI for infrastructure in particular. Most of the flows for infrastructure have gone to electricity and gas, road and telecom sectors. Foreign financing of infrastructure is in part provided by multilateral development institutions; however, the bulk comes from private financial sources.

Attracting infrastructure FDI requires a general legal framework including bilateral investment treaties, double taxation treaties with investment provisions and solid enforcement agencies and institutions. These provide a strong legal background and reduce uncertainty for foreign investors. It also requires – at project level – promotional contractual modalities: privatisations, concessions, leases, BOT (Build-Operate-Transfer) or BOO (Build-Own-Operate) agreements and PPPs (Public Private Partnerships).

One of the features of those treaties is an enriched dispute resolution system — which is eventually and constantly developing itself, through the incentive of UNCITRAL³ and several international organisations. While most disputes go to arbitration, an increasing number of

national ADR chambers defend the idea that DBs can be a feasible component of the legal toolbox that can help attract investors. The DB mechanism reduces the risks and costs of the termination of parties' contracts and thus contributes to attract FDI. Therefore, there is real value in promoting and implementing DBs in Latin America.

History of DBs in Latin America

Thanks to the positive impact that DBs had in the USA, they were replicated internationally and Latin America was no exception.

The first project with a DB in Latin America was the hydropower plant El Cajon in Honduras in 1981. Several other symbolic projects have benefited from DBs, such as Sao Paulo Metro line n°4 (2003), the Rio 2016 Olympic and Paralympic Games, the Panama Canal Expansion, and hydropower plants in Ecuador (Coca Codo Sinclair, 2009) and in Chile (Chacayes, 2012). A landmark project was the infrastructure for the Panamerican and Parapanamerican Games in Peru in 2019.

Some DBs were put in place in the context of international funding from multilateral financial institutions or development agencies, such as the IFC, IADB, Millennium Challenge Corporation, and Eximbank of China. Another driver was the need to improve control of public works.

Contracts for construction work are regulated according to countries' jurisdiction practice: the governing law of the contract, mostly for private parties, or the dispute resolution approach embedded in the country's legislation, in contracts with public entities. This is true for Latin American countries. There are universally accepted principles of construction law, a *lex constructionis*, such as widely accepted standard form contracts, an increasing use of arbitration to resolve international construction disputes, and more recently, the use of DBs as a regular feature of international construction and infrastructure contracts, not just as a dispute resolution mechanism but as a useful tool for dispute avoidance.

Private construction projects can incorporate the DB concept as part of commercial contracts; this is the case for mining, oil and gas and (private) power sectors. For infrastructure projects involving public procurement processes and counterparties, DBs must adapt to Latin American legal systems, i.e. to administrative contracts. These are civil law jurisdictions. According to civil law doctrine, the ultimate role of the administrative contract is to guarantee that the public interest is protected. The parties to administrative contracts may only engage in activities that are expressly and previously authorised by existing legislation or regulation. In administrative contracts, the public administration has immanent, and often unilateral, powers: contracts can be modified and penalties imposed on the contractor without judicial intervention.

As a result, several legal issues arise from the use of DBs in projects involving administrative contracts. For instance, to what extent a DB may decide on a matter that is reserved to the ordinary national courts, or to

2. IDB study estimates big GDP impacts from low infrastructure investments in Latin America, 15 April 2019.

3. UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law.

what extent a DB may deviate from the basic solution or approach provided by specific legislation in a determined matter subject to its resolution under national law, or whether the public entity has to comply with, and enforce a recommendation or decision adopted by a DB, and finally, whether a DB recommendation or decision may be amended, clarified, or simply reversed by a national court.

Almost all Latin American ADR centres have drafted and published various regulations on the subject, including the Construction Industry Arbitration Centre (in Mexico and in Peru), the Pontifical Catholic University of Peru and the Chamber of the Construction Industry of Chile. All this is in addition to international well-known DB rules, as mentioned earlier in this article.

There is growing interest in and proliferation of DBs in the region. This article does not intend to make a country-by-country review. The landscape of DB use is patchy in Latin America. Different names are employed for DB mechanisms: "Technical Panels" in Chile, "Dispute Prevention and Resolution Committees" in Brazil, "Dispute Boards as part of the Court of Arbitration for Engineering" in Argentina, "Panel of Experts (or "Amicable Composition") in Colombia, "Controversies Resolution Board" in Honduras, "Dispute Resolution Board" in Peru, etc. Contract thresholds for rendering DBs mandatory vary from country to country. The use of standard contracts is not generalised yet, although the FIDIC form of contract, the World Bank's and to a lesser extent, NEC contract models are now well recognised.

The approach at public infrastructure procurement is not homogeneous in the region and varies from conventional contracts for public works (straightforward construction contracts, design & build, EPC, etc.) to more sophisticated BOTs, BOO or PPP arrangements.

About PPPs

PPPs provide the public sector with an alternative to conventional public financing. While conceptually, PPPs are very appealing, they present several areas of attention, as they go well beyond the construction phase to include the operation and maintenance of the infrastructure. After ten years (2010 – 2020) of progress, sixteen countries in Latin America have created PPP-dedicated agencies which provide technical support, oversee private participation in infrastructure, and demonstrate political support for private investment in infrastructure⁴. Top countries using this approach are Brazil, Colombia, Chile, Peru and Honduras. Because of their complexity, the potential sources of disagreements in PPPs are many. DBs have to adapt to such situation, probably by migrating from a standing DB during design and construction phase to a DB on an ad-hoc basis during the O&M period.

4. <https://www.infrapppworld.com/report/latin-america-caribbean-ppp-market-2019>

Challenges

To pursue the progress of DBs in Latin America and the Caribbean, I propose four considerations:

- Continue to match both DB procedures with applicable and evolutive national legislations. This is important since countries have their own legal frameworks as well as their legal traditions and because infrastructure procurement approaches are country specific.
- Enhance the promotion and diffusion of the DB concept to all stakeholders, highlighting its unique value in dispute avoidance rather than just be perceived as a necessary step before arbitration. Dispel the misconception that DBs are generally expensive. This is simply not true and available data confirms the opposite. This calls for a cultural change or mindset leap of the contractual parties.
- Develop more training programmes for future DB practitioners both at local and international levels. This is a clear challenge for institutions such as construction federations / associations, professional bodies, chambers of commerce, ICC, FIDIC, ADR centres, as well as for academia.
- Consider ESG (environmental, social and corporate governance) issues as part of the agenda of both owners and contractors. Besides local legislation, explicit clauses are increasingly included in large construction contracts. This is a recognition that ESG aspects (for instance, sustainability, inclusion, climate change / net zero) are potential sources of conflict, and as such, DBs will be confronted with dealing with them. This concerns reporting, independent audits, targets and compliance.

Conclusion

Dispute boards are ultimately trust mechanisms. They convey trust from the DB practitioners to the parties: expertise, experience, impartiality, independence and confidentiality. The need for legal tools in Latin American countries' legal systems as enablers for expanding the use of DBs is recognised. Besides training and information on DBs, the key success factor is the need for a mindset leap in the contractual parties, making them conscious of the benefits of DBs. One such benefit is of course, attracting more investment to Latin America. ■

The author would like to give his special thanks to pioneer Latin American DB practitioners Marcela Radovic and Jaime Gray for their encouragement and advice.

César ORTIZ SOTELO

*Founding Partner, Hallcross Partners
Accredited mediator CEDR (London) and CMAP (Paris)*

Member of the Dispute Resolution Board Foundation

*London, United Kingdom
cesar.ortizsotelo@hallcross.eu*

Are we Ready for a Change in our Dietary Habits?



HERNÁN ANDRADA

➤ L'Argentine a donné le coup d'envoi du chemin sinueux qui mène à la transformation de la culture alimentaire de ses citoyens par le biais d'une législation nationale. Cela a ouvert un débat dans lequel chaque facteur semble avoir sa propre importance. Il n'y a probablement pas une seule vérité qui puisse être considérée comme certaine. Cependant, il est toujours bon et nécessaire de commencer et, même si personne ne peut garantir le succès de cette initiative, nous devons célébrer cette première tentative de fournir aux Argentins un nouvel instrument pour progresser vers une alimentation plus saine.

➤ Argentina ha dado el puntapié inicial en el sinuoso camino para transformar la cultura alimentaria de sus ciudadanos por medio de la sanción de legislación nacional. Esto ha abierto un debate en el cual cada factor parece tener su propio peso. Probablemente no haya una única verdad que pueda ser considerada cierta. Sin embargo, siempre es bueno y necesario tener un comienzo, de modo que si bien nadie puede garantizar el éxito de esta iniciativa, debemos celebrar este punto de partida para – al menos – intentar proveer a los argentinos de un nuevo instrumento para encaminarse hacia una alimentación más saludable.

1. Introduction

In 2021, the Argentine Congress passed Law No. 27,642 on the Promotion of Healthy Eating, known as the “Front-of-Pack (FOP) Labeling Law” (hereinafter, together with its subsequent regulations, the “LEF” by its acronym in Spanish).

Through the LEF, lawmakers seek to promote healthy eating among Argentine citizens. To this end, the LEF establishes certain obligations and prohibitions that, on the one hand, substantially modify the way food is marketed, advertised, and promoted, while on the other hand, have an impact on the decision of Argentine households as to what type of food to take to the table every day.

2. LEF Highlights

As an overview¹, the main aspects of the LEF include:

- Mandatory insertion of labels indicating if the product has an excessive content of critical nutrients, such as: “High in Sugar”; “High in Sodium”; “High in Saturated Fats”; “High in Total Fats”; “High in Calories”.
- Labels shall have the format of black octagon labels with white lettering and contrast borders on the FOP of products, covering at least 5% of the total FOP on each label.



- Mandatory insertion (below the labels) of a warning indicating if the product contains artificial sweetener or caffeine and if it is not recommended for children.
- Labels are mandatory for packaged foods and non-alcoholic beverages with sugars, sodium, fats, or ingredients added during the manufacturing process in excess of the limits established by the regulations.

1. Space limitations do not permit extended discussion. For further information, contact the author.

- Exceptions to the labeling requirement apply to table sugar, vegetable oils, nuts, table salt, formulas for infants and children up to 36 months old, foods for specific medical purposes, and dietary supplements.
- Products required to bear FOP labels shall not:
 - (i) contain additional nutritional data on their packaging;
 - (ii) contain logos or phrases advertising the sponsorship of scientific societies;
 - (iii) contain images of cartoon characters, comic strips, celebrities, athletes or mascots, interactive elements, giveaways, prizes, gifts, accessories, stickers, games, QR codes for digital downloads or any other element;
 - (iv) contain promotions to participate in contests, games, sporting or artistic events.
- Products containing at least one of the FOP labels shall not be marketed in primary or secondary schools.
- Prohibition of any form of advertising, promotion and sponsorship of packaged foods and non-alcoholic beverages, containing at least one warning label, targeted especially to children and teenagers.
- Other prohibitions or restrictions related to promotion, advertising and sponsorship of FOP labelled products not targeted to children and teenagers apply.
- Differentiated time schedule for its entry into force, according to the type of entity, with fines and penalties being imposed, and even closure, in case of non-compliance.

3. Will the Objective be Attained?

According to public opinion in general, a law intended to improve people's dietary habits – already existing in other countries – was of the essence because of the alarming increase in overweight and obesity rates, with special emphasis on youngest generations.

The larger question seems to be whether the LEF will be the right instrument, and if so, whether it will be sufficient

The larger question seems to be whether the LEF will be the right instrument, and if so, whether it will be sufficient.

or at least help achieve the objective of a population with good nutritional quality and, consequently, lower obesity rates and better health.

No one has the right answer at this point. It is a matter of time. In Argentina, as in most other countries, there is both a cultural and economic pattern which, to a greater or

lesser extent, shape the feeding pattern of the people. Both are strongly related to the concept of pragmatism.

Nowadays, "spare time" to cook "as our grandmothers did" seems to be more and more scarce. We may have lost already the battle against processed or ultra-processed foods: a meal can be ready in a few minutes by simply heating in a microwave oven or by adding just



a little water and, what is more, at a more affordable price than when we cook from scratch.

At the same time, we cannot ignore the fact that the world's economy is largely centered on the food industry, which in turn, is linked to the advertising industry. All this together generates a huge economic exchange that could be materially affected by the LEF.

As a matter of fact, if anyone should make the decision either to eat healthily and thus avoid contracting diseases, or to maintain a profitable business, then the obvious answer would appear to be the first option, since no one reasonably would maintain that health comes after economy. However, faced with such powerful industries, which move so much money, generate so many jobs, and are part of the "cultural heritage" of a country (and with aspirational and status-driven products, advertising in all its forms, etc.), the choice may not seem so obvious after all.

Therefore, the challenge is whether the aforementioned industries, with their very high impact on the economy of any country, can continue to exist in their present form and, at the same time, offer and promote healthy foods that help reduce obesity rates and food-related diseases, instead of having to resort to products with FOP warnings that, ironically, are sold without further restrictions.

However utopian this may seem in Argentine society, there is a growing number of people who have begun to value the quality and origin of food, aiming at healthy eating, with natural, additive-free organic products. We cannot deny that the economic factor plays a key role, so this change is more frequent in societies with greater purchasing power than in those with greater economic needs.

Perhaps we should wonder, as the title of this article postulates, if we are ready for a change in our dietary habits. At this point, we as a society should ponder on the best way to achieve it, relying on legislation as well as on other means to attain the objective. ■

Hernán ANDRADA

*President of the UIA Foreign Investment Commission
Abogado, Santuario, Andrada & Noël Abogados
Buenos Aires, Argentina
handrada@sayn.com.ar*

France et USA : vers une ratification de la Convention de Singapour sur la médiation ?

France and USA: towards a ratification of the Singapore Convention on Mediation ?

Vue d'ensemble

Initiée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et adoptée le 20 décembre 2018, la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, également connue sous le nom de « Convention de Singapour sur la médiation » (la Convention), établit un cadre juridique harmonisé pour l'exercice du droit d'invoquer et l'exécution d'un accord de règlement issu de médiation (un ou l'Accord de règlement). Destinée à faciliter le commerce international et à promouvoir la médiation comme mode alternatif et efficace de règlement des litiges commerciaux, la Convention a pour objectif, en tant qu'instrument international contraignant, d'apporter sécurité et stabilité au régime international de la médiation, et ainsi contribuer à la réalisation des objectifs qu'elle se fixe. La Convention a été ouverte à la signature des États et des organisations régionales d'intégration économique (désignés sous le nom de Parties) le 7 août 2019 à Singapour et, par la suite, au siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. A ce jour, elle est signée par 55 États, approuvée par 1 État, ratifiée par 9 États, la troisième ratification étant intervenue le 12 mars 2020 (Qatar après Singapour et Fidji) de sorte qu'elle est entrée en vigueur le 12 septembre 2020.

Ni les États-Unis, ni la France ne l'ont encore ratifiée.

Overview

Initiated by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and adopted on 20 December 2018, the United Nations Convention on International Mediated Settlement Agreements, also known as the "Singapore Mediation Convention" (the Convention), establishes a harmonized legal framework for the exercise of the right to invoke and enforce a mediated settlement agreement (or the Settlement Agreement). Intended to facilitate international trade and to promote mediation as an effective alternative dispute resolution mechanism, the Convention as a binding international instrument seeks to ensure certainty and stability to the international mediation regime and thus contribute to the achievement of its objectives. The Convention was opened for signature by states and regional economic integration organizations (referred to as Parties) on 7 August 2019 in Singapore and subsequently at the United Nations Headquarters in New York. To date, it has been signed by 55 States, approved by one State, and ratified by nine States, with the third ratification occurring on 12 March 2020 (Qatar after Singapore and Fiji) so that it entered into force on 12 September 2020.

Neither the United States, nor France have yet ratified it.



PARTIE I / PART I



La France a-t-elle raison de ne pas ratifier la Convention internationale de Singapour sur la médiation ?

Catherine PEULVÉ

➤ Intended to facilitate international trade, the Singapore Convention aims to bring security and stability to the international mediation regime. France has not ratified or signed it and does not seem to be interested in it anymore. The agreement whose enforcement is at stake is an agreement resulting from international commercial mediation, but not certified. The question therefore arises as to how the Singapore Convention regime would be compatible with the French regime for the enforcement of this type of agreement, and who, France or the EU, should sign.

➤ Destinado a facilitar el comercio internacional, el Convenio de Singapur pretende aportar seguridad y estabilidad al régimen de mediación internacional. Francia no lo ha ratificado ni firmado y ya no parece interesarle. El acuerdo cuya ejecución está en juego es un acuerdo resultante de una mediación comercial internacional, no homologado. Se plantea la cuestión de cómo el régimen del Convenio de Singapur sería compatible con el régimen francés para la ejecución de tales acuerdos, y si Francia o la UE deberían firmar.

I. Introduction

Initiée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et adoptée le 20 décembre 2018, la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, également connue sous le nom de « Convention de Singapour sur la médiation » (la Convention), établit un cadre juridique harmonisé pour l'exercice du droit d'invoquer et l'exécution d'un accord de règlement issu de médiation (un ou l'Accord de règlement). Destinée à faciliter le commerce international et à promouvoir la médiation comme mode alternatif et efficace de règlement des litiges commerciaux, la Convention a pour objectif, en tant qu'instrument international contraignant, d'apporter sécurité et stabilité au régime international de la médiation, et ainsi contribuer à la réalisation des objectifs

qu'elle se fixe¹. La Convention a été ouverte à la signature des États et des organisations régionales d'intégration économique (désignés sous le nom de Parties) le 7 août 2019 à Singapour et, par la suite, au siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. A ce jour, elle est signée par 55 États, dont les États-Unis, approuvée par 1 État, ratifiée par 9 États, la troisième ratification étant intervenue le 12 mars 2020 (Qatar après Singapour et Fidji) de sorte qu'elle est entrée en vigueur le 12 septembre 2020².

La France, elle, ne l'a pas signée bien qu'ayant participé à ses travaux, et ne semble plus s'y intéresser, pas plus d'ailleurs que les autres pays de l'Union Européenne (l'UE). L'objet de cette analyse est, après avoir posé le cadre de l'application de la Convention, d'essayer d'identifier si les raisons de la réticence de la France à y adhérer sont justifiées.

II. Les conditions d'exécution d'un accord issu de médiation

Identifions quels sont les régimes d'exécution d'un accord de médiation proposés par la Convention (1.) et par le droit procédural français (2.).

2.1 Le régime suivant la Convention de l'exécution d'un Accord de règlement

Les conditions requises pour une partie se prévaloir d'un Accord de règlement sont prévues à l'article 4 de la Convention : la partie qui souhaite faire exécuter l'accord dont elle se prévaut doit fournir à l'autorité compétente (du pays dans lequel elle souhaite faire exécuter) l'accord signé par les parties ainsi qu'une preuve que l'accord est issu de médiation (signature du médiateur sur l'accord, document signé par le médiateur indiquant que la médiation a eu lieu, attestation de l'institution qui a administré la médiation, ou toute autre preuve susceptible d'être acceptée par l'autorité compétente).

1. <https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-accords-de-reglement-internationaux-issus-de-la>.

2. L'article 14 paragraphe 1 de la Convention dispose qu'elle entrera en vigueur six mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

L'article 5 concerne le cas où une partie entend contester l'exécution à son encontre d'un Accord de règlement, et définit les motifs pour lesquels une juridiction peut refuser d'admettre une demande ou un moyen introduit, sur requête de la partie au litige contre laquelle l'accord est invoqué. Ces motifs peuvent être classés en trois grandes catégories, déclinées ci-après, suivant qu'ils concernent les parties au litige, l'accord de règlement ou la processus de médiation, outre deux motifs supplémentaires pour lesquels la juridiction peut, de sa propre initiative, refuser d'admettre la demande ou le moyen introduits : l'ordre public et le fait que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation.

Ainsi, en plus des motifs classiques que sont la vérification de ce que l'accord n'est pas contraire à l'ordre public de l'État dans lequel son exécution est sollicitée et que l'objet du différend est bien susceptible d'être réglé par voie de médiation conformément à la loi de cet État (Art. 5.2. a et b – qui sont d'ailleurs, nous le verrons ci-après, les deux seuls motifs de vérification par l'autorité compétente d'un accord de médiation transfrontalier en droit européen de la médiation –), les motifs que la partie – contre laquelle l'exécution est sollicitée et qui s'y oppose – doit apporter à l'autorité compétente sont les suivants :

1. motifs concernant les parties au litige : preuve qu'une partie à l'accord est frappée d'incapacité (Art. 5.1. a) ;
2. motifs concernant l'accord de règlement : preuve que
 - l'accord de règlement est caduc, inopérant ou non susceptible d'être exécuté (en vertu de la loi choisie par les parties ou de la loi jugée applicable par l'autorité compétente saisie de la contestation) (5.1. b i)
 - l'accord n'est pas obligatoire ou n'est pas définitif conformément à ses termes (5.1. b ii)
 - l'accord a été ultérieurement modifié (5.1. b iii)
 - les obligations énoncées dans l'accord ont été satisfaites (5.1. c i)
 - les obligations énoncées dans l'accord ne sont pas claires ou compréhensibles (5.1. c ii)
 - le fait d'admettre la demande ou le moyen est contraire à l'accord (5.1. c iii) ;
3. motifs concernant le processus de médiation : preuve que
 - le médiateur a gravement manqué aux normes applicables aux médiateurs ou à la médiation, manquement déterminant du consentement des parties (5.1. e)
 - le médiateur a manqué d'informer les parties des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance et que cela a causé une incidence importante sur une partie (5.1. f).

C'est donc un champ de contrôle large qui est donné à l'autorité compétente en charge de statuer sur la demande ou le motif de la partie qui s'oppose à l'exécution d'un accord de règlement. Le principe reste, toutefois, posé de l'exécution facilitée de l'accord de règlement, sauf preuve contraire de la partie contre laquelle l'exécution est sollicitée et qui s'y oppose.

2.2. Le régime procédural français de l'exécution d'un accord issu de médiation

Lorsque les parties décident d'aller au-delà d'une exécution spontanée de leur accord de médiation, elles disposent de plusieurs moyens de le rendre exécutoire³, le jugement d'homologation étant le principal utilisé. Relevons que le régime français de l'homologation n'est pas uniforme, le régime de l'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle étant morcelé. Ainsi, l'homologation d'un accord issu de médiation conventionnelle sans instance judiciaire en cours est régie par les articles 1565 et suivants du code de procédure civile (CPC), alors que l'homologation de l'accord issu de médiation conventionnelle alors qu'une instance judiciaire est parallèlement en cours relève actuellement et de façon curieuse du régime de l'homologation d'un accord issu de médiation judiciaire (régie les articles 131-12, al. 1 et 2 du CPC). Dans le premier cas, le contrôle du juge sur l'accord est restreint : le juge ne peut modifier les termes de l'accord (art. 1566 du Code civil français), alors que dans le second, l'homologation relève de la matière gracieuse, de sorte que les pouvoirs du juge sont élargis. Enfin, depuis peu, l'accord issu de médiation, contresigné par les avocats des parties, peut être revêtu de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente, sans recours au juge⁴. Le contrôle du greffe est allégé, qui porte uniquement sur l'existence de l'acte, aucun autre contrôle n'étant effectué par ses soins, notamment pas au regard de l'ordre public.

Relevons que le régime français de l'homologation n'est pas uniforme, le régime de l'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle étant morcelé.

III. Le régime de la Convention est-il compatible avec le régime français de l'exécution d'un accord issu de médiation ?

Pour répondre à cette question, il convient d'examiner la compatibilité des régimes au regard des accords concernés (champ d'application) (1.) et du type de contrôle exercé (2.).

3. Notamment, le jugement de donner acte ou le jugement de désaisissement emportant constatation de l'accord par le juge. Pour une analyse plus détaillée, voir l'ouvrage *Médiation Commerciale – Méthode – Stratégies – Outils* de Catherine Peulvé, Patrick van Leynseele et Pierre Jung, Pearson France, 2022.

4. Modalité introduite par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, article 44. Est désormais ajouté un alinéa 7 à l'article L111-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que constitue un titre exécutoire : « (...) 7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente ».

3.1. Quels accords ?

Au regard du champ d'application de La Convention, la question de la compatibilité éventuelle de la Convention avec le droit interne français en matière d'homologation se pose uniquement dans le cas suivant :

- un accord faisant suite à un litige commercial international...
- ... issu de médiation dite conventionnelle et non homologué...
- ... ou issu de médiation dite judiciaire mais sans être devenu exécutoire...
- ... issu de médiation avec ou sans procédure arbitrale en cours...
- ... contresigné ou non par les avocats.

3.2. Quel contrôle ?

S'il s'agit, pour une partie, de faire exécuter en France un Accord de règlement qui répond aux conditions de la Convention, le cadre posé à l'article 4 de la Convention ne nous paraît pas contraire au droit français : selon la Convention, la partie requérante doit justifier auprès de l'autorité compétente (du pays dans lequel elle souhaite faire exécuter) de l'accord signé par les parties et de la preuve que l'accord est issu de médiation. Si l'on compare ce contrôle avec le contrôle du juge français de l'homologation d'un accord issu de médiation conventionnelle (sans contresign d'avocat), le juge français, certes, « ne peut pas modifier les termes de l'accord » mais il vérifiera également qu'il est signé des parties. C'est donc sur la preuve de l'origine de l'accord (issu de médiation ?) qu'une différence de régime pourrait se dessiner, le juge français qui homologue un accord ne vérifiant pas par quel mode de résolution négocié les parties sont parvenues à cet accord. Les régimes du contrôle de l'accord issu de médiation par le juge – selon qu'ils sont posés par le droit interne français ou la Convention – ne sont donc pas alignés mais ne paraissent pas incompatibles. Il ne serait en effet pas extravagant de demander en matière commerciale internationale au juge de vérifier que l'accord est issu de médiation.

S'il s'agit pour une partie de s'opposer à l'exécution en France d'un Accord de règlement, les conditions du contrôle de l'autorité compétente, posées à l'article 5 de la Convention, paraissent plus sévères que si un juge français était saisi. En effet, l'autorité compétente suivant la Convention est autorisée à contrôler la capacité des parties, le caractère non caduc ou exécutable de l'accord de règlement, son absence de contrariété à l'ordre public et l'indépendance et les diligences du médiateur. Toutefois, il nous semble qu'en droit français, ce ne serait pas le juge de l'homologation qui serait saisi, mais le juge de l'exécution ou peut-être le juge du fond, lesquels opéreraient un contrôle au moins équivalent si ce n'est plus large que celui de l'autorité compétente prévue par la Convention.

IV. Qui de la France ou de l'UE devrait ratifier la Convention ?

C'est selon nous la France qui devrait signer puis ratifier la Convention :

- c'est d'abord à chaque État que ce droit est accordé (« La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États » - Art. 11.1 de la Convention) ;
- la signature de l'UE serait subsidiaire si plusieurs États membres de l'UE signaient la Convention (« Lorsque le nombre de Parties à la Convention est pertinent aux fins de la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme Partie à la Convention en plus de ses États membres qui sont des parties à la convention » - Art. 12.1 de la Convention) ;
- le droit européen n'impose par la signature par l'UE de la Convention en raison de son domaine : les règles régissant l'exécution d'un accord issu de médiation ne sont en principe pas une compétence exclusive ni même partagée de l'UE ;
- à supposer que l'UE signe, cela n'empêcherait pas la France de ratifier.

V. Conclusion

D'une part, si la France ratifiait la Convention, elle disposerait (ou ses ressortissants) de plusieurs moyens pour limiter les effets de la Convention, moyens qui sont destinés à faciliter l'intégration de la Convention dans les droits nationaux, par la voie des réserves (Art. 8), des amendements (Art. 15) ou des renvois faits aux règles internes de procédure de chaque État Partie (Art. 3.1 ; 3.2 ; 4.1 b) iv)) de façon à en limiter les éventuels impacts. D'autre part, la France aurait intérêt à signer et ratifier la Convention de Singapour, en saisissant cette opportunité pour renforcer son accueil de la médiation, pour accentuer son rayonnement à l'étranger et pour installer de façon encore plus pérenne sa place internationale de place des MARD⁵. Elle n'a pas besoin de l'UE pour cela. Lui reste donc à apprécier si ratifier la Convention viendrait contredire de façon insurmontable le droit interne français en matière d'exécution de accords issus de médiation conventionnelle, ce qui ne paraît pas être le cas. ■

Catherine PEULVÉ

Avocate, Catherine Peulvé Avocat CPLAW

Ancien Membre du CNB

Médiateur CMAP, CPR, Cour d'appel de Paris,

Ministère de Justice du Luxembourg

Paris, France

cpeulve@cplaw.fr

5. Sur ces questions, voir le compte-rendu de la conférence organisée le 1^{er} juillet 2020 par le Conseil national des barreaux français (CNB) (sous l'impulsion notamment de l'auteur) et la *Global Pound Conference* (GPC) Paris, dans le cadre de la PAW (Paris Arbitration Week) 2020 sous le thème : « La Convention de Singapour sur la médiation et l'exception française, quels impacts ? » et comme sous-thèmes : « Quels impacts sur le développement de la médiation internationale ? Sur celui de l'arbitrage international ? Sur l'attractivité de la France y compris comme plateforme de la résolution des conflits ? Sur la définition de la médiation ? »
https://drive.google.com/file/d/1OvoyDdDN3hmdgAD_L4AkyTB-ZD7Dt_LfW/view?usp=sharing.

PARTIE II / PART II



The Singapore Mediation Convention: An American Perspective

Steven M. RICHMAN

The Singapore Mediation Convention represents a continuation of the U.S. acceptance of diverse means of alternative dispute resolution. Mediation is encouraged both privately and by the courts. What has been lacking is a harmonization of mechanisms for cross-border mediation. This article explores the background of mediation in the United States and the impact and importance of ratification of the Singapore Mediation Convention by the United States.



I. Brief Background to Mediation

When we speak of mediation, we mean a non-binding process by which two or more parties avail themselves of a neutral third party to attempt to facilitate a settlement of the dispute. Mediation in the United States has come of age. While we can trace its roots to Biblical times and recall the famed incident of King Solomon ordering that the baby be split to resolve the competing demands of motherhood (which phrase is often still used in cynically describing mediated and arbitrated results), it did not really take off in general litigation practice in the United States until the latter decades of the 20th century. While it had been used perhaps more frequently in labor and employment settings, by 2001, a Uniform Mediation Act was promulgated by the Uniform Law Commission in the United States, with amendments approved in 2003. Some thirteen states have now adopted a version of this Act.

Concerns about the mediation process generally revolve around the need for confidentiality and inconsistent methodology across the states. The Uniform Law Commission found that there were over 2,500 state statutes that addressed various aspects of mediation in various contexts, which justified the need for a uniform approach. That approach resulted in a model law that states could adopt which provided for confidentiality of communications with the mediator and throughout the process. Generally, with certain exceptions, mediation communications are afforded a privileged status, subject to waiver under certain conditions. Confidentiality is imposed on the communications as agreed upon by the parties⁶.

Mediation has become prominent in a large number of federal district courts in the United States, which includes mediation or other forms of alternative dispute resolution, and similarly, state courts also have programs that, subject to exception or opt-out under particular circumstances, also require mediation. Given the fact that most civil cases never

6. The full text and comments to the uniform law may be found at file:///C:/Users/SRichman/Downloads/UMA_Final%20Act_2003.pdf.

get to trial and settle (estimates vary; often it is heard that 95% or higher of cases settle), mediation has become far more acceptable, particularly when the parties are sophisticated and want to settle, but cannot get past certain issues.

Mediation has been resisted in some quarters on various bases – it was not binding, so there was no incentive for parties to be serious, it usurped the role of the courts, and so forth – but those objections are not as prevalent. The major alternative dispute resolution regimes that administer arbitration also have mediation programs. Courts have lists

of approved mediators. It is also not uncommon for the parties themselves to agree upon a mediator.

Mediated resolutions may be embodied in a confidential settlement agreement, or in a court order that makes public the terms but also has the effect of a court order. They are enforceable (or not) under basic principles of contract law with the added note that public policy favors enforcement of

settlement agreements, although there is disagreement among jurisdictions as to enforcement or not of oral agreements and what actually may constitute a “writing” in the settlement or mediated context.⁷ At least one state,

Colorado, enacted an International Dispute Resolution Act⁸ in 1993 that provides for certain expedited procedures for enforcement of applicable mediated agreements.

II. International Mediation Agreements

Consider, then, this simplified situation. A written settlement agreement between an American and French company resolves a dispute prior to litigation or arbitration. The American company breaches. The French company sues on the document in France and obtains a monetary award. The French company could not presently avail itself of any treaty enforcing and recognizing that French judgment in the United States. Under statutes available in most states in the United States, a final money judgment could be domesticated in a state and become subject to execution and other collection efforts, subject to certain exceptions. However, if that same agreement were litigated in the United States, that American judgment would not be automatically enforceable in France.

In order to avoid having to deal with domestication of foreign judgments (which are the subject of a separately promulgated treaty by the Hague Conference⁹), or otherwise commencing a new suit or arbitration to enforce a mediated settlement agreement, and to provide an incentive for voluntary mediation and resolution of disputes, the “Singapore Mediation Convention” was promulgated.

The Singapore Mediation Convention requires that the mediated agreement resulting from mediation of a commercial (as opposed to consumer) dispute be confirmed in writing.

7. For a general discussion of this, see *Reese v. Tingey Const.*, 2008 UT 7, 177 P.3d 605.

8. Colo. Rev. Stat. §§ 13-22-501 – 13-22-507.

9. Convention of 2 July 1978 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. See also Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>.

UIA International Association of Lawyers

**CALL FOR NOMINATIONS
RULE OF LAW AWARD**

Deadline: May 21, 2023

The Rule of Law Award acknowledges and publicises individuals and/or organisations for their commitment and actions to the development and promotion of the Rule of Law.

FIND OUT MORE
WWW.UIANET.ORG

LexisNexis

On 7 August 2019, forty-six countries, including the United States, signed the Convention, more formally known as the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. It provides essentially the mechanism for enforcement of qualifying agreements without having to obtain the judgment. As noted above, more countries have now signed and ten countries have ratified, acceded, approved, accepted, or succeeded to the Convention. Though the United States has signed, it has not yet ratified.

The Singapore Mediation Convention requires that the mediated agreement resulting from mediation of a commercial (as opposed to consumer) dispute be confirmed in writing. The commercial parties must have their places of business in different signatory countries. However, even if both parties are in the same country, the Convention will still apply if a substantial part of the obligation is performed in a different country or a different country is more closely connected with the subject matter. The local nomenclature is irrelevant; whatever it is called, mediation is defined as “a process whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (‘the mediator’) who lacks authority to impose a resolution upon the parties.”

The enforcement mechanism is that each signatory nation must enforce such a mediated agreement that satisfies the Convention’s mandatory criteria in Article 4. This means the document must (1) be signed by the parties, (2) have resulted from mediation, and (3) be signed by the mediator, who must also confirm the mediation was carried out, or the institute administering it attests to it, or otherwise, there must be “other evidence acceptable to the competent authority.”

Article 5 provides discretionary factors for denying relief. These are (1) incapacity by one of the settling parties, (2) the settlement agreement is null and void, inoperable or incapable of performance under the applicable law, is not binding or final under its terms, or has been later modified, (3) the obligations have been performed or are not clear or comprehensible, (4) granting the relief would be contrary to the mediated agreement itself, (5) the mediator seriously breached applicable standards, or (6) the mediator’s impartiality was compromised due to a failure to disclose circumstances having a material impact or undue influence.

In addition to these discretionary factors, a country where enforcement is sought may further decline to grant relief on the basis of its public policy or the dispute could not have been settled by mediation under its laws.

III. Reception in the United States

In February 2020, the American Bar Association (ABA) endorsed the Singapore Mediation Convention officially by act of its House of Delegates. This position was communicated on 5 October 2021 to the American Secretary of State by the ABA President. Among the points made in the letter were the Convention’s important role in helping “promote the greater use of mediation

and negotiated settlements as an efficient, cost-effective means of resolving international commercial disputes while preserving important business and personal relationships.”¹⁰

Notably, a survey in 2017 by the International Mediation Institute and the New Jersey City University’s Institute for Dispute Resolution found that 84% of respondents would be more likely to use mediation in international contexts if there were a comparable mechanism like the New York Convention for arbitration awards.¹¹

While there have been questions as to some of the practical details or its efficacy in some quarters, the support of the ABA’s endorsement attests to a broad level of support across the country’s different practice areas and constituencies in the legal community. Issues of implementation in the federal system of the United States are under review. The Convention will need to be presented to the United States Senate for advice and consent, and assuming that occurs, to the President of the United States for ratification. It will then become the “supreme law of the land” under the United States Constitution.

IV. Conclusion

The Singapore Mediation Convention is a positive step towards harmonization of private international law regarding dispute resolution and follows in the philosophical footsteps of the New York Convention on Arbitration. In the United States, questions as to the implementation of the Singapore Mediation Convention in the federal system and the respective roles of state and federal law have been resolved. That said, the goal remains the same: a well-understood and harmonized mechanism to facilitate cross-border mediation and to encourage the same. ■

The enforcement mechanism is that each signatory nation must enforce such a mediated agreement that satisfies the Convention’s mandatory criteria in Article 4.

Steven M. RICHMAN
Lawyer, Clark Hill PLC

English Language Deputy Editor, *Juriste International*
Princeton, NJ, USA
srichman@clarkhill.com

10. Web reference to be provided. This footnote to be supplemented. For an overview of the Convention and resolution of various of the concerns, as well as discussion of recognition and enforcement issues by a member of the United States negotiating team, see Schnabel, T., The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1 (May 2019), available at <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1424&context=drj>.

11. “Report on International Mediation and Enforcement Mechanisms,” <https://imimediation.org/research/surveys/survey-enforceability-mediated-settlement/>.



Legal Vacuum Surrounding Synthetic Media Ownership Rights

Georges ABI HABIB

► When an intelligent agent (i.e., a non-human program) carries out the process of generating copyrightable output without any human input, who owns the right to be referred to as the “author”? What happens if an intelligent agent generates every musical melody yet to be composed? At present, there is a legal vacuum regarding these questions. This article argues that such Synthetic Media, in most of its forms, should fall in the public domain, and discusses how some jurisdictions have granted, in other forms of intellectual property, ownership rights to intelligent agents.

► Lorsqu’une intelligence artificielle génère, sans aucune intervention humaine, un résultat susceptible d’être protégé par le droit d’auteur, qui a le droit d’être désigné comme «auteur»? Que se passe-t-il si une intelligence artificielle génère toutes les mélodies musicales qui n’ont pas encore été composées? À l’heure actuelle, il existe un vide juridique concernant ces questions. Cet article soutient que ces médias synthétiques, dans la plupart de leurs formes, devraient tomber dans le domaine public, et examine comment certaines juridictions ont accordé, sous d’autres formes de propriété intellectuelle, des droits de propriété aux agents intelligents.

► Cuando una inteligencia artificial lleva a cabo el proceso de generar un resultado susceptible de derechos de autor sin ninguna aportación humana, ¿a quién pertenece el derecho a ser denominado «autor»? ¿Qué ocurre si un agente inteligente genera todas las melodías musicales que quedan por componer? En la actualidad, existe un vacío legal en relación con estas cuestiones. Este artículo defiende que los medios sintéticos, en la mayoría de sus formas, deberían ser de dominio público, y analiza cómo algunas jurisdicciones han concedido, en otras formas de propiedad intelectual, derechos de propiedad a los agentes inteligentes.

Introduction

Intellectual property (IP) has long been a topic of great dispute and ambiguity, especially in matters surrounding

its ownership, application and finding a legislative rhythm that moves in tandem with the fast evolving development in the IP universe.

Starting with John Locke’s labor theory of copyright and the natural rights in 1690 (Lockean Theory), followed by Kant’s moral philosophy and Hegel’s personality based philosophy in the 18th and 19th centuries respectively, passing through the World Intellectual Property Organization (WIPO) establishment and all international treaties that followed, various jurisdictions enacted laws and directives to bring clarity regarding the debate of who owns a certain artistic or literary work. They have largely succeeded in doing so to this present day.

Nevertheless, no law or directive has yet to address the drastic impact of a fusion between the technological advancement and the IP world, with the exception of a couple of recent decisions rendered by the United States Copyright Office.

The below mainly will focus on Synthetic Media and decipher the legal vacuum surrounding it, leading to an analytical answer regarding the ownership of the output generated by Artificial Intelligence (AI), especially in the field of copyrights.

What is Synthetic Media?

Synthetic Media, in simple terms, is the use of algorithmic means for the development, modification or creation of artistic and literary works by or via AI.

A breakdown of the above will address three topics:

- i) the ownership of a work developed via AI,
- ii) the ownership of a work modified via AI, and
- iii) the ownership of a work created *in toto* by AI.

This article will not dive deeply into the matter relating to the modification via AI, as this is purely a licensing matter, since the original owner will remain the holder in the case of a simply modified work, unless the licensing agreement states otherwise. Moreover, in the absence of a licensing agreement, the modified work is simply an infringement of the author’s rights. Furthermore, in the case of a heavily transformed or modified work worthy of being copyrightable on its own merit, this output falls under the topics of Synthetic Media developed or created by AI.

Therefore, the main area of focus will be the legal vacuum surrounding the topics of development and creation of Synthetic Media.

Who Owns Synthetic Media Developed via AI?

Development of Synthetic Media refers to the process of materialization of an idea using AI. In this case, the user seeks the assistance of AI to carry out the execution of an idea originally conceived in the user's brain. This action is normally conducted by writing the AI algorithm, but can also be conducted by simple English language commands provided to an already existing AI platform (e.g. OpenAI's GPT-3).

Many scholars view this side of AI generated work to be somehow similar to a work made for hire, whereby the AI is acting as a contractor working on executing the user's commands and requests. Therefore, the output generated by AI, which is the materialization of the idea originating from the user, will be owned by the users themselves, subject to the terms and conditions of the AI platform used. Some platforms, e.g. OpenAI's T&Cs, clearly stipulate that "OpenAI will not assert copyright over Content generated by the API for you or your end users"¹, while other platforms assume ownership of all content generated through their AI platforms. From a logical perspective, this is an ill-intentioned approach. It is similar to Microsoft asking every writer using Microsoft Word to forfeit the ownership of his/her novel just for using Microsoft as a medium to materialize his book. Hence, prior to using any platform, the end user is always advised to read the platform's terms and conditions thoroughly to avoid any legal dispute.

However, both above stated arguments lack legal substance and could lead to dangerous results, as per the below demonstration.

What if the end-user requests an intelligent agent to generate every single melody yet to be composed? Who owns the output?

As far-fetched as this might sound, this task was already accomplished in 2019-2020, without the use of AI. When Noah Rubin and Damien Riehl both wrote down a code targeted at giving all permutations to every single melody yet to be composed, the output was around 68 Billion melodies².

As a sign of righteousness, both developers registered all of their findings in the public domain in a way to benefit songwriters and to help them get out of unnecessary copyright infringement cases.

During his TEDx Minneapolis intervention in 2020, Riehl explained the rationale behind his and Rubin's endeavor. He stated that copyright laws need to be updated, especially in the musical field, because there is only a limited amount of melodies that can ever be composed. Copyright infringement cases in the musical field are becoming more and more ludicrous, and judgements are issued based on the person's subconscious infringement of a copyright.

What Rubin and Riehl did by placing their results in the public domain was the soundest decision.

However, and hypothetically speaking, what would have happened if they had not done so? Would they be the authors of every melody yet to be composed? Or in case the development was used via AI, would the latter be eligible for ownership or co-ownership?

In that aspect, if Rubin and Riehl requested to copyright all their findings under their names, or under the AI's name, if the project was executed using AI algorithm – which is not the case –, the United States Copyright Office would have most likely rejected their requests on the basis that the work lacks human authorship.

Not to mention that registering the copyrights would have effectively given Rubin and Riehl control over the entire music business, hence, destroying new releases with requests for royalties and remunerations.

On a similar track, on 14 February 2022, the United States Copyright Office's Review Board rejected a request filed by Steven Thaler to copyright a picture he named "A Recent Entrance to Paradise", with the author of the work being an AI he developed called "Creative Machine", on the grounds that the work lacked "human authorship," thereby affirming the Copyright Office's previous verdict rendered in 2018 regarding the same request³.

However, and in an offset decision regarding patent registration, an Australian federal court issued a verdict back in 2021, stating that in matters related to patents, AI can register an invention and can be referred to as the "inventor"⁴. The rationale behind this decision was that the law does not specify that the owner/inventor needs to be a natural person. Therefore, discarding the fact that human intervention is necessary for the ownership, doors are opened for other interpretations for other forms of IP.

Therefore, the output generated by AI, which is the materialization of the idea originating from the user, will be owned by the users themselves, subject to the terms and conditions of the AI platform used.

1. <https://openai.com/api/policies/terms/>

2. <https://www.independent.co.uk/tech/music-copyright-algorithm-lawsuit-damien-riehl-a9364536.html>

3. <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>

4. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/03/article_0006.html

Nevertheless, the Australian court's decision lacked legal substance in various aspects, most noticeably being the fact that the true intention of the legislators is to award ownership rights to natural persons or legal entities. There are also other risk factors associated with this decision that will be addressed in the following topic of discussion related to the ownership of works created totally by AI.

In summary, using AI to develop IP/output aiming at facilitating, assisting and helping someone to perform certain tasks and to scale up their business (e.g.: creating a company logo, creating company ads, slogans, coding, analytical studies, etc.) should not be construed as non-copyrightable IP. The output should remain the sole property of the end-user as the human aspect and intervention is substantial in that case, unless the end-user is using a third party AI platform and, in that case, he should refer to the T&Cs of the said platform.

Nowadays, intelligent agents that are made available to the public mainly act on a command basis.

However, generic or specific computer-generated works developed using limited to no human and economic substance and activity, cannot be viewed on a work made for hire basis, and cannot be rewarded in full or in part to any person or entity, and should automatically fall in the public domain. In addition, and to remove any ambiguity, generic computer-generated works should refer to outputs resulting from totalitarian AI aiming at destroying fair competition.

Who Owns Synthetic Media Created *in Toto* by AI?

Creativity is a quality that allows us to produce and develop novel and useful ideas. However, this trait is finite and all authors experience tiredness and moments of mental blockage (also known as writer's block), whereby the author's creativity slows down and sometimes comes to a complete halt.

AI, on the other hand, does not experience any of the above. It is in constant development and in constant progress, especially deep learning AI that are acquiring knowledge, developing, and adapting their behaviors in ways that are unimaginable. Going back to the GPT-3 AI mentioned above, which is a primitive AI capable of deep learning to produce human like texts, this AI possesses 175 billion machine learning parameters compared to its predecessor GPT-2's 1,5 billion machine learning parameters, which is an astronomical growth in a span of two years.

Consequently, the progress rate by far eclipses any human capability. In addition, as of late, AI started to acquire human-like creative skills, whereby some of the output originating from AI possesses some serious

imagination, and if the pattern of evolution has taught us anything in the recent decade, it is that the evolution trend will not stop anytime soon.

Nowadays, intelligent agents that are made available to the public mainly act on a command basis. However, this is not the complete picture, as it is thought that some AIs claim to be sentient, and are close to reaching self-awareness in the near future, and can therefore independently and autonomously develop and update their purposes and produce outputs that are totally theirs from the inception phase to the execution phase. Hence, the IP conundrum arises:

Who owns the rights of the Synthetic Media created in totality by AI?

Looking back at the history of IP, starting with the Lockean Theory, followed by Kant and Hegel's philosophy on intellectual property, and all IP laws that followed, it is clear that ownership of IP can only be attributed to humans.

However, some copyright laws use the terminology "author" or "copyright owner" to refer to the owner without specifying if said author is a natural person or not. Nevertheless, exploiting any ambiguity as a result of the current technological advancement – just as the Australian Federal Court did in its patent decision – is not in its correct place. As the actual text of law is a manifestation of the true intention of the legislators, the true intention laying behind all laws is to unequivocally award ownership rights to natural persons and legal entities.

Moreover, thinking of awarding AI any economic ownership rights could be a wild exploitation, as the number of artistic works an AI can generate in a matter of minutes, if not seconds, is astonishing and could result in the AI's control over the entire IP industry generally, not just copyright. In addition, having prospective licensees pay for royalties and remunerations to an AI for the use of its works could constitute a black hole to the economy. Furthermore, if ownership is awarded to AI, then the question of when a work becomes part of the public domain arises, since all jurisdictions stipulate that artistic works become part of public domain after a certain period following the author's death, which is not the case with AI, as an intelligent agent cannot pass away *per se*.

Therefore, and in the case of Synthetic Media created by self-aware AI, the terminology "intelligent agent" should not apply, and should be substituted by the terminology "intelligent principal" as the AI is not acting based on any input. Moreover, separating the right of attribution from other ownership rights is necessary, as no one can take away the credit owed to the intelligent principal. Whereas, ownership rights, *inter alia*, the economic right, is another matter as all works generated *in toto* by AI without any human input should be construed to be works falling *ab-initio* in the public domain and as a result are open to the public for exploitation without the need to offer any financial consideration to the author.

Conclusion

Change is inevitable, and being susceptible to change is a virtue, while remaining in a stagnant state is a hindrance in today's standards.

WIPO is holding various forums, symposiums and conversations regarding the effects of AI on IP. On the other hand, governments around the globe are yet to assume the gravity of not admitting that AI constitutes a great danger to IP if it is not regulated properly and if the laws are not amended in a proper way to adapt to such change. In contrast, most AI developers and AI in itself is evolving at such a rapid pace that eventually legislators will find themselves on the downside of advantage when it comes to adapting laws to suit the technological change.

Hence, the establishment of a centralized focused international body/agency operating under the auspices of the United Nations similar to the WIPO (e.g. World Artificial Intelligence Task Force) is needed. It would oversee the execution and enactment of *sui-generis* unified laws, and issue regulations, directives and unified operation protocols in an effort to contain the effects of AI in the present and the near future.

Finally, yet importantly, adopting the argument of considering Synthetic Media as part of the public domain in cases where AI develops it without any significant human input, or, if it is created in whole by the AI can be viewed as the lesser of two evils argument. On one side, Synthetic Media will inevitably take over a significant share of the creative space available for exploitation by human intellects, especially in matters related to copyrights in the not so distant future. On the other side, no AI will have control over those works due to the dangers surrounding such aspect of ownership.

Nevertheless, several questions remain unanswered:

1. Will AI be able to defend its case and convince lawmakers of its right in all aspects of copyright ownership?
2. Is a presumption of public domain – similar to a reverse onus clause – necessary to protect against synthetic works being registered whereby all works are presumed to be part of public domain until the applicant proves a significant human involvement in the work?
3. Will the Australian Federal Court patent decision that awarded the full ownership rights to an AI, set a precedent to be adopted by various jurisdictions whereby AI will eventually be entitled to own various forms of IP (e.g. trademarks, industrial designs, etc.)? ■

Georges ABI HABIB
Managing Partner, Spectrum Law
Beirut, Lebanon
georges@spectrum.law

PLACEZ VOTRE PUB
ICI

**AUGMENTEZ
VOTRE VISIBILITÉ !**
**En communiquant
dans le Juriste
International,
vous adressez
votre message au
monde entier !**



CONTACT

Anne-Marie VILLAIN
9, rue du Quatre-Septembre
75002 PARIS
Tél. : +33 1 44 88 55 66
E-mail : avillain@uianet.org

juriste
INTERNATIONAL

La place de la médiation dans l'environnement judiciaire français



Hedwige CALDAIROU



Christel WILBOIS LAUZERAL

➤ Although civil and commercial mediation has existed in France for many years, its development has been slow. From reforms to court decisions, it is now anchored in the heart of our pre-litigation practices as an unavoidable dispute resolution process. However, if mediation is an efficient tool at the service of litigants, access to the judge must always be preserved. The recent decisions of jurisprudence testify to a concern of the courts to facilitate the use of this amicable method without falling into the pitfall of an excessive "ADRization" (ADR – Alternative Dispute Resolution).

➤ Aunque la mediación civil y mercantil existe en Francia desde hace muchos años, su desarrollo ha sido lento. Desde reformas hasta decisiones judiciales, se ha anclado en el corazón de nuestras prácticas precontenciosas como un proceso esencial de resolución de litigios. Sin embargo, si la mediación es una herramienta eficaz para los litigantes, siempre debe preservarse el acceso al juez. Las recientes decisiones de la jurisprudencia atestiguan la preocupación de los tribunales por facilitar el uso de este método amistoso sin caer en el escollo de una excesiva "RALización" (RAL – Resolución Alternativa de Litigios).

Introduite dans le paysage juridique français dans les années 1980, la médiation, qui est, rappelons-le, un processus amiable de règlement des différends reposant sur la volonté des parties, s'est progressivement étendue à la plupart des domaines du droit, du monde agricole à celui de la santé, en passant par les matières pénale, fiscale et administrative.

En matières civile et commerciale, le législateur s'est efforcé, réforme après réforme, de promouvoir ce mode amiable de règlement des différends (MARD) qui s'installe aujourd'hui au cœur du procès judiciaire mais également en amont de celui-ci.

Dernier témoin en date de cette démarche, la récente réforme introduite par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire et son décret n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation¹, illustre la volonté d'encadrer et de simplifier la procédure applicable à la médiation civile et commerciale.

Qu'en est-il de la jurisprudence des juridictions judiciaires ?

Si les tribunaux semblent avoir pris le parti de développer le réflexe de la médiation dans le procès judiciaire en aménageant un environnement juridique favorable (I), cette tendance n'est pas sans nuance. En effet, la Cour de cassation semble voir dans la médiation non un substitut systématique mais un outil parmi d'autres, qu'il convient d'écarter lorsque la « mardisation » révèle ses limites (II).

I. La promotion du « réflexe médiation »

Sous l'impulsion du législateur, les juridictions se sont appropriées la médiation et participent désormais ouvertement à sa promotion, tant en favorisant une approche pédagogique (A) que par l'utilisation des mécanismes processuels à leur disposition (B).

1. À noter qu'en matière administrative, le décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux, s'inscrit également dans cet esprit.

A. De la pédagogie...

On constate aujourd'hui un tournant jurisprudentiel dans le sens où les tribunaux n'hésitent plus à proposer aux justiciables de prendre part à une médiation judiciaire.

Il est de plus en plus fréquent de voir les magistrats motiver leurs décisions par la recherche de « *l'intérêt des parties* » (CA Paris, 5 juillet 2022, n° 2007104 ; CA Toulouse, 13 juillet 2022, n° 2103900).

À ce titre, les juges justifient le plus souvent leurs décisions par l'efficacité et la rapidité de la médiation. Ainsi, dès lors qu'en application de l'article L. 131-2 du Code de procédure civile, le déclenchement d'une médiation judiciaire « *ne dessaisit pas le juge* », il est « *dans l'intérêt des parties de recourir à cette mesure qui [...] ne [retardera] pas, le cas échéant, l'examen au fond de l'affaire. En revanche, en cas d'accord de médiation, une issue plus rapide sera trouvée* » (CA Dijon, 7 juillet 2022, n° 2200100 ; 30 juin 2022, n° 2101556).

Les tribunaux font également la promotion de la qualité de la réponse issue de la médiation judiciaire, qui permet aux parties d'aboutir, dans les cas où elles l'estiment appropriée, à une solution « *pérenne* » (CA Dijon, 18 août 2022, n° 2200060) mais aussi « *globale, mieux susceptible de répondre aux besoins sous-jacents des parties* » dans la mesure où, à la différence de la décision juridictionnelle, la médiation n'est pas « *limitée aux questions juridiques posées* » (CA Versailles, 22 mars 2022, n° 2003880).

Par ailleurs, la médiation conventionnelle est elle-aussi encouragée. Les juridictions rappellent souvent aux parties qu'elles sont libres d'y recourir, en dehors de la médiation judiciaire (CA Riom, 16 février 2022, n° 2101786) ou après une tentative de médiation judiciaire restée infructueuse (CA Paris, 16 mars 2022, n° 0602022 ; CA Reims, 17 mars 2022, n° 2101578), à l'issue du délai légal qui prévoit, rappelons-le, que la médiation judiciaire ne peut excéder une durée de six mois (article L.131-3 du Code de procédure civile, modifié par le décret n° 2022-245 du 25 février 2022).

Un dernier élément qui plaide en faveur de la médiation est l'assurance que l'accord obtenu à l'issue de ce processus pourra être homologué sans difficulté (CA Reims, 17 mars 2022, n° 2101578).

Dans ce sens, l'article L. 111-3, 7° du Code des procédures civiles d'exécution, modifié par la loi du 22 décembre 2021, enrichit la liste des titres exécutoires en y ajoutant l'accord issu de la médiation contresigné par les avocats de chaque partie, et ayant reçu la formule exécutoire du greffe de la juridiction compétente.

B. ...aux adaptations processuelles

La jurisprudence récente parachève la volonté du législateur de faire de la médiation un outil adapté, flexible et parfaitement intégré à la procédure judiciaire.

Le rôle du juge se trouve ainsi renforcé en ce qu'il encadre et supervise le processus de médiation en vue de le rendre toujours plus accessible (1) et plus sécurisé (2) pour le justiciable.

1. Une médiation plus accessible

Introduite par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022, l'injonction d'avoir à rencontrer un médiateur a été codifiée par le décret du 25 février 2022 qui a créé l'article 127-1 nouveau du Code de procédure civile donnant la possibilité au juge, lorsqu'il n'a pas recueilli l'accord des parties à un litige pour engager une médiation, de leur enjoindre de rencontrer un médiateur pour les informer sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation. L'efficacité d'une telle mesure repose sur le fait que les parties sont obligées de se rencontrer.

Cette réunion d'information est d'autant plus pertinente que le juge n'a pas, en droit français, le pouvoir d'imposer un processus de médiation, qui relève de la volonté des justiciables, et qu'il va pouvoir, dans le cadre de son ordonnance, offrir aux parties les modalités les plus accessibles et attractives, en leur permettant par exemple de rencontrer le médiateur « *en distanciel, par visio-conférence ou en présentiel, dans les locaux professionnels du médiateur ou en tout autre lieu convenu avec les parties* » (CA Dijon, 31 mars 2022, n° 2000864 ; CA Rennes, 28 avril 2022, n° 2104107).

De la même manière, pour rendre le moins contraignant possible le déroulé de la médiation, l'injonction est fréquemment combinée avec l'ordonnance de désignation du médiateur, afin que « *dans l'hypothèse où les parties donneraient au médiateur un accord écrit à la médiation* », celui-ci puisse au plus vite commencer ses opérations (CA Dijon, 18 août 2022, n° 2200060).

Les ordonnances d'injonction sont également l'occasion de constater la place de plus en plus centrale de l'avocat dans le processus de médiation.

Il est ainsi fréquent qu'il soit fait injonction aux parties « *assistées de leurs conseils* » de rencontrer un médiateur (CA Dijon 18 août 2022, n° 2200060 ; CA Rennes, 28 avril 2022, n° 2104107), qu'un médiateur soit désigné « *aux fins d'entendre les parties et/ou leurs conseils* » (CA Paris, 5 juillet 2022, n° 2007104 ; CA Rennes, 5 juillet 2022, n° 2100537 ; CA Reims, 30 novembre 2021, n° 2101413), voire que la médiation soit ordonnée au visa de « *l'accord des parties par l'intermédiaire de leurs conseils sur la mesure de médiation* » (CA Reims, 17 mars 2022, n° 2101578).

2. Un cadre plus sécurisé

a. La question des délais de procédure

En médiation judiciaire, cette question est au centre des préoccupations du législateur comme des tribunaux dans le sens où l'accès au juge doit être préservé en tout état

Un dernier élément qui plaide en faveur de la médiation est l'assurance que l'accord obtenu à l'issue de ce processus pourra être homologué sans difficulté

de cause (article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme).

Le 20 mai 2021, la Cour de cassation a jugé que seule la décision d'ordonner une médiation interrompt les délais pour conclure, de sorte que la convocation des parties à une réunion d'information sur la médiation ne peut interrompre le délai pour conclure prévu par l'article 908 du Code de procédure civile et sanctionné par la caducité de la déclaration d'appel (Cass. 2^e Civ., 20 mai 2021, n° 20-13.912).

À la suite de cet arrêt créant une insécurité juridique forte pour le justiciable, l'article 1^{er} du décret du 25 février 2022 a élargi le champ d'application de l'article 910-2 qui prévoit désormais que l'injonction, comme la décision qui ordonne la médiation, interrompt le délai pour conclure ou pour former appel.

Pour autant, les décisions récentes en matière de prescription et de péremption d'instance s'inscrivent dans une volonté de rendre la médiation plus attractive.

Les ordonnances d'injonction sont également l'occasion de constater la place de plus en plus centrale de l'avocat dans le processus de médiation.

En médiation conventionnelle, l'article 2238, dans sa version modifiée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoit que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance de leur litige, les parties conviennent de recourir à la médiation par un accord écrit.

Dans une affaire opposant la Poste à l'un de ses cocontractants, la Cour de cassation a admis que la seule saisine du médiateur, par voie postale, suffisait à caractériser l'accord écrit suspendant la prescription, dans la mesure où la mise en place d'un médiateur interne par la Poste manifestait sa volonté de recourir, en cas de litige, à une médiation (Cass. Com., 11 mai 2022, n° 20-23.298).

S'agissant du délai de péremption, la haute juridiction avait admis, dès 2018, que « l'acceptation par une partie d'une médiation proposée par la juridiction, après l'expiration du délai de péremption, ne vaut pas renonciation à se prévaloir du bénéfice de la péremption d'instance » (Cass. Soc., 30 mai 2018, n° 16-22.356), témoignant son intention de ne pas sanctionner une partie ayant accepté d'aller en médiation.

À l'inverse, le refus de recourir à la médiation caractérise de la part d'une partie sa volonté certaine de poursuivre l'instance qu'elle a engagée et constitue dès lors une diligence interruptive du délai de péremption au sens de l'article 386 du Code de procédure civile (CA Montpellier, 7 avril 2022, n° 2107071).

b. La question de la garantie du respect de la confidentialité

L'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, modifié par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 dis-

pose que « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* ».

En tout état de cause, la Cour de cassation rappelle que la confidentialité est une condition essentielle à l'attractivité et à l'efficacité de la médiation. La haute juridiction a ainsi cassé une décision par laquelle le juge du fond s'était prononcé sur la base de pièces issues de la médiation qui avaient été produites aux débats par le demandeur sans l'accord de son adversaire.

À cette occasion, la cour de cassation a rappelé que « *l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation impose que les pièces produites sans l'accord de la partie adverse, soient, au besoin d'office, écartées des débats par le juge* » (Cass. 2^e Civ., 9 juin 2022, n° 19-21.798).

II. L'institution de garde-fous contre une « mardisation » excessive

L'année 2022² voit la concrétisation de la possibilité pour le justiciable de recourir à la médiation devant toutes les juridictions, à tout moment de l'instance, au fond, en référé mais également devant la Cour de cassation.

Répondant à l'appel de la haute juridiction, qui n'a jamais caché sa volonté de s'inscrire « *dans la dynamique de promotion de la médiation que connaissent déjà les juridictions du fond*³ », le législateur a en effet consacré les propositions retenues par le groupe de travail dédié à la mission de « *rendre la médiation devant la Cour de cassation efficace et pérenne*⁴ ».

En ce sens, le décret du 25 février 2022 a modifié les articles 1012 et 1014 du Code de procédure civile qui reconnaissent désormais explicitement le pouvoir du juge de cassation d'ordonner une médiation et en organisent le régime.

Pour autant, si les décisions récentes de la Cour de cassation révèlent qu'elle ne se prive pas de recourir à cette faculté nouvellement consacrée (Cass. Com., 22 juin 2022, 20-11.846), elle garde une vigilance particulière pour pallier les dérives ponctuelles d'une « mardisation » excessive.

Le meilleur exemple est celui du régime jurisprudentiel des obligations imposant une tentative de médiation préalable à une action judiciaire.

Si ces obligations sont le plus souvent conventionnelles, elles peuvent également trouver leur origine dans une disposition légale. On rappelle ainsi que le décret du 25 février 2022 a ajouté les troubles anormaux de voisinage à la liste des hypothèses dans lesquelles une tentative de règlement amiable préalable est obligatoire (article 750-1 du Code de procédure civile modifié par le décret du 25 février 2022).

2. Modification du Titre IV du Code de procédure civile, concernant la conciliation et la médiation, par le décret du 25 février 2022.

3. La médiation devant la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation, 7 juillet 2021.

4. *Ibid.*

En principe, ces obligations sont sévèrement sanctionnées par une fin de non-recevoir (Cass. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423 ; Cass. 1^{re} Civ., 8 avr. 2009, n° 08-10.866) insusceptible de régularisation en cours de procédure (Cass. Mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 ; Cass. 3^e Civ., 6 octobre 2016, n° 15-17.989 ; CA Versailles, 19 mai 2022, n° 21/03225). Les fins de non-recevoir faisant échec à l'effet interruptif de prescription de la demande, la partie n'ayant pas respecté son obligation de tentative de médiation préalable doit réintroduire sa demande, avec le risque que son action soit prescrite (article 2243 du Code civil).

Pour autant, il apparaît que la haute juridiction écarte, dans certains cas, l'application de ces obligations de tentative de médiation préalable, lorsque la saisine du juge est urgente (A) ou lorsque la médiation semble dépourvue de tout intérêt (B), voire dangereuse (C).

A. L'exclusion de la médiation préalable en cas d'urgence

Si la rapidité est de l'essence du processus de médiation, celle-ci suppose « d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose » (article 131-1 du Code de procédure civile), qui peut dans certains cas être difficilement compatible avec une situation d'urgence.

C'est ce que la Cour de cassation admet de façon désormais constante. En cas de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent, elle considère en effet qu'une obligation de médiation préalable ne fait pas obstacle à la saisine du juge des référés (Cass. 1^{re} Civ., 24 novembre 2021, n° 20-15.789 ; Cass. 3^e Civ., 13 juillet 2022, n° 21-18.796).

B. Le contournement des médiations préalables superflues

Dès lors que l'avantage de la médiation réside dans la promesse d'une solution rapide, pérenne et globale (CA Dijon, 18 août 2022, n° 2200060 ; CA Versailles, 22 mars 2022, n° 2003880) fondée sur la vertu de l'échange entre les parties, il semble peu opportun d'imposer à ces dernières de se soumettre à un processus de médiation superflu ou voué à l'échec.

Ainsi, la haute juridiction considère que lorsqu'une instance est introduite sur le fondement d'un contrat contenant une obligation de tentative de médiation préalable, la recevabilité d'une demande reconventionnelle n'est pas, sauf clause contraire, subordonnée à la tentative de médiation (Cass. Com., 24 mai 2017, n° 15-25.457).

À l'inverse, elle estime logiquement que lorsque la demande reconventionnelle s'appuie non pas sur le contrat fondant la demande principale mais sur un contrat distinct imposant une tentative de médiation préalable, la demande est irrecevable si cette obligation n'est pas respectée (Cass. Com., 31 mai 2018, n° 16-26.403).

Dans le même esprit, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un avis du 14 juin 2022, a déclaré « qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procé-

dure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de médiation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend » (Cass. Soc., 14 juin 2022, n° 22-70.004, avis) : là encore, la haute juridiction estime superflu d'imposer aux parties plusieurs tentatives préalables de règlement amiable de leur différend.

C. La chasse aux médiations préalables déséquilibrées

On pourrait enfin considérer comme dépourvue de tout intérêt la médiation insusceptible de donner lieu à un véritable accord entre les parties en raison d'un déséquilibre manifeste entre celles-ci. Reconnaître le moindre effet à une telle clause contraindrait la partie faible à choisir entre une médiation défavorable et une action en justice vouée à l'échec.

En médiation de la consommation, la Cour de cassation estime en ce sens que « la clause qui contraint le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation avant la saisine du juge, est présumée abusive, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire de sorte qu'il appartient au juge d'examiner d'office la régularité d'une telle clause » (Cass. 3^e Civ., 11 mai 2022, n° 21-15.420) et que « l'arrêt qui, à défaut de preuve contraire, fait produire effet à une telle clause doit être cassé » (Cass. 3^e Civ., 19 janvier 2022, n° 21-11.095).

Si la jurisprudence judiciaire a suivi l'impulsion initiée par le législateur et confirmé la place de la médiation au cœur du processus judiciaire, le recours à cet outil désormais incontournable ne doit cependant pas devenir la solution systématique d'une « mardisation » excessive qui nuirait tant à la souplesse de la médiation qu'à l'intérêt des justiciables. La préservation de ce délicat équilibre sera sans doute au nombre des préoccupations du Conseil National de la médiation, instauré par la loi du 22 décembre 2021. ■

Hedwige CALDAIROU

Avocate, Carbonnier Lamaze Rasle

Médiateur, Vice-présidente avomEdiation

Co-présidente de la Commission REL de l'ACE

Paris, France

hcaldairou@carlara.com

Christel WILBOIS LAUZERAL

Avocate, CWL Avocats

Médiateur, Présidente d'AVOMEDIATION

Paris, France

christel@cwlavocats.com



Alberto PASINO

New Rules in Italy Concerning Multimodal Transport

➤ Puisque le contrat de transport multimodal n'est régi par aucune convention internationale et compte tenu de la possibilité que les transports multimodaux internationaux commençant ou se terminant en Italie sont soumis à la loi italienne, cet article vise à informer les praticiens de la récente entrée en vigueur en Italie d'une nouvelle loi qui, outre la refonte des règles concernant le transitaire, a modifié de manière significative les limites de la responsabilité du transporteur par une règle spécifique concernant le transport multimodal.

➤ Dado que el contrato de transporte multimodal no se rige por ningún convenio internacional y considerando la posibilidad de que los transportes multimodales internacionales que comienzan o terminan en Italia estén sujetos a la legislación italiana, este artículo pretende informar a los profesionales sobre la reciente entrada en vigor en Italia de una nueva ley que, además de refundir las normas relativas al transitario, ha modificado significativamente los límites de responsabilidad del transportista mediante una norma específica relativa al transporte multimodal.

A Law recently enacted in Italy¹ has not only recast the rules of the Civil Code concerning the freight forwarder (which date back to 1942), but also significantly has modified the limits of liability of the carrier through a specific rule concerning multimodal transport. Due to the reasons explained below, this is a change that all practitioners dealing with transport law should be aware of.

We begin with a general analysis of the identification of the rules governing multimodal transport.

The 1980 Geneva convention concerning the international multimodal transport of goods never entered into force and the five most relevant international conventions concerning the transport of goods (CIM, Hague Visby Rules, Montreal Convention, CMR and CMNI) are either strictly unimodal

or, although containing rules for multimodal situations, do not concern truly multimodal carriage. With the exception of a few rules concerning carriage performed through more than one means of carriage (Art. 1 §§ 3 and 4 of CIM; Art. 18.4 Montreal Convention; Art. 2.1 CMR), which aim at extending the scope of application of unimodal conventions to situations that are not precisely unimodal and would, therefore, normally fall outside their scope of application, the regime applicable to multimodal transport shall be construed pursuant to the private international law rules.

The rules of determining applicable law differ from jurisdiction to jurisdiction, with different applicable tests. Often, however, as a general statement, in common law countries, the applicable law is the chosen law specifically designated in the contract. Under certain circumstances, the choice of law might be inferred from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances. In the absence of a choice of law provision, the modern view is that the choice of substantive law should be that of the jurisdiction with the closest and most relevant connection with the contract and the dispute, taking into consideration the interests of the respective jurisdictions themselves. However, regional statutory, regulatory and treaty provisions should be the starting point for the analysis.

Within the EU, the applicable law is identified through the Rome I Regulation, either referring to the law explicitly chosen, or to the law implicitly chosen according to the terms of the contract and the circumstances of the case (art. 3 (1)). Consequently, within the EU, in the absence of a choice, the law of the country of habitual residence of the carrier shall apply, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also located in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery, as agreed by the parties, is located shall govern the contract (art. 5 (1)).

Quite often the choice of the rules which should govern the contract of carriage is made through a Paramount Clause. Based on such clause, articles I to VIII of the Hague Visby Rules will apply to the carriage either based on art. X (c) of the said Rules or as contractual provisions (in this latter case, to the extent that they are not overridden by domestic mandatory rules of the *lex fori*).

1. Article 30-bis of Law Decree n° 152/2021, converted into law by Law n° 233/2021.

Based on this reasoning, the rules applicable to a multimodal transport are rather difficult to predict, since they will be either a domestic system or the Hague Visby Rules possibly referred to by a Paramount Clause, to the extent that they are not overridden.

In the first scenario, the applicable rules would possibly be the mandatory provisions on multimodal contracts of carriage, or the general set of provisions which govern contracts of carriage in general. The first of those two systems, adopted in several countries (Argentina, Brazil, China, Germany, India, Mexico and the Netherlands, for instance) is definitely the most interesting one. The features that the above mentioned legislations have in common is that they have adopted a fairly similar network system, whereby each leg of the carriage shall be governed by the legal rules applicable to that leg. The other system, the s.c. uniform system, applies the same regime to the whole multimodal transport.

Due to its features, the network system works well if there is no dispute or if there is satisfactory evidence regarding the leg during which the damage occurred. But what if such circumstance is uncertain?

The countries which have enforced the network system have adopted three different solutions.

The first is to apply the provisions on contracts of carriage in general. This solution has been chosen by Germany, for instance, where the network system applies only to the extent that the loss has been localized in a specific leg. If the damage occurred in more than one leg or results from unknown causes, the carrier's liability shall be governed by the general rules on carriage of the German Commercial Code (§§ 407 HGB and following).

The second one (adopted, for example, in India) is to regulate the liability of the carrier for unlocalized damages in the provisions on multimodal contracts of carriage.

The third solution has been adopted in the Netherlands, and the system is such that if the damage cannot be localized, then the carrier's liability is determined in accordance with the rules applicable to the leg or legs of the transport where the event could have occurred, and which result in the highest award of damages. Countries which do not have specific mandatory rules governing multimodal transport could stick either to the network or to the uniform system.

With few exceptions – which occur if the applicable law is that of a country which has a specific legal regime governing multimodal transport contracts – there is a significant amount of uncertainty when it gets to predict which rules will apply to a multimodal transport contract.

Italy does not have a regime governing multimodal transport and, until the entry into force of Law Decree n° 152/2021, it did not have a specific rule governing limitation of liability either. The issue was left to the line of decisions of the courts, but without univocal solutions: in fact, there were some old decisions that referred to the rules governing the single modes of transport, others that applied the legislation concerning the prevailing leg, and

others (and it was the position taken by the Supreme Court) applied the provisions of the civil code.

To remedy this rather confusing situation, Law Decree n° 152/2021, which amended the text of art. 1696 of the Civil Code, now entitled "Limits to compensation for loss or damage to carried goods", has been enacted. The new text of such rule clarifies – partly innovating it – the regime of the limitation of the carrier's liability, considering the various methods of transport.

In particular, a very complex regime is introduced regarding the limitation of the carrier's liability. For example, the second paragraph sets forth that the regime contained in the first part of the provision² applies only with concern to the loss or damage to the goods occurred in the performance of a land carriage and that the regimes set forth by international conventions and by special statutes relating to any other mode of transport apply only to losses or damage occurring during the carriage performed with the specific mode to which the relevant international convention or special statutes refer.

A specific regime is then introduced for the limitation of liability in multimodal transport, establishing that if "it is not possible to establish in which phase of the transport the damage occurred, the compensation due by the carrier cannot in any case exceed 1 euro for each kilogram of gross weight of lost or damaged goods in national transport and 3 euro for each kilogram of gross weight of lost or damaged goods in international transport" (art. 1696, paragraph 3 civil code). To this concern, it is worth noting that the limit provided therein for the loss or damage occurring during the performance of an international multimodal transport (3 Euro / kg) is significantly lower than the one provided for by the previous regime (8,33 SDR / kg).

In conclusion, the new Italian regime is such that in cases of multimodal transport, if the event causing the loss or damage is localized, the limits set forth by the special legislation governing the leg during which the loss or damage occurred apply; if no localization is possible, the limits set forth by the third paragraph of art. 1696 apply. ■

Quite often the choice of the rules which should govern the contract of carriage is made through a Paramount Clause.

Alberto PASINO

President of the UIA Transport Law Commission
Lawyer, Zunarelli e Associati
Trieste, Italy
alberto.pasino@studiozunarelli.com

2. Which states that: "The compensation due by the carrier cannot exceed 1 euro for each kilogram of gross weight of the lost or damaged goods in national land transport and the amount referred to in Article 23, paragraph 3, of the Convention relating to the contract for international road transport of goods, with Protocol, signed in Geneva on May 19, 1956, ratified pursuant to law 6 December 6, 1960, n° 1621, in international land transport."

Afghanistan - Un an et demi après la chute de Kaboul, conséquences pour la profession d'avocat

Le rétablissement du pouvoir taliban a mis fin à 20 ans de construction de l'État de droit. Les avocats afghans sont restreints dans l'exercice de la profession et font l'objet d'une répression féroce depuis l'accès à leurs informations personnelles par des personnes armées ayant pris d'assaut le Barreau indépendant d'Afghanistan (AIBA). Le Conseil national des Barreaux (CNB) français et l'Observatoire International des Avocats en Danger (OIAD) alertent sur la situation de centaines d'avocats pourchassés, leur nécessaire mise en sécurité et les soutiennent pour poursuivre leur activité en exil.

France - Une nouvelle procédure disciplinaire pour les avocats français

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire modifie la procédure disciplinaire des avocats. Depuis le 1^{er} juillet 2022 :

- l'instance disciplinaire devient une juridiction, présidée par un magistrat du siège de la cour d'appel, désigné par le 1^{er} président et en appel siègent 3 magistrats du siège et 2 membres de conseils de l'Ordre
- le bâtonnier peut organiser une conciliation
- la saisine est élargie au justiciable (au-delà du procureur général et du bâtonnier)
- le président de l'instance disciplinaire juge de la recevabilité des demandes
- de nouvelles sanctions sont créées, comme l'obligation de suivre une formation complémentaire en déontologie.

Wildlife Crime

Illegal trafficking in animals constitutes the fourth most profitable source of funds for international organized crime. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime lacks a definition of wildlife crime. The American Bar Association, at its mid-year meeting in February 2023, adopted a resolution calling for a protocol to this convention to define wildlife crime to provide consistency in its scope and definition, and to facilitate a regime of penalties. The resolution and report may be found at: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/midyear-2023/508-midyear-2023.pdf>.

De nouvelles règles relatives au certificat de nationalité française

Le décret n° 2022-899 du 17 juin 2022 relatif au certificat de nationalité française est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2022. Ce décret modifie à la fois les modalités d'instruction des demandes et les modalités pour former des recours contre un éventuel refus. En effet, le recours hiérarchique ou gracieux devant le ministre de la Justice visant à contester les décisions de refus de délivrance de certificat de nationalité française est supprimé pour laisser place au seul recours devant le tribunal judiciaire. Depuis le 1^{er} septembre 2022, le recours doit être formé auprès du tribunal judiciaire dans un délai de 6 mois à compter de la notification du refus ou à l'issue du délai de refus implicite.



Indonesia Criminal Code

Scheduled to take effect in three years, the new Indonesia Criminal Code, enacted on 6 December 2022, greatly affects privacy rights, freedom of speech, and freedom of religion. Privacy rights are impacted as the Code bans sex outside of marriage (even where the LGBT+ cannot marry). Family members can report cohabiting relatives. The tourist trade, including in Bali, is also expected to be negatively impacted.

Muslims who participate in the Islamic ceremony known as Kawin Siri are subject to prosecution as this is not a recognized marriage. Abortion rights are restricted, the door to legal female genital mutilation is opened under the «living law» doctrine, and health-related sex education is forbidden.

While Indonesia is self-described as, and generally considered, a democratic country, under the new Code, one cannot talk against the President, the Vice-President, government officials, or state institutions. Political opponents and bloggers are foreseeably silenced or jailed.

Freedom of religion is impacted under this new Code. If you change your religion or belief, you could be found as a crime committing apostate. What constitutes blasphemy has been expanded. Challenges to this Code before Indonesia's Constitutional Court are expected.

UIA 2022 CONGRESS

Dakar, October 26-30

#UIADakar

dakar.uianet.org



Un congrès historique

Pour la première fois depuis 1927, date de création de l'UIA, le congrès s'est tenu en Afrique subsaharienne et plus précisément à Dakar, capitale du Sénégal. Les 800 participants ont été accueillis dans le Centre International de Conférences Abdou Diouf (CICAD), très bel exemple d'architecture contemporaine.



Some Figures

- › 800 delegates
- › 316 speakers
- › 64 countries represented
- › 36 working sessions
- › 44 sponsors and exhibitors



Opening Ceremony

M. Papa Laïty Ndiaye, Président du Congrès



M. Hervé Chermouli, Président de l'UIA



M. Ismaël Lo



S.E.M. Macky Sall, Président de la République du Sénégal



La cérémonie d'ouverture a été présidée par Son Excellence M. Macky Sall, Président de la République du Sénégal, que l'UIA remercie chaleureusement pour l'accueil et le soutien réservés au 66^e congrès de l'Association. Le Président de l'UIA, Hervé Chermouli, M^e Mamadou Seck, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Sénégal, M^e Papa Laïty Ndiaye, Président du congrès et Bâtonnier sortant de l'Ordre des Avocats du Sénégal, sont intervenus aux côtés du Dr. Denis Mukwege, Prix Nobel de la paix 2018, notre *Keynote speaker*, dont le discours a interpellé et ému nos participants.

Cette cérémonie a été ponctuée d'intermèdes musicaux en présence d'Ismaël Lo, l'un des musiciens sénégalais les plus connus.

M^e Henri Carpentier a également rendu un vibrant hommage à l'avocate turque Ebru Timtik.

M. le Bâtonnier Mamadou Seck



M. Henri Carpentier





UIA Awards

National Committee of the Year

The US Committee, presided by Judge Peter M. Reyes, Jr., received the Committee of the Year award for its continuous and regular activity all year long, as well as its commitment and support to Ukraine in these difficult times.

Special mention to the Representatives of the Gulf States region for their dedication to the development of the UIA in that area: Ali Al Jabal and Hasan Alajooz.

Commission de l'année

Le prix de la commission de l'année a été attribué à la commission droit des contrats présidée par Christoph Oertel (Allemagne). Ce prix récompense le travail scientifique réalisé au cours de l'année 2022 et son implication dans l'organisation de plusieurs séminaires.

Susanne Margossian receives the award on behalf of Christoph Oertel



Mohamed El-Baqer

Wolne Sądy

Alessandro Miele



UIA/LexisNexis Rule of Law Prize Awarded to Mr. Mohamed El-Baqer and "Wolne Sądy" (Free Courts)

The UIA Governing Board attributed the 2022 UIA Rule of Law Award in cooperation with LexisNexis jointly to Mr. Mohamed El-Baqer, an Egyptian human rights lawyer and the Founder and Director of Adalah Center for Rights and Freedoms, and "Wolne Sądy" (Free Courts), an initiative established by a group of lawyers to defend and promote the independence of the judiciary in Poland.

UIA/LexisNexis LegalTech Inspiration Award Granted to SP Tech

The UIA LegalTech Inspiration Award was created in cooperation with LexisNexis to encourage innovation in the legal field and reward the organizations or individuals that bring new ideas to the legal world which change lawyers' outlook, practice or working methods. The second edition of this award was granted to SP Tech (Italy), represented by Alessandro Miele, for the presentation of a product which creates forensic certificates to prove illicit transmission.



Día networking

La jornada inaugural del congreso se desarrolló en el ambiente especialmente cordial que caracteriza a la UIA. Después de la ceremonia de apertura, la jornada continuó con la Asamblea General de la UIA, los foros especializados por lengua y por región y el "Networking UIA". Cada participante interesado en establecer contactos con bufetes de abogados de fuera de su jurisdicción tuvo la oportunidad de presentar su bufete en el escenario, para explorar las posibilidades de cooperación con abogados afines.

Thème Principal 1

Gouvernance des ressources minières et énergétiques en Afrique et au-delà

Ce premier thème principal a fourni, tant aux intervenants qu'au public, l'occasion de discuter des problématiques liées à la négociation des contrats extractifs, miniers et énergétiques, d'une part et des défis et des opportunités des politiques de contenu local.

Ces deux sous-thèmes s'inscrivent dans le cadre de la mise en œuvre des politiques d'investissement dans les pays africains et en dehors de ce continent. A cet égard, ils ont suscité de nombreux et fructueux échanges dus, principalement, à la grande qualité et la solide expérience des panélistes.

En effet, le choix des intervenants s'est porté sur des professionnels et praticiens des investissements du secteur minier et énergétique dans tous les aspects de la chaîne de valeurs.

Les différents points de vue qui ont été exprimés ont démontré, notamment, l'importance, pour les Etats d'accueil de constituer des équipes pluridisciplinaires pour une bonne conception, préparation et mise en œuvre de leurs stratégies de négociation. A cet égard, le rôle des juristes, des financiers, des géologues, notamment, a été souligné avec force.



Dans le cadre du développement et de la mise en œuvre des politiques de contenu local, un accent particulier a été mis sur l'importance de la mise en place d'un cadre de concertation entre l'Etat, le secteur privé (à savoir les investisseurs étrangers et les privés locaux) et la société civile (représentant les communautés locales).

Il ressort des deux panels les recommandations de gouvernance suivantes, notamment;

- Attribuer les contrats sur la base d'appels d'offres publiques
- Publier tous les contrats afin d'assurer la transparence
- Bien négocier les clauses relatives, i) aux études d'impact, ii) aux obligations en matière de contenu local, iii) à l'implication des populations dans la gestion des revenus par un libre accès à l'information.

Aboubacar Fall, Coordinateur du Thème Principal 1 (Af Legal), Dakar, Sénégal



© UIA www.uianet.org

Thème Principal 2

Main theme 2

The effectiveness and credibility of our judicial systems

Moderated by Bénédicte Querenet-Hahn, the main theme allowed fruitful discussions between magistrates, bar leaders and other expert practitioners from different regions of the world, and included the participation of Jaša Vrabec, President of the Council of Europe's Working Group on the Evaluation of Judicial Systems (CEPEJ-GT-EVAL) and Fatou Faye Lecor Diop, Magistrate at the Supreme Court of Senegal, as well as Julie Couturier, Coco Kayudi Misamu, Stephen L. Dreyfuss, Brahim Ebety, Yoshihisa Hayakawa and Olufemi Sunmonu.

Adopting a comparative and constructive approach, the speakers addressed the topics of training and independence of judges, access to justice and evidence (discovery or no discovery), delays in justice, quality of judicial decisions and their enforceability.

The issue of digitalisation and artificial intelligence was also addressed, which gave rise to an animated controversy, with some people seeing these tools as the salvation of justice, while others expressed reservations or even concern about their development.

Another striking point was the high-level of confidence in the American judicial system shown by President Stephen Dreyfuss, a confidence that contrasted with a certain reserve on the part of the other speakers.

UIA would like to express its gratitude to the speakers from all over the world for their interventions, with a special mention for Jaša VRABEC, who brought the invaluable insight of

the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) and whose recent report can be found under the following link: <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc056>.

Bénédicte Querenet-Hahn, Coordinator and Moderator of Main Theme 2 (GGV Avocats – Rechtsanwälte), Paris, France.



Comité des femmes

El Comité de Mujeres de la UIA, presidido por Elisabeth Zakharia Sioufi (Libano), dedicó su sesión al tema de los derechos de la mujer en el contexto mundial actual. Ponentes de distintos países, Marie-Aimée Peyron (Francia), Héleyn Uñac (Países Bajos), Nesrine Roudane (Marruecos), Mareike Heesing (Alemania) y Jean-François Henrotte (Bélgica) analizaron este tema antes de animar un debate general con los participantes.



Working Sessions





Soirée informelle

Les participants ont eu la chance d'assister à un concert privé de la star internationale Youssou N'dour. Ce concert exceptionnel s'est tenu dans une ambiance joyeuse et animée en bordure de l'océan, au Cercle de l'Union, autour de buffets de spécialités locales. Un grand merci est adressé au comité local d'organisation du congrès ainsi qu'au Barreau du Sénégal pour cette soirée inoubliable.



Gala dinner

For this edition, the gala dinner was held in the prestigious 5* hotel, the Terrou-Bi located on the beach bordering the Atlantic Ocean.

The 450 guests had the privilege of attending a fashion show, presenting traditional costumes created by Oumou Sy, an emblematic figure of Senegalese fashion.





Cérémonie de clôture

C'est à la cérémonie de clôture du congrès que le Président de l'UIA, Hervé Chemouli, a passé les pouvoirs à Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi, deuxième femme à prendre les rênes de l'Association. Ce fut également l'occasion de remercier le Barreau du Sénégal ainsi que le comité d'organisation du congrès de Dakar, pour l'exceptionnel travail accompli. Félicitations et un grand merci aux hôtes de ce magnifique congrès : Papa Laïty Ndiaye, Président du congrès et ancien Bâtonnier, Mamadou Seck, Bâtonnier du Sénégal, Sadel Ndiaye, Président du comité organisateur, ainsi qu'à tous les autres membres de ce comité.



M^{me} Urquiola de Palacio



Le Président Hervé Chemouli avec M. Sadel Ndiaye



Your certificate of attendance is available on the UIA website. Do not forget to fill in your user name and password in "My Space", then go to the "My documents" section to download it.



See you next year
in Roma, Italy

**Save the date
for the UIA 67th Congress**

25-29 October 2023



| Focus sur Dr. Denis MUKWEGE

Invité d'honneur de la cérémonie d'ouverture et de la session spéciale sur les violences sexuelles en zone de Conflit

Dr. Denis Mukwege est un gynécologue congolais (RDC), né le 1^{er} mars 1955 à Bukavu.

Il a étudié la médecine et s'est spécialisé en gynécologie et obstétrique. Il est détenteur d'un doctorat (PhD) en Sciences Médicales de l'Université Libre de Bruxelles.

Depuis plus de 20 ans, le docteur Mukwege prend en charge des survivantes de violences sexuelles et des femmes souffrant de graves problèmes gynécologiques à l'hôpital de Panzi qu'il a fondé en 1999.

L'hôpital et la Fondation Panzi sont reconnus pour leur travail de pionnier sur les violences sexuelles basées sur le genre, et leur travail dans la défense des droits des femmes congolaises et leur autonomisation.

Le docteur Mukwege est un ardent défenseur des droits des survivants de la violence sexuelle. Il est co-président du Fonds Global des Survivants dont il est le co-fondateur et également membre du Conseil Scientifique de l'OMS.

Son action et son dévouement ont été reconnus dans le monde entier au travers de différents Prix tels que le Prix des Nations Unies pour les droits de l'homme (2008), le Prix Sakharov (2014) et le Prix Nobel de la Paix (2018). Il a également reçu des diplômes honorifiques de différentes universités.



Extrait du discours inaugural

Allocution du Dr. Mukwege à l'occasion de la séance d'ouverture du 66^e Congrès annuel de l'Union Internationale des Avocats au Centre international de conférences Abdou Diouf de Dakar.

« Mesdames, Messieurs,

En RDC, les décennies de dictature et de conflits ont sérieusement mis à mal l'état de droit, et le système judiciaire congolais est peu équipé et dysfonctionnel. De surcroît, aucun système judiciaire au monde ne pourrait relever par le biais de la justice classique les défis de l'impunité par rapport à des crimes de masse commis depuis plus d'un quart de siècle sur des millions de victimes par des acteurs étatiques et non étatiques, nationaux et étrangers.

Telle est la raison pour laquelle nous plaçons sans relâche aux côtés des victimes mais aussi des avocats du barreau de Bukavu et de nombreuses autres villes de la RDC pour la mise en place d'un Tribunal pénal international pour la RDC et de chambres spécialisées mixtes dans le cadre d'une stratégie nationale holistique de justice transitionnelle pour briser le cycle infernal de la violence et de l'impunité.

Il sied de rappeler ici que c'est grâce à la ratification massive de nombreux pays africains que la Cour Pénale Internationale (CPI) est entrée officiellement en vigueur rapidement en 2002 à la suite de l'adoption de son Statut à Rome en 1998, démontrant une contribution significative de l'Afrique aux efforts de lutte contre l'impunité et dans le développement du droit international pénal. Nous aspirons également à ce que le Bureau du Procureur de la Cour Pénale Internationale (CPI) poursuive ses enquêtes et ses poursuites dans les situations en Afrique où les crimes les plus graves sont commis par les plus hauts responsables politiques et militaires, notamment dans la région des Grands Lacs.

Enfin, nous invitons aussi tous les États à faire pleinement usage du principe de la compétence universelle pour les crimes internationaux, et saluons l'important précédent auquel le Sénégal a contribué en instituant des Chambres africaines extraordinaires, un tribunal ad hoc internationalisé mis en place à la suite d'un accord avec l'Union Africaine, pour juger l'ancien dictateur du Tchad Hissène Habré. Notre continent ne pourra exploiter ses immenses potentialités que lorsque les criminels, de sang ou économique, ne pourront plus défiler sur des tapis rouges mais seront confrontés à une ligne rouge, celle de la loi. »

Sending a Message: Architecture and the Courthouse



By **Steven RICHMAN**,

Deputy Editor, Juriste International, Lawyer, Clark Hill PLC,
Princeton, NJ, United States, srichman@clarkhill.com



Every courthouse sends a message to those who enter it. Classical courthouses, with their columns and imposing facades, emphasize a stern authority of the state. Other courthouses of more modern construction often resemble office buildings and convey a more businesslike approach to the law.

The British author and philosopher Alain de Botton wrote on the importance of how buildings look in his 2006 book, *The Architecture of Happiness*:

Of almost any building, we ask not only that it do a certain thing but also that it look a certain way, that it contribute to a given mood: of religiosity or scholarship, rusticity or modernity, commerce or domesticity. We may require it to generate a feeling of reassurance or of excitement, of harmony or of containment. We may hope that it will connect us to the past or stand as a symbol of the future, and we would complain, no less, than we would about a malfunctioning bathroom, if this second, aesthetic, expressive level of function were left unattended.

Courthouses, therefore, serve the functional purpose of centralizing the disposition of cases, and provide courtrooms and office space for those connected with the judiciary. They also send a message to all who enter. That message must be one of dignity and authority, yet fairness and accessibility. Above all, its message must be one of respect—not just for the so-called rule of law, but for those individuals who face criminal or civil consequences, for themselves or for their businesses. That message also posts two points: respect for substance and respect for process. Consequently, to look at a courthouse is to form certain assumptions, which assumptions bear directly on the public acceptance of the rule of law.

It is noteworthy to see an actual application of these principles. Featured here is the Miami-Dade Children's Courthouse in Miami, Florida, United States. As explained on its website by HOK, one of the architectural firms behind it, "[t]his downtown Miami building combines juvenile and family courts in a non-traditional, welcoming environment. Designed to minimize stress for children and families... making it easy for families to access services in one central location."¹

The other involved firm, Perez & Perez, noted on its website that the courthouse "was conceived as a facility especially designed as a judicial environment for children. From early programming decisions to the choice of building materials, the process has been one that reflects the importance of value-driven justice and care," and that "the design solution gave considerable attention to sustaining the multi-cultural values surrounding children in the justice system in Dade County and to carry that attention through all aspects of design, including the aim of... sustaining the environment extends to sustaining basic values regarding the care of children that find themselves participants in the justice system either as depend[e]nts or delinquents."²

1. <https://www.hok.com/projects/view/miami-dade-childrens-courthouse/>.
2. <https://www.perezperez.com/miami-childrens-courthouse>.

31st World Forum of Mediation Centres

A Meeting of the Officers of the World's Leading Commercial Mediation Centres

Forum presented by the UIA with the support of the Frankfurt am Main Chamber of Commerce and Industry

FRANKFURT GERMANY

Friday, June 30 & Saturday, July 1st, 2023

With a welcome cocktail on Thursday, June 29

#UIAWFMC



***Register by May 30
to benefit from the
preferential rate!***

Information & registration: www.uianet.org



UIA

Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

www.uianet.org

SAVE THE DATE



ROMA
2023

UIA CONGRESS

67TH UIA CONGRESS

OCTOBER 25-29, 2023
#UIAROMA

ROMA