

July - December 2012
Colombia
ISSN 2216-0965

02
Vol. 3



EAFIT
Journal of International Law





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
02 | Volume 3 | July - December 2012
ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo

Editor in chief

Paola Carrillo Gamboa

Managing editor

José Alberto Toro

Advisory editor

Maria Alejandra Calle

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Karin Martínez Camacho

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

CONTACT US

EAFIT Journal of International Law

EAFIT University

Cra 49 7 Sur 50 Medellín – Colombia

Building 27 - 4th Floor

Tel: (57) 4 - 261.95 00 ext. 9422

Fax: (57) 4 - 261.92 68

Email: ejil@eafit.edu.co

Contents

5 Editorial

Rafael Tamayo Franco

7 LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Eliane M. Octaviano Martins y Rafael C. Oliveira do Prado

30 LA ARBITRABILIDAD EN EL NUEVO ESTATUTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Ana Isabel Loaiza Zapata

41 PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, ARMONIZACIÓN Y FIRMAS DIGITALES.

Juan Felipe Álvarez, Alejandro Mejía y Daniel Piza.

54 COLOMBIA, UNA PIEDRA MÁS EN LA TORRE DE BABEL DE LA LEGISLACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

José David Zuleta Tisnés, Susana Álvarez Osorio, Mariana Restrepo Santamaría y Paula Londoño

66 EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS EN EL INTERNET EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 38 DE LOS ESTATUTOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Camila Urbina Escobar

Editorial

Rafael Tamayo Franco (Ph.D C.)

Coordinador del
Área de Derecho Internacional.
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT
Email:rtamayo1@eafit.edu.co

La práctica del derecho internacional es profundamente compleja. Esta es una realidad manifiesta con ocasión del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la disputa territorial y marítima (Nicaragua vs Colombia) del 19 de noviembre de 2012. El litigio ocupó a los estados por casi once años y solo al final del mismo los medios de comunicación se empezaron a manifestar sobre el particular. El fallo pone fin a un galimatías de tratados internacionales mal celebrados. Los estados se sometieron a la Jurisdicción de la Corte y ambos realizaron su mejor esfuerzo por defender sus pretensiones. Parte de la opinión pública colombiana, basada en la información presentada por los medios, considera que el fallo es injusto y que viola la soberanía del Estado, llamando incluso al desacato de la decisión.

Las voces que señalan las circunstancias sobre el diferendo y la necesidad del respeto del derecho internacional son irrespetadas y en general acalladas. No obstante la recuperación económica, Colombia sigue siendo un país de grandes desigualdades sociales, con una población con niveles medios y bajos de educación. Los medios de comunicación conocen esta situación y el fallo de la CIJ (institución que pocos conocían) ha servido para excitar los nacionalismos de una población desconocedora del derecho y mucho más del derecho internacional, desconcertada además por un proceso de negociaciones de paz entre real y ficticio y con un gobierno que actúa con un ojo puesto en una posible re-elección presidencial.

En los últimos días se ha decidido denunciar un tratado de la OEA sobre resolución de controversias internacionales y el gobierno se mueve entre dos discursos contradictorios, por una parte una cierta rebeldía interna con intenciones demagógicas y por otra de obediencia del derecho internacional propio de los países en desarrollo. Denuncia un tratado que poco o nada cambia la situación de la pérdida de parte de la zona marítima del estado pero sigue siendo un miembro de la ONU y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Esta compleja, triste y desinformada situación marca nuestra publicación de finales de 2012, donde hemos querido tener en cuenta temas como el derecho del mar, la arbitralidad, el comercio electrónico y los estándares internacionales de algunos derechos humanos en internet. Desde esta casa de estudios confiamos en que las publicaciones especializadas colaboren, desde la academia, a sentar una posición sensata en derecho y a evitar la visión utilitarista del derecho internacional, en la cual cuando las decisiones y resoluciones internacionales son convenientes para el Estado, este señala la importancia del sistema internacional, pero cuando el Estado no logra que dichas decisiones le favorezcan de acuerdo con sus intereses individuales, se esgrime el argumento deformado de una soberanía absoluta que parece enfrentada al derecho internacional y que en el mediano plazo termina siendo profundamente dañina.



LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO¹

✉ Por: Eliane M. Octaviano Martins² y Rafael C. Oliveira do Prado³

Resumen

*El presente estudio analiza el contrato marítimo internacional del transporte de mercancías en el derecho brasileño y destaca, esencialmente, el problema de la legislación aplicable y de la competencia de jurisdicción, destacando la tendencia de la jurisprudencia y de la doctrina. En Brasil, existen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales que incide directamente sobre la regla del Derecho internacional privado respecto de la ley aplicable a los contratos. En general, dispone que las obligaciones serán calificadas y regidas por la ley del país en que se constituyen. La falta de la elección de una ley o cuando ésta es inválida, tendrá valor la *lex fori* en la cual se desarrolla el proceso que determinará la ley aplicable al contrato. Destacadas las restricciones, se busca analizar los contratos internacionales marítimos de transportes de mercancías y responsabilidades del transportador marítimo por las averías de la carga en el marco de incidencia de la legislación brasileña.*

Palabras clave

transporte internacional marítimo, contrato internacional, responsabilidad civil, competencia de jurisdicción, Brasil.

1 Artículo traducido del portugués para el castellano por Maria do Rosário Prada Fernandes.

2 Abogada colegiada en la Orden de Abogados de Brasil (OAB). Doctora por la Universidad de São Paulo (USP). Profesora y coordinadora del Postgrado en Derecho Marítimo y Portuario de la Universidad Católica de Santos (UNISANTOS). Profesora de la Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Autora de la obra *Curso de Direito Marítimo*, 2ª. edición revista y ampliada, Manole: São Paulo, 2012. Correo electrónico: emom@uol.com.br.

3 Abogado colegiado en la Orden de Abogados de Brasil (OAB). Magíster en Derecho Internacional por la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España (URV) y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Fundação Universidade da Região de Joinville, estado de Santa Catarina, Brasil (UNIVILLE). Ex alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Correo electrónico: pradojus@gmail.com



Abstract

This study analyses the International Contract for the International Carriage of Goods by Sea (Maritime Transportation of Goods) in Brazilian Law and emphasizes the problem of competence in jurisdiction and the applicable current law. Since International Law disposes that that obligations will be qualified and acquainted and forced to the National Law of the place where the contract was celebrated; it exists, in Brazil, restrictions to the autonomous will of parties for the constitution of international contracts. Acknowledging these facts, this article analyses this kind of contracts and the responsibilities the parties must assume when there's damages, all of this having into account Brazilians legislation.

Key words

International Maritime Transport, International Contract, Civil Responsibility, Competence of Jurisdiction, Brazil.

Introducción

Las últimas décadas del siglo XX han sido testigo del extraordinario crecimiento de las relaciones económicas internacionales y el fenómeno de la globalización que interfirieron de manera pertinentes en el comercio internacional de las mercancías y de las exigencias impuestas en el sistema del transporte internacional, lo que hace que el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías asuma una transcendencia económica y jurídica incuestionable en el comercio internacional.⁴

La sistematización del Derecho Marítimo como disciplina de las Ciencias Jurídicas ha sido el objetivo de repetidas iniciativas. Efectivamente, hace tiempos se ha detectado necesidad de unificar la reglamentación del transporte marítimo internacional procurando observar, esencialmente, la especificación de responsabilidades del transportador marítimo.

⁴ El modal marítimo el más utilizado en comercio internacional. Según la estadística el transporte marítimo representa más de noventa por ciento del transporte internacional de mercancías, en el nivel mundial. En Brasil y los EUA representa más de noventa y cinco por ciento.



No obstante, la diversidad reguladora, la gran variedad de modalidades contractuales aprobadas y la multiplicidad de documentos, de intereses y de sujetos implicados vienen interfiriendo significativamente la codificación internacional del transporte marítimo internacional de mercancías.⁵

Efectivamente, la diversidad contractual y documental ejerce fuerte influencia en el reglamento material y de conflicto de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías y enseña una dicotomía realista. Por un lado, los convenios materiales existentes regulan estrictamente los contratos en los cuales han sido expedido un *Bill of Lading*⁶ (en adelante BL) o una *Charter Party* (en adelante CP) que incorpore los términos del BL y que han sido efectivamente puestos en circulación, regulando así los derechos del transportador y de terceros titulares⁷. Por otro lado, el conflicto normativo donde generalmente se juntan las normas obligatorias y elementos de conexión.

De esta forma, a pesar reiteradas y significativas iniciativas de pretender uniformar las normas aplicables al dominio de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, todavía no se ha alcanzado la uniformidad de regulación material y contradictorias de los contratos de transporte marítimo.

Se evidencia, en la realidad, que la gran diversidad de textos convencionales que regulan el transporte marítimo, centrados principalmente en ámbito de la responsabilidad del transportador, hace que un mismo contrato pueda estar sometido a diversas regulaciones de derecho material y procesal. Establecida la ausencia de una regulación material y de conflicto uniforme respecto de los contratos de transporte marítimo, se debe realizar un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado⁸

La aplicación de un u otro convenio internacional o de la legislación estatal dependerá, en tesis, de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, y de las respectivas normas de conflicto por el tribunal o corte donde el recurso ha sido interpuesto⁹

5 “Si se entiende la unificación del Derecho Marítimo en sentido lato, como una identidad absoluta de las normas, puede decirse que las Convenciones de Derecho Marítimo no han logrado la unificación. Por lo contrario, los sucesivos Protocolos o las nuevas Convenciones sobre la misma materia y la progresiva ampliación del ámbito de aplicación de los mismos, han generado una situación mucho más compleja.” (TAQUELA, 2000, p. 125)

6 En castellano este término se define por Conocimiento de Embarque, y se trata de un documento legal entre el consignador que embarca un determinado bien y el portador que detalla el tipo, cantidad y destino de este mismo bien a ser transportado. El conocimiento de embarque también sirve como un recibo de envío cuando el bien es entregado al destino predeterminado. Este documento debe acompañar los bienes transportados, no importa la forma de transporte, y debe ser firmado por un representante autorizado del portador, consignador y receptor.

7 Cf. CALABUIG, 1999, p. 306.

8 V. CALABUIG, 1999, p. 304 e 2005, p. 451-452.

9 El principio de la autonomía de la voluntad se consubstancia en la libertad de las partes en contratar, de estipular el contrato y su contenido. V. BASSO, 1994, p. 42.



En los contratos internacionales, la cuestión de la elección de la ley de la regencia y del foro competente de un contrato internacional tiene, *a priori*, como punto de partida el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar.

En síntesis, bajo la égida del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, *a priori*, las partes contratantes podrán indicar expresamente la ley que será aplicable al contrato (*lex voluntatis*) y la competencia de la jurisdicción. La libertad de las partes para determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales se manifiesta, esencialmente, a través de las Cláusulas Paramount (*Paramount Clauses*) o de las Cláusulas de Elección del Derecho (*Cláusulas Electio Iuris o Choice of Law Clauses*)¹⁰. Así, admitida la autonomía de la voluntad, el tribunal competente juzgará el litigio con sustento en la norma que ha sido referenciada en el contrato.

En la elaboración de los contratos internacionales la voluntad de las partes ha sido ampliamente admitida, aunque no en forma absoluta y hay interferencia de los elementos limitadores, como las leyes imperativas y de orden público en vigor en el país dónde el contrato será ejecutado¹¹. En efecto, en materia de contratos, se infiere que el principio de la autonomía de la voluntad no deroga las normas de orden público vigentes en el derecho interno de los Estados. Y, en el plano internacional, la autonomía de la voluntad no lo es absoluta¹². Los límites de la autonomía de la voluntad expresa, así como de la voluntad tácita de los contratantes, en la práctica, están condicionadas por la fuerza imperativa de las normas¹³.

10 Asevera CALABUIG (2005, p 451) que, las clausulas "Paramount" representan, bajo el punto de vista teórico, la autonomía de la voluntad material mientras las "Electio Juris", o clausula de elección de un derecho estatal concreto, representa la autonomía de conflictos.

11 Cf. BASSO, 1994, p. 43.

12 BAPTISTA (1994, *passim*) asevera que la elección expresa de las leyes que regirán el contrato no engendra dificultades cuanto a la intención de las partes. Además, si las partes contratantes manifiestan, sin equivocación, su deseo de someterse a determinada legislación, solamente obstáculos de orden público, el control por el juez del carácter internacional del contrato o la ocurrencia de fraude pueden impedir la eficacia de esa elección.

13 En el contexto internacional, hay sistemas jurídicos que reconocen plenamente la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la legislación aplicable, siendo permitido incluso, elegir una tercera legislación, considerada neutra y apta para juzgar sus intereses. Admitiendo la autonomía de la voluntad a las partes, para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales se destacan Alemania y Francia. El Derecho Inglés es, "a priori", muy flexible y se manifiesta en el sentido de que la intención expresada en el contrato por las partes es decisiva en cualquier país es competente para decidir cualquier causa que les sea sometida. No obstante, la teoría vienen contrariando la práctica. No que se refiere a la legislación aplicable, no se encuentran, en regla, trabas impeditivas de aplicabilidad de norma extranjera desde que la ley elegida por las partes no parezca disonante con los principios de la legislación inglesa. Además, la cláusula de elección de foro es admitida en la hipótesis de las partes remitieren la competencia jurisdiccional a los tribunales ingleses, pero no vienen admitiéndose, en regla, la eficacia de cláusula de elección de foro que remete al reconocimiento de un juez o tribunal extranjero en los negocios concluidos en Inglaterra. Los EUA también aceptan, en tesis, el principio de la autonomía de la voluntad. En la práctica, la misma fenomenología anteriormente evidenciada en el derecho inglés es encontrada en el derecho americano, o sea, es considerado el principio de la autonomía desde que no haga conflictos con los principios del derecho americano y desde que la competencia jurisdiccional americana ha sido la indicada por las partes. En la hipótesis de contratos concluidos en EUA, no vienen se Admitiendo, en regla, la eficacia de cláusula de elección de foro que remete al reconocimiento de un juez o tribunal extranjero. En posición contraria la aceptación I del principio de la autonomía de la voluntad están Australia, Nueva Zelandia, Bélgica, Italia y Egipto. Para profundización en el tema v. WOLFF, 1958, p. 400-403; ARAUJO, 1997, *passim*; y HILL, 2003, *passim*, y CALABUIG, 1999, p. 304 y 2005, p. 451-452.



No obstante reiteradas y significativas iniciativas intentando la uniformidad de las normas aplicables al dominio de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, todavía no se alcanzó la uniformidad del reglamento material y de conflicto de la materia. Por regla general, configurada la inexistencia de reglamento material y de conflicto uniforme, actualmente debe articularse un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado.

La exégesis final de tal paradoja, propone analizar, primeramente, el reglamento material existente en el ámbito de los contratos representadas por los Convenios Internacionales reguladores de los mismos, tanto en el ámbito de aplicaciones espaciales como materiales. De manera subsiguiente, y solamente después de la efectiva comprobación de que determinado contrato no se encuentra englobado en el ámbito de aplicación de dichos Convenios Internacionales, de naturaleza material, entra en escena la posible normativa de conflicto.

En Brasil, no se reconoce expresamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales, y se imponen restricciones acerca de su análisis subsecuente. Hay que diferenciar, por lo tanto, la autonomía de la voluntad en los contratos marítimos de transporte de mercancía esencialmente respecto de las cláusulas de legislación aplicable y el foro competente en el ámbito de derecho brasileño, específicamente al contrato de transporte marítimo internacional de mercancías.

2. El contrato de transporte marítimo de mercancías en el derecho brasileño

El contrato de transporte marítimo internacional de mercancías es aquel por el cual un empresario transportador o conductor (*carrier*) se obliga, mediante remuneración (flete), a transportar por vía marítima una cierta cantidad de mercancía que le habían entregado por el embarcador (muy comúnmente denominado expedidor, remitente, cargador, o *shipper*) de un puerto al otro y entregarlas a un determinado destinatario.

El contrato de transporte marítimo es efectuado entre el transportador y el embarcador y está consagrado, por regla general, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como un negocio jurídico por consenso¹⁴, bilateral, oneroso, típico, de duración, conmutativo y no formal; siendo la mercancía per se, a ser desplazada de un puerto al otro, el objeto del contrato.

¹⁴ Hay interpretaciones opuestas principalmente respecto a configurarse un contrato consensual, sustentando ser el contrato de transporte un contrato real que necesita de la entrega o embarque de la mercancía para su ultimación. V. VENOSA, 2003, p. 484 e MENDONÇA, 1990, p. 158 e CALABUIG, 1999, p. 304-305.



El contrato de transporte se evidencia por el conocimiento de embarque marítimo (BL), cuya legislación aplicable, son por regla general, las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y The Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)¹⁵

2.1 Cláusula Paramount y la legislación aplicable

La Cláusula Paramount que figure en un BL determina la legislación aplicable en los contratos internacionales de transporte marítimo de mercancías y comúnmente remite a la aplicabilidad de un régimen convencional, generalmente al Convenio de Bruselas para la Uniformidad de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, original en inglés *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bill of Lading*, las cuales son conocidas como Reglas de La Haya-Visby; a las Reglas de Hamburgo o a la COGSA; o mismo a una determinada ley estatal.

Las cláusulas de elección de derecho de Estado son normalmente incluidas en el BL, conjuntamente con las cláusulas Paramount y cláusulas de elección de foro, remiten a la aplicabilidad de la ley dónde el transportador tiene su establecimiento principal. En este sentido, estipulan las cláusulas Paramount de los modelos de CONLINEBILL BL, de la The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) o (VISCON BILL).

Se destaca, todavía, algunas variantes de tenor de la Cláusula Paramount. Hay Cláusulas Paramount que designan varios regímenes jurídicos para reglar distintas partes del contrato, llevando a cabo el *depêçage* o fraccionamiento del contrato.

Hay Cláusulas Paramount, entretanto, que designan varios regímenes jurídicos para reglar distintas partes del contrato, levando a cabo el *depêçage* o el fraccionamiento del contrato.¹⁶

Son evidenciadas todavía, la inclusión de las llamadas Cláusulas Fluctuantes¹⁷ que resultan en foro shopping tanto de jurisdicción como de derecho aplicable, en las cuales se otorga al demandante optar entre varios regímenes jurídicos o competencias jurisdiccionales. Esencialmente, el *foro shopping* consiste en una estrategia procesal adoptada por demandantes que buscan la decisión de sus litigios por el tribunal que probablemente sentenciará una decisión más favorable a su pretensión. Tal práctica también es adoptada por la parte demandada, cuando esta procura intentar cambiar el foro para otro que eventualmente adoptaría una posición más benéfica en relación a su situación.

15 Brasil no es signatario de ninguna de estas reglas y establece restricciones al principio de la autonomía de la voluntad. v. artículo 9º. LICC. En la hipótesis de incidencia de la legislación brasileña v. Decreto 116/67, CC, arts. 730 al 766, Súmula 109 STJ (falta de mercancía independiente de inspección) y 161 STF (cláusula de no indemnizar es inoperante). Admisible todavía la aplicabilidad del CDC.

16 Conceptualmente, el "Dépeçage" es la posibilidad de aplicar ley de diferentes Estados a los varios elementos de una situación jurídica. v. LAGARDE, 1975, p. 659 y ss; POSENATO, 2005, p. 474 y CALABUIG, 1999, p. 315.

17 El sistema "commow law" niega, en esencia, la validez de las cláusulas flotantes.



Brasil no es signatario de las Reglas de La Haya-Visby de 1924, ni de sus enmiendas, entretanto es signatario de las Reglas de Hamburgo pero todavía no las ha ratificado.

La metodología que se indica para la configuración de la legislación aplicable a los contratos internacionales, en general, exige un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado.

La regla del Derecho internacional privado brasileño concerniente a la ley aplicable a los contratos, en general, dispone que las obligaciones serán cualificadas y regidas por la ley del país en que se constituyeren, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil (en adelante LICC), (Decreto-lei nº 4.657/42). Efectivamente, la aplicación de la ley que rige las obligaciones internacionales se subordina, en Brasil, al artículo 9 da LICC, *in verbis*:

“Artículo 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

La exégesis que emana del *caput* del artículo 9 de la LICC evidencia la adopción, por el ordenamiento jurídico brasileño de la *lex loci executionis* y *locus regis actum*. Así, en consonancia al comando de normas del artículo 9 de la LICC, la ley aplicable a los contratos internacionales en Brasil será: a) en los contratos entre presentes, conforme el artículo 9 de la LICC, la ley aplicable a los contratos es la ley del lugar de celebración del contrato; y b) en los contratos entre ausentes, la ley aplicable es aquella dónde residir el proponente, conforme indica el parágrafo 9, § 2 de la LICC.

En la ausencia de elección de la ley, o siendo inválida ésta, valdrá la *lex fori*, es decir, la ley del lugar en el cual se desarrolla el proceso que determinará la ley aplicable al contrato.

El discurso del tenor de la norma analizada, se instaura intensa polémica en la doctrina brasileña respecto de la materia, principalmente en relación a la posibilidad de las partes para poder elegir cuál ordenamiento jurídico deberá regir el contrato celebrado entre ellas¹⁸. Efectivamente, el artículo 9 de la LICC no contiene expresamente, cualquier reconocimiento del principio de la autonomía, aunque la jurisprudencia nacional mantiene la interpretación

18 Para DINIZ (1994, p. 246 y ss) el artículo 9º da LICC no contempla la autonomía de la voluntad como elemento de conexión y se reveste de carácter imperativo. Cf. para la profundización en el tema consulte BAPTISTA, 1986, *passim*; CALABUIG, 2005, *passim*; BASSO, 1994; STRENGER, 1998, *passim* y SOARES, 1994, 283-305.



en el sentido de no admitir la autonomía de la voluntad. Y así, en la determinación de ley aplicable, la regla vigente es del artículo 9 de la LICC que remite a la aplicabilidad de la ley del país de celebración del contrato, independientemente de que conste una disposición del contrato específica o en la omisión del contrato en aquel en cuál se refiere la ley aplicable.¹⁹

2.2 Competencia Jurisdiccional

La cláusula de jurisdicción o de elección de foro determina la competencia jurisdiccional²⁰. En el derecho brasileño, como regla, la autonomía de la voluntad es admisible en la elección del foro. Consecuentemente, la cláusula de elección del foro viene siendo aceptada por la doctrina y considerada, regla general, válida, conforme Súmula 335 del Supremo Tribunal Federal de Brasil²¹.

No obstante, se destacan las relevantes interpretaciones de la jurisprudencia anteriormente analizadas, considerando inválidas las cláusulas de elección de foros extranjeros en contratos internacionales en razón de lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil brasileño (en adelante CPC)²². Además, el artículo 12 de la LICC consagra como regla vigente la competencia de la autoridad judicial brasileña, cuando estuviera la parte domiciliada en Brasil, o fuera aquí, el lugar donde debe ser cumplida la obligación.

Como regla general, está consolidada la interpretación en el sentido de que la cláusula de elección de foro tiene eficacia plena cuando hay entera libertad de contratar. Así, en lo que concierne a los contratos de transporte cuya evidencia y prueba deriva del BL – documento eminente de adhesión – no se tiene aceptada la autonomía de la voluntad relativa a la elección de foro²³.

-
- 19 Las cláusulas de elección de ley y foro, en la frase de BAPTISTA (1986, p. 195) “não geram certezas absolutas”. Esta inseguridad es un de los motivos que llevan las partes por optar por la cláusula de compromiso arbitral como medio de evitar los conflictos de ley, solución esta que es paliativa y también no se afigura perfecta. El ideal sería la total incorporación por la legislación brasileña de la autonomía de la voluntad. Se encontra en trámite el Proyecto de Ley (PL) 4.095/95 que sustituirá la LICC y adopta principio de la autonomía y el PL 269/2004 que también consagra la autonomía de la voluntad y es reedición del PL 4.905/94. Se resalta todavía el PL 243/2002 que intenta alterar las reglas de DIPr, que aunque no consagre la autonomía de la voluntad, propone alteraciones significativas.
- 20 En el transporte internacional, se reputa nula la cláusula que “elegiu de foro estrangeiro para apreciar eventual litígio quando não houver consentimento específico da parte aderente”. (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 459.668-RJ (2002/0076056-3, DJU16.12 2002)
- 21 STF, Súmula 335: “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos de contrato”.
- 22 “Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feita no Brasil. Aplicação do artigo 88, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição” (STJ, AR 133/RS (198900077724)274434, Ação Rescisória)
- 23 “COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - Transporte marítimo - Contrato de adesão - Foro de eleição considerando competente Justiça de país estrangeiro - Contrato para ser cumprido no Brasil” Cláusula sin validez - Aplicación del artículo 9° da LICC (...) Ofende la orden pública para elección, en contrato impreso de naturaleza unilateral y adhesivo, de la competencia de la Justicia de país extranjero, con exclusión de la brasileña, en relación a los contratos ejecutables en Brasil, por el tenor del artículo 9.º de la Ley de Introducción al CC.” (RT 589/221).



Las particularidades que caracterizan la cuestión remiten a la situación fáctica de la controversia a ser dirimida por la justicia brasileña, de acuerdo con el artículo 12 de la LICC y los artículos 88 al 90 del CPC; lo mismo en la hipótesis usual del BL donde consta como cláusula de elección de foro extranjero, aunque hubiera la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, COGSA, Hamburgo o el derecho de un Estado extranjero, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 9 de la LICC no sería posible aplicar la regla del foro de elección, siendo el foro brasileño el foro competente.

En esta situación específica, no obstante el proceso será juzgado en Brasil y de acuerdo con el derecho procesal brasileño, el derecho material extranjero será aplicado en las hipótesis de contratos entre presentes celebrados en país extranjero, en los términos del artículo 9 de la LICC, y en los contratos entre ausentes, si el ente proponente fuera extranjero.²⁴

Se ejemplifica, por lo tanto, la hipótesis usual de contratos de transporte internacional marítimos involucrando países signatarios de las Reglas de La Haya-Visby²⁵ y Brasil, que no lo es, así como países signatarios de las Reglas de Hamburgo y aún en el caso de transportes internacionales marítimos con salida y con destino de los Estados Unidos de América, en este caso bajo la cobija de las Reglas COGSA. En la hipótesis del contrato ser celebrado entre presentes, y en territorio brasileño, se aplicaría la legislación brasileña, no aceptándose el tenor de la Cláusula Paramount inserta en el BL. La misma regla sería aplicable en la hipótesis de contratos entre ausentes cuyo proponente tiene residencia en Brasil.

Contrario sensu, en la hipótesis de contratos entre presentes celebrado en el extranjero, y entre ausentes cuyo proponente reside en un país extranjero, el litigio podrá ser juzgado en Brasil por fuerza de los artículos 12 de la LICC y artículos 88 al 90 del CPC, aunque con aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, COGSA y Hamburgo, en los términos del BL y de la circunstancias fácticas.

Evidenciada la incidencia de la legislación brasileña, el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías será regido por principios generales atinentes a todos los contratos de transporte, estipulados en los artículos 730 al 733 y 743 al 756 del Código Civil brasileño (en adelante CC) y por legislaciones especiales y convenciones internacionales. Así, el CC efectivamente define las reglas básicas del contrato de transporte, ordenando mediante su artículo 732, que son aplicables a los contratos de transporte internacional, en general, los preceptos constantes de la legislación especial y de tratados y convenciones internacionales, desde que no contraríen las disposiciones del CC. Además, en Ordenamiento Jurídico interno, el conocimiento de embarque está previsto en los artículos 575 al 589 del Código Comercial (en adelante CCom) y en el Decreto 14.473/30 y Decreto 20.454/31.

24 Se atiene todavía al tenor del artículo 337 del CPC que impone la parte que alega derecho extranjero la carga de probar el tenor y vigencia. V. además el artículo 13 al 15 de la LICC.

25 Como regla, la gran mayoría de los BL's remite a la aplicabilidad de Haya Visby.



Sin embargo, habrá que referenciar, la cuestión extremadamente compleja y polémica relativa a la incidencia del Código de Defensa del Consumidor (en adelante CDC) en los contratos de transporte marítimo de mercancías, consonante análisis a seguir.

3. Responsabilidad del transportador marítimo en el derecho brasileño

Conforme el artículo 749 del CC, la obligación principal del transportador marítimo con el embarcador es conducir la cosa a su destino en el plazo ajustado, salvo hipótesis de impedimento, con la debida diligencia, tomando todas las cautelas necesarias para mantenerla en buen estado y entregarla en el plazo ajustado o previsto. La exégesis que emana del dispositivo en cuestión remite a la consagración de la obligación de indemnizar, sometido a los contratos de transporte. Se faculta al transportador a rechazar la mercancía envasada de manera inadecuada, de mercancías averiadas, de cargas peligrosas o aún una a nueva estiba con el fin de garantizar la seguridad del navío y de la mercancía.

El transportador deberá obligatoriamente rechazar las cosas cuyo transporte o comercialización no sean permitidos, o que no vengan acompañadas de los documentos exigidos por ley o reglamento²⁶.

La contratación de la estiba incumbe al transportador o al embarcador, en los términos del que fue acordado entre las partes. Se encargará al transportador la contratación de la estiba, si así hubiera sido acordado, o, entonces, se encargará al embarcador la contratación de la administración del puerto para la prestación de la estiba²⁷.

El capitán del barco es considerado el verdadero depositario de la carga y representante del armador a bordo, incluso debiendo ejercer fiscalización de las operaciones de carga y descarga, de forma eficiente, de acuerdo con las normas internacionales y locales de seguridad en vigor²⁸. Así, obliga al Capitán a proceder a la efectiva fiscalización de las operaciones de cargue y descargue, bajo pena de ser responsabilizado y responsabilizar, consecuentemente, el transportador²⁹.

26 Cf. CC, arts. 745 a 747.

27 v. Exoneración del transportador RT 601//140. En el sentido contrario RT 638/132.

28 El comandante es considerado depositario de la carga y de cualesquier efectos que recibir a bordo, y como tal tiene la obligación de su guardia, buen acondicionamiento y conservación y a su pronta entrega a la vista de los conocimientos. La responsabilidad del comandante a respecto de la carga comienza a correr desde el momento en que la recibe, y continua hasta el acto de su entrega en lugar que se hubiere convencido, o que estuviere en uso en el puerto de la descarga. (CCom, arts. 519, 586 e 587). Deberá el comandante transportar mercancías y cuidar de la carga en circunstancias normales y extraordinarias y entregar consignatario (C. Com, artículo 529).

29 El comandante responderá personalmente por todo el perjuicio que desde ahí pueda resultar. v. CCom, artículo 519.



Al recibir la mercancía, deberá el transportador emitir el BL³⁰ con la mención de los datos que la identifiquen, obedecido el dispuesto en ley especial, específicamente a los dispositivos contenidos en los artículos 575 al 589 del CCom y en el Decreto 14.473/30 y Decreto 20.454/31.

El BL original prueba el recibo de la mercancía y la obligación de entregarla en el lugar de destino. Se reputa como no escrita cualquier cláusula restrictiva, o modificativa, de esa prueba u obligación³¹. En el caso de que sean constatadas irregularidades en las mercancías o envase, deberá el armador, insertar reserva en el BL, pasando el documento a ser considerado, según la jerga, un *Unclean BL*, bajo la presunción de que dichas mercancías hayan sido recibidas en buena orden.

La responsabilidad civil del transportador por las pérdidas y averías en la carga es objetiva y por contrato en relación al embarcador. Se trata de una obligación de resultado. El derecho brasileño diferencia las averías de las pérdidas, en los términos de los artículos 9 y 10 del Decreto 50.876/61.

Por avería se comprende el deterioro, daño parcial o total de la mercancía. Pérdida es la desaparición de la mercancía por hurto, robo, extravío o cualquier otra causa con resultado idéntico³², y la responsabilidad del transportador es objetiva y por contrato, en relación al importador, estando el contrato reglado por el CC. En consecuencia, la carga de la prueba es del transportador que solamente se exonera de indemnizar en las hipótesis de excluyentes. También es admisible la responsabilidad del transportador por atrasos en la entrega de la mercancía, en caso de haber plazo establecido en el contrato y por los daños provenientes del no cumplimiento de las formalidades fiscales³³.

En teoría, se admite la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad del transportador. Con fundamento en el artículo 750 del CC, la responsabilidad del transportador es limitada al valor que conste en el BL.

Contrario sensu, no lo es oponible la cláusula de no indemnizar a los términos de la Súmula 161 del Supremo Tribunal Federal de Brasil³⁴.

30 "A falta de expedição do conhecimento do transporte, que tem finalidade probatória, não descaracteriza a existência de um contrato de transporte. (STJ., REsp. nº 50.471-6-RJ, DJU. 20.02.95).

31 El BL contendrá los requisitos determinados por el artículo 575 del CCom c/c artículo 2º, § 1º del Decreto 19.473/30. El BL es título a la orden; salvo cláusula al portador, incluida en el texto. Se considera original el conocimiento del cual no constarse la declaración de segunda vía u otra vía. Tales vías no pueden circular, siendo emitidas solamente para efectos enfrente de la empresa emisora. Cf. Dec. 19.473/30, artículo 1º

32 Durante el embarque la responsabilidad del transportador delante del embarcador es mantenida, aunque si las averías fueren causadas por la entidad estibadora, "capatazia" o por la entidad portuaria podrá el transportador resarcirse de los valores pagos a título de indemnización. En las averías y faltas ocurridas durante el viaje, el transportador es responsable y podrá socorrerse del seguro de responsabilidad civil.

33 v. CC, artículo 749.

34 La cláusula de exoneración de responsabilidad del transportador es reputada no escrita en los términos del artículo 1º. del Dec. 19.473/30, artículo 1º, 2.



Hay que referirse además, a la admisibilidad de la incidencia del CDC en los contratos de transporte marítimo, cuestión de demasiada polémica que será objeto de un análisis específico, pero que sin embargo, sin la intención de ser exhaustivo³⁵.

4. Incidencia del código de defensa del consumidor en el contrato de transporte internacional marítimo

En el derecho brasileño, la temática atinente al influjo del CDC en los contratos de transporte es marcada por discrepancias en el contexto jurisprudencial y doctrinario. No obstante, la extensa polémica alrededor de la temática, se destacan interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias que consideran admisible la incidencia del CDC en los contratos de transporte internacional marítimo.

De esta manera, la definición y exacta configuración de la relación de consumo es fundamental para evidenciar la aplicabilidad del CDC en el contrato de transporte. En efecto, el transportador marítimo asume el papel de suministrador, en los exactos términos del artículo 3 del CDC y del transporte marítimo, a priori, encaja como servicio, en los términos del segundo párrafo del mismo artículo.

La gran complejidad reside en el concepto de consumidor y a la interpretación del destinatario final. Consumidor, conforme concepto explicado en el artículo 2 del CDC es *“toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

Se deduce por la exégesis del artículo 2 del CDC, que el concepto de consumidor debe ser económico. La expresión destinatário final pretende demostrar que la relación entre las partes no hace parte de la cadena de producción. Aunque, la redacción del artículo 2 del CDC engendra dificultades de hermenéutica. A priori, aún sería admisible extender el concepto de consumidor hacia las empresas que utilizan los servicios de transporte.

De acuerdo con un análisis consolidado de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña, en el transporte de pasajeros, es casi unánime la tesis que propugna la aplicación del CDC en los contratos de transporte. Aunque, la misma unanimidad ya no se detecta en lo que concierne a los contratos de transporte marítimo de mercancías³⁶.

Habrà de subrayar que para la detección de divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que engendran exégesis diferenciadas del marco entre la relación de consumo y los contratos de transporte marítimo de mercancías, se destacan la teoría finalista y la teoría maximalista, analizadas más adelante, y que divergen esencialmente sobre la exacta amplitud del concepto de consumidor y destinatario final.

35 Para profundización en el tema cf. OCTAVIANO MARTINS, 2007, vol. II, passim.

36 Contra la incidencia del CDC confira SAMMARCO, 2005, p. 176-210. A favor V. PACHECO, 2002, passim.



En el derecho brasileño se destacan dos corrientes a respecto de la incidencia del CDC en los contratos de transportes marítimos: la corriente finalista y la maximalista.

4.1 Teoría finalista

La corriente finalista considera, en teoría, que la adquisición o uso de bien o servicio para el ejercicio de actividad económica, civil o empresarial quita el carácter del requisito esencial a la formación de la relación de consumo, cual sea, ser el consumidor el destinatario final de la fruición del bien. Con fundamento en los subsidios de la teoría finalista, se defiende una interpretación restrictiva al concepto de *destinatario final*.

Para la corriente finalista, la tutela del consumidor resulta de la vulnerabilidad del consumidor en las relaciones de consumo (CDC, artículo 4, I).

No obstante, se pueden advertir demasiadas interpretaciones divergentes acerca del exacto alcance del concepto de vulnerabilidad, prepondera la exégesis que sustenta deber ser la vulnerabilidad comprendida en el sentido técnico, jurídico y socioeconómico. Se infiere, por lo tanto, que tales sentidos importan en la configuración de no tener el consumidor conocimientos en relación a los aspectos jurídicos del negocio y sus repercusiones económicas además de no encontrarse, generalmente, en la misma condición social y económica del porteador, parte con la que negocia. Efectivamente, como regla, las conclusiones adoptadas por la teoría subjetiva o finalista están calcadas en los siguientes presupuestos: i) el concepto de consumidor debe ser subjetivo y mediado por el criterio económico y de la vulnerabilidad; ii) la expresión *destinatario final* debe ser interpretada de manera restrictiva.

En consecuencia, en la interpretación finalista, el consumidor debe ser aquel que ocupa un nicho específico de la estructura de mercado – de ultimar la actividad económica con la retirada de circulación (económica) del bien o servicio – pero la específica finalidad de consumirlo para suplir una necesidad personal o privada, y por lo tanto final; y no por la necesidad profesional o empresarial, de cuño instrumental, solamente.

Se infiere en el interior de la teoría finalista, que consumidor es el destinatario final en la cadena distributiva, el destinatario fáctico y económico del bien. En la contextualización del consumidor en tanto que destinatario fáctico, el producto debe ser retirado de la cadena de producción. Con referencia la configuración de destinatario económico, el bien no puede ser adquirido para revenda o uso profesional, pues él sería nuevamente un bien de producción cuyo precio estaría embutido en el valor final.

Así, para la caracterización de consumidor, no basta identificar el sujeto ser el adquirente o usuario destinatario final fáctico del bien o servicio. El consumidor debe también ser su destinatario final económico y romper la actividad económica con miras a atender la necesidad privada, personal, no pudiendo ser reutilizado, el bien o servicio, en el proceso productivo, aunque de forma indirecta.



Se deduce, por lo tanto, que para los defensores de la corriente finalista, no se considera que el bien o servicio adquirido sea revendido al consumidor (directo o por transformación, montaje o utilización) o simplemente agregado al establecimiento empresarial. La teoría sustenta que la utilización, directa o indirecta, en la actividad económica ejercida, quita la caracterización de la destinación o fruición final del bien, lo transformando en instrumento del ciclo productivo de otros bienes o servicios.

La interpretación de la teoría *ut supra*, considera el destinatario del producto en el eslabón de la cadena distributiva total, entendiendo que el transporte hace parte de este eslabón productivo.

La teoría finalista considera la destinación final del producto, y no el destino final del servicio de transporte. Bajo tal visión, el bien transportado y el servicio de transporte serán empleados en el desenvolvimiento de la actividad lucrativa y la circulación económica, y no se encierra en las manos de la persona física (profesional o empresario individual) o jurídica (sociedad simples o empresaria) que utilice del servicio de transporte marítimo de mercancías. Se entiende por tanto, tratarse de consumo intermediario y no-final y, para esta corriente, estarán excluidos de la protección del consumo.

Con base en la teoría finalista, el embarcador y consignatario, respectivamente, no son considerados *destinatario final*. En consecuencia, propugna por la no incidencia del CDC a los casos envolviendo contratos de transporte marítimo, alegando que estos no instrumentalizan relaciones de consumo.

4.2 Teoría maximalista

La teoría maximalista se despunta más amplia y pretende abarcar la mayor gama de relaciones contractuales posibles, ella marca como consumidor de forma irrestricta, toda la persona física o jurídica como merecedora de protección, sea ella no-profesional o profesional. La corriente maximalista no encuadra la vulnerabilidad como presupuesto ineludible.

La proyección maximalista propone, como regla, la inclusión de las personas jurídicas como consumidores de productos y servicios, aunque con la reserva de que así son entendidas aquellas como destinatarias finales de los productos y servicios que adquieren, para el desempeño de su actividad empresarial lucrativa.

A los maximalistas, no les importa para la definición del destinatario final del servicio de transporte lo que es hecho con el producto transportado.

En el caso, el servicio de transporte fue consumado con la llegada de la mercancía a su destino, terminando ahí la relación de consumo, establecida entre la transportadora y la empresa que la contrató. En esta medida, se infiere, esencialmente, la actividad de



transporte. Así, en el ámbito de la teoría maximalista el embarcador y consignatario pueden ser considerados destinatarios³⁷.

La gran crítica a esta teoría reside en el hecho de que no confiere protección solamente a la parte vulnerable, sino a todos aquellos que utilizaran el producto. No obstante, la existencia de algunas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que propugnan por la admisibilidad de la incidencia del CDC en los contratos de transporte marítimo de mercancías, debe dejarse constancia de que esta tendencia no vendrá a prosperar si hubiere avance en el proceso de armonización de las normas del MERCOSUR, conforme se observará en el tópico a seguir.

4.3 Los reflejos de la incidencia del código de defensa del consumidor en el contrato de transporte marítimo de mercancías

Aceptada la existencia de relación de consumo en los contratos de transporte marítimo de mercancías hay que referirse las consecuencias de la normativa, en esencial en lo que concierne: i) responsabilidad civil; ii) cláusulas limitativas de responsabilidad; iii) cláusulas abusivas y cláusulas restrictivas; iv) cláusula de no indemnizar; v) derecho de reclamar y prescripción; y finalmente viii) foro competente.

4.3.1 Responsabilidad civil del transportador

El artículo 14 del CDC consagra la responsabilidad objetiva del suministrador. La responsabilidad objetiva preconizada en el artículo 14 del CDC es aquella del riesgo integral y no ampara la responsabilidad concurrente.

Hay que destacar, por oportuno, la clasificación doctrinaria que diferencia el abastecimiento adulterado, peligroso y defectuoso. En el suministro viciado no hay daño considerable al consumidor. El producto o servicio presenta impropiedad inocua. En el suministro peligroso, de la utilización del producto o servicio deriva un daño motivado por la insuficiencia o inadecuación de las informaciones prestadas.

En la concepción del suministro defectuoso: hay daño derivado de la impropiedad o defecto en la concepción, ejecución o comercialización del producto o servicio. Se nota, por tanto, que en el suministro peligroso, tanto como el defectuoso, hay daño a la salud, integridad física o interés económico del consumidor.³⁸

³⁷ V. PACHECO (2002, p. 311), a favor de la incidencia del CDC de manera independiente de ser acatada la tesis maximalista.

³⁸ v. RIZZATO NUNES (2000, p. 156-157) e CDC, artículo 20 e 21.



El servicio es defectuoso cuando no suministra la seguridad que su consumidor debe esperar, tomando en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales: I – el modo de su suministro; II – el resultado y los riesgos que, de modo razonable, de él se esperan y III – la época en que fue suministrado (CDC, artículo 14).

En sede de contrato de transporte marítimo de mercancías, la gran mayoría de las cuestiones versa sobre el suministro defectuoso. En conformidad con la sistemática de la responsabilidad objetiva adoptada en la norma supra, deberá el consumidor demostrar el nexo de causalidad del daño, la acción u omisión del agente y la impropiedad del servicio³⁹. Es admisible, con todo, la inversión del encargo de la prueba (cf. artículo 6, VIII del CDC)⁴⁰.

Las excluyentes de responsabilidad del suministrador están tipificadas en el artículo 14, § 3° del CDC. El suministrador sólo no será responsabilizado cuando probar: i) que, teniendo prestado el servicio, el defecto no existe; ii) la culpa exclusiva del consumidor o de tercero.

Se atente que el § 3° del artículo 12 utiliza el adverbio só (sólo en castellano). Por tanto, el rol de excluyente es taxativo, y no autoriza la inclusión de caso fortuito y fuerza mayor. Se infiere que el riesgo del porteador es mismo integral, tanto que la ley no prevé como excluyente del deber de indemnizar, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Evidenciada, por tanto, la exclusión de la hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor de entre las excluyentes de responsabilidad civil del porteador⁴¹, hipótesis que encontrarían respaldo en el artículo 393 del CC.

No obstante tales consideraciones, algunas hipótesis han sido reconocidas para exonerar la responsabilidad del prestador de servicios. Tales hipótesis vienen se encuadrando en el contexto de “caso fortuito externo” que si refleja en vicio inevitable que ocurre después que el servicio ha sido puesto a la disposición del consumidor.

4.3.2 Cláusulas limitativas de responsabilidad

El principio de la transparencia consagra uno de los preceptos básicos de la relación de consumo. De conformidad con tal principio, el consumidor debe ser informado de la exacta extensión de las obligaciones de las partes y otras informaciones técnicas (CDC, artículo 6, III).⁴²

39 La responsabilidad de los profesionales liberales es subjetiva. V. CDC, artículo 14, § 4°.

40 La noción de facto del producto o servicio, también llamado de accidente de consumo, es el evento dañino verificado en la prestación de servicio.

41 A respecto de caso fortuito o fuerza mayor como excluyente de responsabilidad del transportador v. RT 718/148.

42 Se atente, además, para el principio de la irrenunciable de derechos. Son nulas las cláusulas restrictivas de derecho del consumidor (CDC, art, 51).



Las cláusulas limitativas de derecho del consumidor deberán ser redactadas con realce, permitiendo su inmediata y fácil comprensión. Son inadmisibles las cláusulas restrictivas del derecho sin el debido destaque de modo a llamar la atención del consumidor para las estipulaciones desventajosas, en el nombre de la buena fe que debe presidir las relaciones de consumo, bajo pena de no obligar el consumidor (artículos 46 y 54, § 4, del CDC).⁴³

En lo que abarca la redacción de los instrumentos contractuales, hay que atentarse para el dispuesto en el artículo 46 del CDC que determina que los instrumentos no obligarán a los consumidores si fueron redactados de manera que dificulte la comprensión de su sentido y alcance. El artículo 46 del CDC trae una manifestación específica del principio de la transparencia al garantizar la exoneración de los consumidores en lo que respecta a las cláusulas contractuales que no fueron adecuadas y antes presentadas o formuladas de tal modo a dificultar la comprensión.

Como regla, y pese a argumentos al contrario, se entiende que los contratos de transporte marítimo son evidenciados por el BL que es considerado instrumento de adhesión. Considerado el influjo del CDC, en los contratos de adhesión escritos deberán ser redactados en términos claros y con caracteres ostensivos y legibles, de modo a facilitar su comprensión por el consumidor consonante al dispuesto en el artículo 54, § 3 del CDC.

A respecto de la interpretación de las cláusulas de contratos de adhesión, los dispositivos del CDC y del CC están en sintonía. El artículo 423 del CC preceptúa que, en habiendo cláusulas ambiguas o contradictorias, se deberá adoptar la interpretación más favorable al adherente⁴⁴. En el mismo sentido, el artículo 47 del CDC ampara la interpretación más favorable al consumidor.

Se entiende, por lo tanto, que las cláusulas que permitan al porteador alterar las condiciones del negocio o del precio de suministro de manera unilateral, directa o indirecta, son consideradas abusivas y inválidas (CDC, artículo 51, X y XIII). Ese tipo de cláusulas no se permite medir de manera exacta por parte del consumidor de las obligaciones asumidas por él en el contrato, haciendo daño así, al principio de la transparencia.

⁴³ CDC, artículo 54, § 4, in verbis: “Artículo 54, § 4º: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. En los términos del CC, artículo 424 son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente al derecho que resulta de la naturaleza del negocio

⁴⁴ V. RT 142/620 e 194/709.



4.3.3 Cláusulas abusivas y cláusulas restrictivas

El artículo 51 del CDC enumera las hipótesis⁴⁵ de cláusulas contractuales abusivas, disponiendo la nulidad de pleno derecho de las mismas.

Sin embargo, habrá que expresar, que no se deben confundir cláusulas abusivas, nulas de pleno derecho (CDC, artículo 51), con cláusulas restrictivas, limitativas (CDC, artículo 54, § 4), plenamente validas, salvo si consideradas abusivas.

De esta forma, el hecho de que las cláusulas sean limitativas o restrictivas no las transforma, por sí, viciadas o inválidas. Las cláusulas restrictivas/limitativas, así como las demás cláusulas contractuales, serán nulas si consideradas abusivas. En la esfera de esta fundamentación, las cláusulas limitativas no puestas de relieve, permitiendo su inmediata y fácil comprensión serán nulas.⁴⁶

4.3.4 Cláusula de no indemnizar

El artículo 51, I del CDC preconiza que serán nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que imposibiliten, exoneren o atenúen la responsabilidad del porteador por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios o impliquen en renuncia o disposición de derechos.

Se infiere, respecto a este aspecto, que el derecho brasileño, independientemente de la incidencia del CDC, no admite las cláusulas eximentes de responsabilidad.

4.3.5 Derecho de reclamar y prescripción

El servicio de transporte no es durable. El derecho de reclamación debe ser ejercido en el plazo de 30 días (cf. CDC, artículo 26, I).

El plazo de prescripción de la pretensión para la reparación de los daños causados por hecho del servicio es de cinco años, en consonancia con el artículo 27 del CDC, iniciándose la cuenta del plazo a partir del conocimiento del daño y de su autoría.

Se evidencia, entretanto, que bajo la égida del Decreto-ley 116/67, las acciones por extravío de la carga, bien como las acciones por falta de contenido, disminución, pérdidas y averías o daños a la carga prescriben en un año, contados de la fecha del término de la descarga del navío transportador.

45 Se trata de rol ejemplificativo y no taxativo.

46 V. CC, artículo 424.



Existen interpretaciones que propugnan, no obstante acatarse la incidencia del CDC, que prevalece la prescripción anual debido al principio de la especialidad derivado del Decreto-ley 116/67. En sentido contrario, se destacan orientaciones pretorianas del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que consagran la prescripción quinquenal, en los términos del artículo 27 del CDC.

4.3.6 Foro Competente

Con fundamento en el artículo 101 del CDC, en la acción de responsabilidad civil del porteador de productos y servicios, la acción tendrá foro en el lugar del domicilio del proponente afectado.

4.4 Mercosur: El Protocolo De Santa Maria Y Las Relaciones De Consumo Decorrientes De Contratos De Transporte

En 26 de marzo de 1991 fue firmado el Tratado de Asunción (Tratado para la constitución del Mercosur) por los presidentes de Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay y sus respectivos ministros de Relaciones Exteriores⁴⁷

El proceso del Mercosur se encuentra en fase integracionista de carácter mixto. Avanza con los Miembros Socios para la conformación de una Unión Aduanera – sin embargo imperfecta – tensando la consolidación de un Mercado Común. Concomitante, para los Miembros Políticos, vigora una zona de libre comercio.

La conformación de un proceso de integración retratado en un Mercado Común englobaría, entre otras medidas, preceptos caracterizadores de la integración económica, que configuran la estructura del mercado común, denominados de cinco libertades: libre circulación de bienes, personas y capital; libre prestación de servicio y libre establecimiento y libertad de competencia.

Aunque las medidas relativas a la consolidación de un Mercado Común no se agotarían en la concesión de las cinco libertades, pues se configura imprescindible la coordinación o hasta la unificación de las políticas nacionales y de las respectivas legislaciones.⁴⁸

En el aspecto económico y político, la consolidación de un Mercado Común proporcionaría coordinación y armonización de las políticas macroeconómicas (política cambiaria, monetaria y fiscal) y de microeconómicas o sectoriales.

47 Firmado en 26.03.1990, promulgado en Brasil por el Decreto 350/91. Se destaca, todavía, que la Carta de Ratificación del Tratado fue depositada por el Brasil en octubre de 1991. El Tratado de Asunción entró en vigor, internacionalmente, en 29 de noviembre del 1991, con el depósito de las ratificaciones necesarias.

48 En este contexto, son abolidas no solamente las restricciones sobre los productos negociados, pero también las restricciones a los factores productivos (trabajo y capital).



En el aspecto jurídico, sería relevante conciliar las normas vigentes de modo a eliminar o por lo menos minimizar puntos de conflicto que inducen a favorecer en lo local, distorsionando los reales padrones de concurrencia económica⁴⁹. Entre tales aspectos, sin duda, se insertan las reglas relativas al transporte y el CDC.

Específicamente al transporte, la normativa Mercosur viene avanzando significativamente.

Lo que corresponde a la normativa de consumo, fue firmado el Protocolo de Santa María (en adelante PSM) sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, en 22 de noviembre de 1996 (MERCOSUR/CMC/DEC 10/96)⁵⁰ definiendo principios acerca de la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, construyendo la base para la institución del Reglamento Común Mercosur de Defensa del Consumidor. En los términos del PSM, quedó expresamente establecido el artículo 1, punto 2, que trata de las relaciones de consumo alcanzadas por la norma, que “quedan excluidas de las relaciones de consumo las derivadas de contratos de transporte”.

Consonantemente en el PSM fueron instituidas definiciones de consumidor, suministrador, relaciones de consumo, producto y servicios. En los términos del artículo 1 del PSM, no se considera consumidor el usuario que, sin constituirse como destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos a los procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios.

La decisión del Consejo del Mercado Común 10/96 todavía no se halla en vigor, por se tratar de una norma heteronormativa y que depende, por tanto, de incorporación e internalización por parte de los Estados miembros. Las normas del Mercosur pueden o no necesitar ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, conforme el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto (POP).⁵¹

La obligación de incorporar la normativa Mercosur a los derechos internos de los Estados miembros constituye una obligación de hacer, que conduce a responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento. En este sentido, la jurisprudencia de los

49 Se trata, en última instancia, de consolidar la armonización del “derecho-cuesto.” El derecho se enumera entre los ítems que interfieren sobremanera en el costo de la actividad empresarial. Las obligaciones jurídicas generan efectos que obligan al empresario a reevaluar sus cálculos. Es de primordial importancia la revisión de las legislaciones relacionadas a la actividad económica que repercuten en la formación del precio.

50 Ver http://www.oas.org/dil/esp/cidip_viii_propuestas_protocolo_de_santamaria_argentina.pdf

51 La vigencia simultánea de las normas en todos los Estados-Partes del Mercosur (EPM) está definida en las reglas del artículo 40 del POP. Regla general, las deliberaciones emanadas de las OI se clasifican en: i) normas auto-regladoras o autonormativas: los efectos de los actos normativos se irradian en el interior del orden jurídico de la OI, visando completar o perfeccionar su ordenamiento jurídico OI; y ii) normas heteronormativas: efectos alcanzan el exterior de la OI, pudiendo afectar otros sujetos internacionales. En el Mercosur son detectadas las dos especies de normas. Las normas autonormativas son auto-aplicables en el interior de la OI, dispensando de procedimiento de incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados-Partes. Las normas heteronormativas necesitan ser incorporadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados-Partes, de vez que sus efectos atingen al exterior del Mercosur y afectan los Estados.



Tribunales Arbitrales *ad hoc* del Mercosur vienen considerando que “debido a la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa, nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento trae consigo responsabilidad internacional del Estado incumplidor con relación a los Estados que sí lo cumplieran.

Así, mientras las normas son vinculantes para los Estados miembros, mismo que no hayan entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, aquella de incorporarse al derecho interno, y una obligación de no hacer, aquella de no adoptar medidas que por su naturaleza se oponga o frustre el propósito de la norma aprobada pero todavía no incorporada⁵².

Así siendo, la incorporación del PSM es obligatoria y deberá encerrar la discusión alrededor del tema y decidirse por se no aplicarse el uso del CDC en los contratos de transporte.

52 A respecto de la obligatoriedad de incorporación de las normas por los Estados-Partes, se destaca el Séptimo Tribunal Arbitral del Mercosur que condenó Brasil por el no-cumplimiento de la obligación impuesta en los arts. 38 y 40 del POP, en razón de la no-incorporación de normas del Mercosur en tiempo razonable. Cf. Laudo Arbitral 7, Considerando 117.



Bibliografía

- Araújo, Nadia de. *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosur e Convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Araújo, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- Baptista, Luis Olavo. *Dos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Baptista, Luis Olavo. *Advocacia nas negociações internacionais*. *Revista de Direito Público*, n. 78, ar./jun. 1986, p. 195.
- Basso, Maristela. *A autonomia de vontade nos contratos internacionais do comércio in Direito e Comércio Internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. In: Baptista, Luiz Olavo. São Paulo: LTr, 1.994,
- Basso, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- Calabuig, Rosário Espinosa. *El Contrato Internacional de Transporte Marítimo de Mercancías: cuestiones de Ley aplicable*. Granada: Comares, 1999.
- _____. *Resolución de controversias y derecho aplicable en el transporte marítimo internacional: el caso de la Unión Europea*. In: CASTRO Junior, Osvaldo Agripino. *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. Vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 433-466.
- Castro Junior, Osvaldo Agripino de (org.). *Temas atuais de direito do comercio internacional*. v.2. Florianópolis: oab-sc Editora, 2005. 433-466.
- Hill, Christopher. *Maritime law*. Sixth edition. London: Lloyd´s of London Press Limited (LLP), 2003.
- Lagarde, Paul. *Le dépeçage dans le droit internationale privé des contrats*, En: *Rivista di Diritto Internazionale e Processuale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1975, N° 4.
- Mendonça, Fernando. *Direito dos Transportes*. 2ª ed. S.Paulo. Saraiva, 1990.
- Nascimento, M. L. J. *A incorporação das normas do Mercosur aos ordenamentos jurídicos dos estados-membros*. Curitiba: Juruá, 2004. 275 p.



Octaviano Martins, Eliane M. Curso de direito marítimo. Vol. I. 3ª e vol II. Ed. Barueri: Manole, 2008.

Pacheco, Paulo Henrique Cremonese. Do Código do consumidor: aspectos relevantes ao direito marítimo e ao direito do seguro. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo. v.5 n.10 jul/dez 2002.

Posenato, Naiara. “A prestação característica na convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de Roma de 19 de junho de 1980”. In: castro Junior, Osvaldo Agripino. Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. v.2. Florianópolis, oab - sc Editora, 2005.

Rizzato Nunes, Luiz Antonio. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000. 716 p.

Sammarco, Marcus Vinicius de Lucena. Transporte de carga: o conflito entre as normas especiais e as normas do código de defesa do consumidor e os limites da sub-rogação da seguradora. Revista de direito do consumidor. no. 55, jul/set/2005, p. 177-198.

Strenger, Irineu. La notion de Lex Mercatoria em droit de commerce international. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International 227, 1991. p. 209-335

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil. III 3a. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003. 662 p.

Vieira, Guilherme Bergmann Borges. Transporte Internacional de Cargas. São Paulo, Editora Aduaneiras, 2001.

Wolff, Martín. Derecho internacional privado. 2.ed. Barcelona, Bosch, 1958.



LA ARBITRABILIDAD EN EL NUEVO ESTATUTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

✉ Por: Ana Isabel Loaiza Zapata¹

Resumen

En el ámbito del derecho comercial internacional pueden identificarse diversos elementos que inciden en su aplicación; entre estos se encuentra el arbitraje y junto con el concepto de arbitrabilidad, entendida como aquellos criterios que han de ser aplicados para determinar qué materias pueden ser objeto de arbitraje.

No obstante, este concepto, no consigue ser ajustado de manera exacta y universal en el ámbito del derecho. Prueba de lo anterior, se puede encontrar en el Nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia, debido a que en esta ley no se delimita de manera exacta el concepto de arbitrabilidad, y en consecuencia, se da lugar a la tendencia pro arbitraje en la legislación colombiana. Así mismo, en el ámbito internacional tampoco se establece una limitación de estos criterios, lo que en suma, da lugar que dicho concepto, en principio pueda ser asumido con total autonomía.

Sin embargo, habrán situaciones que exigen una delimitación más clara de la arbitrabilidad, y es así como entra a participar la configuración de la competencia en materia de arbitraje, en cabeza del legislador; como también el tema del orden público internacional en la ley, supeditado a las acciones de anulabilidad y reconocimiento del laudo arbitral.

¹ Estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho. Universidad EAFIT (Medellín-Colombia). Email: aloaiza3@eafit.edu.co



Palabras claves

Arbitraje comercial internacional, arbitrabilidad, orden público internacional, Estatuto de Arbitraje Internacional, reconocimiento del laudo arbitral, anulabilidad del laudo arbitral.

Abstract

In the international commercial legal environment, there are several elements that are involved in its operations, including arbitration and arbitrability, which is understood as the criteria used to determine whether specific subjects are eligible for arbitration.

However, arbitrability cannot be applied in a universal and exact manner in the legal environment. Proof of this can be found in the Nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia (New Statute of International Arbitration in Colombia), due to the fact that this law does not clearly establish arbitrability. As a result, there is a pro arbitration tendency in Colombian law. In a similar manner, the international environment does not clearly delineate these criteria, which basically leads to total autonomy.

There will be situations that demand a clear delineation of arbitrability, and this leads to issues such as the configuration of the required competence of the arbitrator in the corresponding field, which is determined by the legislator; and public policy issues in international law, which are subject to the recognition of awards, and refusing recognition of awards.

Key Words

International commercial arbitration, arbitrability, international public policy, New Statute of International Arbitration in Colombia, recognition of awards, refusing recognition of awards.



En el marco del derecho comercial internacional, y específicamente en lo que respecta al arbitraje internacional, se presentan materias que suscitan discusión como consecuencia de su falta de delimitación en la legislación interna. En el caso Colombiano, el tema de la arbitrabilidad es problemático, ya que en el ordenamiento jurídico, leyes como la 1563 de 2012, no establecen límites definidos para dicho concepto.

En consecuencia, a lo largo de este texto se presentarán argumentos por los cuales se sostiene que la arbitrabilidad al no ser enmarcada, en principio, por unos límites claros, da lugar a sostener que el legislador otorga autonomía a las partes para determinar las materias que serán susceptibles de ser objeto del arbitraje internacional. Sin embargo, como resultado de un análisis legal y jurisprudencial, salen a flote materias que comienzan a desempeñar una función limitante al concepto de arbitrabilidad. Entre estas, el orden público internacional supeditado a la anulabilidad y reconocimiento de laudos arbitrales.

Para finalizar, se ejemplificarán los temas del arbitraje comercial internacional y el orden público internacional, a través del caso de la insolvencia transfronteriza; y así de manera posterior, dar lugar a las consideraciones finales.

La arbitrabilidad y su alcance en el marco del arbitraje comercial internacional

En una aproximación al concepto de arbitrabilidad, es importante indagar en primer lugar, sobre la pertinencia del concepto de arbitraje en la Constitución Política de 1991, gracias a lo consagrado en el artículo 116:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley²”

En este orden de ideas, ha de afirmarse que en virtud del acuerdo de voluntades entre las partes, los árbitros tienen la expresa facultad para conocer y resolver un conflicto determinado; que si bien puede ser decidido por la justicia estatal, las partes otorgan competencia a estos particulares para que den solución a sus disputas. En otras palabras, y como lo afirma la Corte Constitucional,

“El arbitraje es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las

2 Constitución Política de Colombia, art. 116



partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte".³

Entendido y fundamentado el concepto de arbitraje, puede darse lugar a la noción de arbitrabilidad, puesto que ambos temas guardan estrecha relación.

El concepto de arbitrabilidad, puede ser entendido en dos sentidos. Por un lado se habla de arbitrabilidad objetiva, esto es “los criterios que han de ser aplicados para determinar qué materias pueden ser objeto de arbitraje”. Sin embargo, también se habla de arbitrabilidad subjetiva, la cual es entendida como la determinación de aquellas personas que tienen la facultad de habilitar a los árbitros.⁴

Con base en lo anterior y en aras de delimitar el desarrollo del tema, se hará mayor énfasis sobre concepto de arbitrabilidad objetiva, y de manera particular, en el ámbito del comercio internacional. Por esto, es necesario traer a colación la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, además de otras disposiciones. En este, si bien se hace clara definición de lo que es el acuerdo de arbitraje – entendido como el convenio a través del cual las partes determinan cuáles serán las controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, en virtud de una determinada relación jurídica⁵- no se hace una delimitación expresa o taxativa, de las materias o temas que pueden ser o no objeto de arbitraje.

La ley 1563 de 2012, al no definir aquello que puede o no puede ser sometido a arbitraje, podría interpretarse como un reconocimiento al principio y tendencia internacional del pro arbitraje. Con base en una lectura detallada, puede afirmarse que esta disposición normativa amplía el concepto de arbitrabilidad, pues al enunciar en el artículo 69 que “el acuerdo de arbitraje es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica”⁶, permite que dentro de sus múltiples interpretaciones, el concepto en cuestión pueda ser asumido en total autonomía.

De igual manera, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial, tampoco enuncia en su articulado, criterios para determinar las materias sobre las que podrá versar el arbitraje. Es decir, a pesar de traer en el desarrollo del texto, disposiciones generales como el ámbito

3 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, Sentencia C-330 de 2000, Ref: exp. D-2504., 22 de Marzo de 2000, p. 1

4 Felipe Suescún de Roa, “Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento”, Revista de Derecho privado N.º 44 (Julio - Diciembre de 2010), [en línea], disponible en: http://derecho-privado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&id=10%3ARevista_44&Itemid=16&lang=es, consulta:

5 Congreso de la República, Ley, Ley 1563 de 2012 Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones., Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012, art. 69, p. 19

6 *Ibíd.*



y reglas de aplicación; así como la definición y forma del acuerdo de arbitraje⁷; esta ley no consagra el concepto de arbitrabilidad objetiva en su contenido, lo que da paso a concluir que no hay una restricción en lo que respecta a este tema.

Ahora bien, a pesar de encontrar este escenario favorable para la arbitrabilidad objetiva, también existe la otra cara de la moneda; y ésta se hace visible al afrontar las disposiciones de la Ley 1258 de 2008 “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”. La cual, presenta el primer límite a la arbitrabilidad, ya que al modificar de manera expresa el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, se determina que el legislador es quien está facultado para otorgar competencia respecto a la materia de arbitramento, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales que integran el debido proceso.⁸ De igual manera, y con el fin de dar mayor precisión a esta idea, la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 2010 indica que,

*El legislador ordinario, entonces, tiene libertad de configuración competencial en materia de arbitramento, sometido exclusivamente a los nuevos parámetros estatutarios contenidos en la ley 1285 de 2009 y a los constitucionales referidos a los derechos fundamentales y el debido proceso. Además, por la naturaleza consensual de los MASC, de todos sin excepción, las materias de que pueden ocuparse no pueden exceder el límite de la autonomía de la voluntad.*⁹

A su vez, y como es referenciado en esta misma providencia, la Corte Constitucional con anterioridad ha tomado parte en el asunto del límite material del arbitramento, al indicar que no toda cuestión materia de controversia, es susceptible de ser resuelta en un tribunal de arbitramento; por lo cual, expresa que debe realizarse un análisis previo de los derechos en conflicto, evaluando su carácter transigible previamente determinado por el legislador.

“En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. (...) Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición - Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.”¹⁰

Así mismo, y como un límite más a la arbitrabilidad, es posible remitirse a los artículos 15 y 16 del código civil, donde se indica que las partes tienen la facultad de renunciar a los dere-

7 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985

8 Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 1258 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, Diario Oficial No. 47.240, 22 de Enero de 2009, art. 6.

9 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref: exp. Referencia: expediente D-7784, p. 19-20

10 Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001, citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref: exp. D-7784, p. 19-20.



chos conferidos por las leyes, siempre y cuando no salgan de la esfera del interés individual del renunciante y no esté prohibido por las leyes¹¹. Seguido, indica la irrenunciabilidad de las normas públicas al ordenar la prohibición de derogar en virtud de convenios particulares, aquellas “*leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”¹². La justificación para remitirse a los anteriores artículos, deviene del hecho que, al hablar del pacto arbitral, es necesario extenderse hacia la esfera contractual y por consiguiente las partes no pueden celebrar este negocio jurídico, desatendiendo el orden público.

El concepto de orden público, a la hora de contemplar y profundizar en este tema que es el arbitraje y específicamente en la arbitrabilidad, se torna discutible y da lugar a una serie de acepciones. Por esto, es necesario enfocarnos en esta cuestión con el fin de brindar un análisis más claro, delimitado y concentrado de la arbitrabilidad.

La arbitrabilidad y el control del orden público internacional en la ley

Cuando se habla de orden público, se pueden encontrar tres momentos diferentes, los cuales tienen una determinada influencia en el tema de la arbitrabilidad.

En primer lugar, se presenta el orden público referido a la materia; es decir, como filtro a la hora de evaluar las materias susceptibles de ser objeto de arbitraje. La cuestión principal que se puede percibir del orden público en este momento y en general en el derecho, es su tendencia cambiante, “*la relatividad intrínseca que acompaña a su definición, así como de la dificultad de su delimitación jurídica*”¹³. De igual manera, se habla de una visible maleabilidad y de una noción “camaleónica”¹⁴ en lo que respecta al concepto de orden público. Esto, en virtud de su carácter interdisciplinar que le permite inmiscuirse en diversas esferas normativas; así también, como resultado de la falta de adhesión a una definición exacta, lo que permite que sea definido de múltiples maneras.¹⁵

En un segundo momento, el orden público se hace relevante en el control del laudo arbitral, y específicamente en la petición de nulidad como único recurso contra aquel. El artículo 34 de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial, establece que “*contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad*”¹⁶, por lo cual

11 Código Civil Colombiano, art. 15

12 Código Civil Colombiano, art. 16

13 GONZALO QUIROGA, Marta. Las Normas Imperativas y Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional. Madrid, 2000, h 816. Tesis Doctoral. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado.

14 William W. Park, “Arbitration of international business disputes. Studies in law and practice”, New York, Oxford University press Inc., 2006, p.15.

15 GONZALO QUIROGA, Marta. Las Normas Imperativas y Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional. Madrid, 2000, h 816. Tesis Doctoral. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado

16 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, art. 34, p. 17



aquel sólo podrá ser anulado, entre otras causales, cuando en tribunal indicado- el cual está determinado en el artículo 68 de la ley 1563 de 2012- compruebe que el laudo es contrario al orden público. En este orden de ideas, el juez competente deberá constatar si el laudo atenta contra el orden público internacional de Colombia, para lo cual será entonces necesario remitirse a la definición o, a la noción de este concepto, que de igual manera no cuenta con una precisión total como se espera.

En tercer lugar, el orden público ostenta un papel protagónico como mecanismo de control en el lugar del reconocimiento del laudo arbitral; es decir, en el momento en cual el juez va a proferir el exequátur. Por consiguiente, se debe traer a colación la Convención de Nueva York, la cual establece las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia, y entre una de ellas está, que dicho reconocimiento o ejecución contraría el orden público del país.¹⁷

En vista de lo anterior, nuevamente entra en juego el concepto de orden público internacional, y con ello la necesidad de demarcar su interpretación.

La sentencia del 27 de julio de 2012, brinda un desarrollo útil para este tema; pues en ésta, si bien se decide la solicitud de exequátur, también se evalúa el concepto de orden público. Lo primero que hay que anotar, es que respecto a estos casos de reconocimiento y anulación de un laudo arbitral, el juez no se debe basar de manera exclusiva en el concepto de orden público interno; en otras palabras, debe tener clara la diferencia entre “orden público interno” y “orden público internacional”. Esta distinción es importante, porque “de ello se desprende que en la jurisprudencia de muchos países una norma obligatoria de derecho interno no necesariamente prevalece en asuntos internacionales;¹⁸” en consecuencia, el juez se debe basar en el orden público internacional, el cual -según la corte suprema de justicia- *“se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas.”*¹⁹

Todo lo anterior, conlleva a afirmar sobre la existencia de un “espejismo” entre las causales de anulabilidad que trae la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y la Ley 1536 de 2012, con las causales de denegación del reconocimiento del laudo arbitral que consagra La Convención de Nueva York; siendo una de estas causales, el orden público.

17 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 5, 1985

18 Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia, Sentencia del 27 de Julio de 2011, Ref: exp. 11001-0203-000-2007-01956-00., 27 de Julio de 2011, p. 40

19 *Ibid.*, p. 46-47.



En este orden de ideas, puede concluirse que si bien, la arbitrabilidad en principio puede ser caracterizada como amplia; de igual manera, se enfrenta con el riesgo a ser limitada gracias a la anulabilidad y denegación del reconocimiento del laudo arbitral, con fundamento en el orden público.

Arbitraje comercial internacional, orden público e insolvencia transfronteriza

Con base en el desarrollo anterior, se puede dar un paso más con el fin de indagar sobre el comportamiento de estos conceptos en el arbitraje comercial internacional; es decir, examinar de manera particular una cuestión concerniente al arbitraje comercial internacional, como lo es la insolvencia transfronteriza.

En el caso hipotético en el que una persona con nacionalidad de país X celebra un contrato internacional con un Colombiano, en el cual se pactó una cláusula compromisoria con sede en el país X, y vencido el plazo para el cumplimiento de este contrato, se encuentra que el colombiano está insolvente, por lo que no puede cumplir con la prestación que se obligó a cumplir. ¿Puede el nacional del país X, exigir el cumplimiento del contrato en su país, sede de arbitraje?, y ¿el colombiano podría oponer, frente al laudo arbitral, su situación de insolvente en ese arbitraje comercial internacional?

En principio, sí podría oponerse la situación de insolvencia frente a la cuestión descrita, ya que la condición en la que se encuentra el colombiano tiene un alto grado de proteccionismo, además de que es un asunto en donde el orden público toma un lugar visible, puesto que se vuelve a traer como un factor a tener en cuenta en el momento de la adopción de una medida por parte del tribunal; esto se confirma en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, al enunciar lo siguiente:

“Artículo 6. Excepción de orden público. Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.”²⁰

De igual manera la Ley 1116 de 2006, consagra esta excepción:

Artículo 91. Excepción de orden público. Nada de lo dispuesto en el presente Título impedirá que las autoridades colombianas competentes nieguen la adopción de una medida manifiestamente contraria al orden público de la República de Colombia.²¹

20 Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno, art. 6, 1997.

21 Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 1116 de 2006, Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006, art. 91, p. 57.



Sin embargo, el tema del orden público no puede constituir un argumento de primera mano, ya que en esta circunstancia no debe ignorarse o dejar a un lado, la ya enunciada tendencia pro arbitraje, en donde la arbitrabilidad toma parte nuevamente, y en consecuencia se abre la puerta a la noción de anulabilidad y denegación del reconocimiento del laudo arbitral, para así realizar un análisis posterior del orden público. Por consiguiente, se afirma que en cuanto a la petición de nulidad a favor del insolvente, no prima el análisis del orden público internacional colombiano, en vista de que la anulabilidad para el presente caso debe evaluarse conforme a las causales que rijan en el país sede de arbitraje. Empero, en lo que respecta al reconocimiento del laudo arbitral en Colombia, si merece contemplar de manera más basta, el tema del orden público.

Luego de dar esta mirada panorámica al tema del arbitraje comercial internacional a partir del desarrollo del concepto de arbitrabilidad, puede encontrarse en primer lugar, que este concepto resulta permisivo en cuanto a su amplitud y largo alcance en el ámbito del arbitraje internacional; esto, entre otras razones más, en virtud de la tendencia pro arbitraje que arroja el análisis de la legislación colombiana y de la normatividad internacional.

No obstante, puede concluirse también, que dicha amplitud comienza a verse delimitada, por la marcada presencia del concepto del orden público, y específicamente, del orden público internacional, el cual si bien no ha logrado ser definido de manera uniforme por la doctrina, desempeña sin lugar a dudas un papel fundamental a la hora de acercarnos a evaluar la materia susceptible de ser objeto de arbitraje.

Finalmente, puede deducirse que en última instancia el orden público internacional, realmente logra limitar la arbitrabilidad, pero bajo un análisis previo y exhaustivo de la anulabilidad y el reconocimiento del laudo arbitral.



Bibliografía

Código Civil Colombiano, art. 15

Código Civil Colombiano, art. 16

Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia, Sentencia del 27 de Julio de 2011, Ref: exp. 11001-0203-000-2007-01956-00., 27 de Julio de 2011

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, Sentencia C-098 de 2001, Ref: exp. D-3179., 31 de Enero de 2001.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, Sentencia C-330 de 2000, Ref: exp. D-2504., 22 de Marzo de 2000, p. 1

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref: exp. Referencia: expediente D-7784, p. 19-20

Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001, citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref: exp. D-7784, p. 19-20.

Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012, art. 69, p. 19

Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 1258 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, Diario Oficial No. 47.240, 22 de Enero de 2009, art. 6.

Constitución Política de Colombia, art. 116

Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, artículo 5, 1958.

Convención de Montevideo. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 1979.

Convención de Panamá. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975

Suescún de Roa Felipe, “Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento”, Revista de Derecho privado N.º 44 (Julio - Diciembre de 2010), [en línea], disponible en: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=10%](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=10%20)



Gonzalo Quiroga, Marta. Las Normas Imperativas y Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional. Madrid, 2000, h 816. Tesis Doctoral. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno, 1997

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985

Park William, "Arbitration of international business disputes. Studies in law and practice", New York, Oxford University press Inc., 2006, p.15.



PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, ARMONIZACIÓN Y FIRMAS DIGITALES

✉ Por: Juan Felipe Álvarez¹, Alejandro Mejía² y Daniel Piza.³

Abstract

El comercio electrónico ha tenido un auge desde finales de la década de 1990 hasta el día de hoy, lo cual ha llevado a los estados y entes reguladores a crear una miríada de intentos por determinar, legislar y regular tal actividad. Con todo el esfuerzo que conlleva esto, no obstante se han quedado cortos en la armonización de tales intentos. Las diferentes familias jurídicas a las que pertenecen y los diferentes enfoques tomados a la hora de realizar el intento de regulación han causado varias interpretaciones respecto al tema. Esas interpretaciones varían desde como definir una firma hasta como debe ser el enfoque al regular los medios electrónicos. En el texto a continuación se exponen algunos temas de interés referentes a la falta de armonización en el derecho referente al comercio electrónico, al igual que las fallas que tiene en aspectos de seguridad y certificación. Siendo estos dos últimos temas, aquellos en los cuales los diferentes entes reguladores han tenido mayor discrepancia en los intentos por legislar. También se hace mención al caso Colombiano y su forma particular de legislar las firmas digitales y las certificaciones, al igual que se hace referencia a varios documentos que han sido creados para la regulación de la materia.

1 Estudiante de último semestre de Negocios Internacionales. Universidad EAFIT (Medellín-Colombia), trabaja actualmente Helados La Fresita. Email: jalvar47@eafit.edu.co

2 Estudiante de cuarto semestre de Negocios Internacionales. Universidad EAFIT (Medellín-Colombia), además hace parte del grupo estudiantil AIESEC. Email: amejjag1@eafit.edu.co

3 Estudiante de séptimo semestre de Negocios Internacionales. Universidad EAFIT (Medellín-Colombia). Email: dpizzala@eafit.edu.co



E-commerce has been growing since the late 1990's up until today, which have caused states and regulatory bodies to create a myriad of attempts to determine, legislate and regulate such activity. With all the effort it carries they have fell short at harmonizing those attempts. The different legal families from which they belong and the different focuses at the moment of actually create a regulation have caused several interpretations of the same subject. Such interpretations vary from how to define to a digital signature to how should it be the approach when regulating electronic commerce. The following text shows some interesting topics referent to the lack of harmonization in e-commerce law as well as the flaws it has in the matters of security and certification. These last two topics being the main subjects which the different regulatory bodies have failed to agree on a consensus. It also mentions the Colombian case and its particular form of legislate digital signatures and certifications as well as mentioning several documents which have been created in order to regulate the subject.

Palabras Clave

Comercio Electrónico, Derecho Internacional, UNCITRAL, Firmas Digitales

Key Words

Electronic Commerce, International Law, UNCITRAL, Digital Signatures.

Introducción

Para nadie es un misterio que el mundo esta atravesando por un proceso de globalización donde se generan cambios significativos en la forma de actuar de las personas, compañías y hasta países. El uso de elementos informáticos para el desarrollo diario de nuestras vidas ha creado una sociedad necesitada del valor agregado que las tecnologías de la información aportan a desarrollarnos en las actividades diarias.

Esta información es utilizada por las grandes empresas para acceder de forma más fácil y eficiente a los clientes, proveedores y demás participantes de su actividad empresarial. Estas tecnologías han llevado a generar modificaciones en la forma tradicional como las empresas hacen sus negocios. Por esta razón es bastante común ver que estén aprovechando cada vez más los desarrollos tecnológicos para las negociaciones y en muchos casos dándole inicio al uso de los documentos electrónicos y así sustituir a los documentos tradicionales de papel.



La utilización de estas tecnologías para la comunicación constante y realización de distintos actos comerciales lleva a que se causen diferentes efectos legales, donde el estado y las leyes internacionales comienzan a jugar un papel importante para las implementaciones jurídicas a estas acciones.

Es importante recordar en la historia el acompañamiento que han jugado los estados en el desarrollo de las industrias y de los varios medios por los cuales ellos mejoran sus actividades. La regulación legal de estos medios ha ayudado a mejorar y dar claridad en su popularización social en el tiempo.

Con el continuo crecimiento del comercio electrónico en las transacciones comerciales actuales, sus características, entre las cuales se encuentra la facilidad de compra y la disponibilidad del servicio las veinticuatro horas⁴; empiezan a trazar la brecha que lo distingue de los métodos tradicionales de compraventa. Es ahí donde empieza a cuestionarse la reglamentación existente respecto del tema. El comercio ha sido una parte intrínseca del comportamiento humano, desde el trueque en las comunidades primitivas hasta el uso del papel moneda en los últimos siglos.⁵ Sin embargo, siempre se ha caracterizado por ser presencial, o en su defecto mediante tramitadores, actuando a favor de otra persona. Pero siempre ha sido entre personas compartiendo un espacio en común, negociando objetos tangibles en el caso de compraventa o un servicio el cual puede ser apreciado. La naturaleza poco cambiante del comercio ayudó que las costumbres mercantiles hayan sido implementadas, de ahí que una *Lex Mercatoria* fuese creada. Ahora, la misma naturaleza del comercio electrónico y su juventud, hace necesaria una nueva regulación, aunque basada en los mismos principios que dieron lugar a la *Lex Mercatoria* y la *moderna Lex Mercatoria*, es decir las prácticas y usos de los comerciantes se vuelven reglas de derecho aplicables.⁶

La creación de normas que regulen el comercio electrónico aunque de carácter importante para entes reguladores, ha tenido problemas para armonizarse. “Elementos que impiden la adaptación de las normas a la realidad Latinoamericana los siguientes: i) la terminología empleada; ii) la elección de la ley y la jurisdicción aplicable; iii) las entidades de certificación, y iv) la protección al consumidor, como el gran reto del legislador.”⁷ Tomando como ejemplo

4 Mamaghani, Farrokh, “AN INVESTIGATION OF FACTORS INFLUENCING E-COMMERCE.”, Business Source Complete EBSCO Host [base de datos en línea], artículo 76503853, internet, consultado: Octubre 2012

5 Roy Davies, “Origins of Money and Banking”, [en línea] disponible en: <http://projects.exeter.ac.uk/RDavies/arian/origins.html> consulta: 10 de Octubre de 2012

6 Martínez, William David Hernández “La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte. (Spanish)”, Fuente Académica Premier EBSCO Host [base de datos en línea], artículo 52427949, internet, consulta: Octubre de 2012.

7 Íbid.



la realidad latinoamericana, los impedimentos que acechan la armonización de la regulación en materia de comercio electrónico ilustran la dificultad de la tarea en cuestión. Tarea que se dificulta una vez se agregan más partes con interés de regulación. Cabe anotar que la labor se complica por la misma naturaleza de la regulación, expedir documentos en los cuales queden plasmadas guías para desarrollar la actividad, ámbitos de aplicación, y definición de conceptos.

Es en esta definición de conceptos donde los entes que intentan regular el comercio electrónico han encontrado mayor disparidad. Tomando como ejemplo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico⁸, la Acta Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos⁹. (La UETA es un acta propuesta por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) de los Estados Unidos en la cual se intenta proveer de reglas uniformes a los estados en materia de comercio electrónico.) y un “proyecto de Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas, caracterizado por sus disposiciones predominantemente autorregulatorias para los actores del comercio internacional”¹⁰. Se puede observar los diferentes lentes por los cuales se observa el comercio electrónico y como debe regularse. Los documentos Estadounidenses son de un carácter autorregulatorio, basado en la idea de que la red debería estar regulada por sus propios usuarios¹¹ mientras que las regulaciones basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI confían más en la regulación estatal para el control de la actividad comercial. Sólo este enfoque ya causa disparidades esenciales entre dos tipos de documentos enfocados al mismo objetivo. No es de extrañar que sea tan infructífera la labor de armonizar la regulación del comercio electrónico cuando no es posible acordar en el enfoque a tomar en la misma.

Sabiendo que los intentos de llegar a un acuerdo en como manejar la legislación del comercio electrónico no son neutrales sino que toman cada uno de su propia tradición jurídica y prácticas de los comerciantes y que poseen diferencias sustanciales que hacen de la estandarización una labor complicada, si es posible reunir elementos en común que, aunque cambien de una u otra forma se mantienen relativamente constantes.

Aquellos elementos son, como lo expone Smedinghoff requerimientos legales que deben existir para poderse crear transacciones tradicionales en un ambiente electrónico¹²

1. *La transacción es autorizada en forma electrónica?*
2. *El proceso electrónico resultará en un contrato válido?*

8 Naciones Unidas, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998, Nueva York, Naciones Unidas, 1999.

9 Estados Unidos, National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws, Uniform Electronic Transactions Act, Chicago, National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws, 1999.

10 Martínez, William David Hernández “La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte. (Spanish)” p.95, Fuente Académica Premier EBSCO Host [base de datos en línea], artículo 52427949, internet, consulta: Octubre de 2012.

11 Íbid. P.108

12 Smedinghoff, Thomas J., “Seven Key Legal Requirements for Creating Enforceable Electronic Transactions”, Legal Collection EBSCO Host [base de datos en línea], artículo 19088898, internet, consulta: Octubre de 2012



3. *Ha sido toda la información revelada?*
4. *Los archivos de la transacción están disponibles para todas las partes?*
5. *Ha sido usada una Firma electrónica válida?*
6. *Es la transacción confiable?*
7. *Han sido retenidos los apropiados archivos electrónicos?*¹³

Los dos primeros elementos que propone Smedinghoff deben de estar presentes en toda transacción electrónica que se haya realizado, de no cumplir con alguno de los dos primeros elementos, la acción no tendría validez jurídica, primero porque no está autorizada para llevarse a cabo por ese medio, perdiendo su existencia legal, se convierte en un escrito en el cual aunque se plasma la voluntad de las partes, contiene letra muerta sin ningún peso jurídico. Segundo, si el proceso electrónico no resulta en un contrato válido, las acciones previas, aunque autorizadas para llevarse a cabo de forma electrónica desembocarían en un acuerdo no válido, sería un contrato que pudo ser, pero el cual al no tener validez en su forma electrónica no es posible que se perfeccione.

En el caso colombiano, la ley prevé esto y le otorga validez a las comunicaciones electrónicas en la Ley 527 ¹⁴en la cual le da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos.¹⁵ También permite la creación de un contrato por medios electrónicos ya sea total o parcialmente¹⁶, además de reconocer los mensajes de datos como medios para manifestar la voluntad de las partes¹⁷. De esta manera se blindo a los mensajes de datos, y de igual manera al contrato electrónico, al otorgarles la misma validez jurídica que un mensaje convencional y un contrato convencional. Es de especial mención el hecho que la Ley 527 de 1999 está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, tomando de ella el reconocimiento jurídico de los medios electrónicos, por lo cual es válido asumir que otras leyes cuyo contenido haya sido basado en la Ley Modelo compartan tal reconocimiento.

Como se dijo anteriormente, estos elementos son comunes en los documentos que intentan regular el comercio electrónico, sin embargo varían dependiendo del documento en cuestión. Los elementos que varían son usualmente los últimos tres, aquellos relacionados con las firmas digitales, la confiabilidad de la transacción y la retención de los documentos. De los tres, las firmas digitales son el elemento que mas interpretaciones posee, y es por esta mis-

13 Íbid.

14 Colombia, Congreso de Colombia, Ley 527 de 1999 Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, Bogotá 18 de Agosto de 1999

15 . Ley 527 de 1999 art. 5 "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos."

16 Ley 527 de 1999 art 14 FORMACION Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

17 Ley 527 de 1999 art. 15



ma razón que la intención de unificar las regulaciones existentes han fallado. Bajo regulación estadounidense, siguiendo las guías propuestas por la UETA¹⁸ puede ser un nombre copiado al final de un correo, una imagen digitalizada de una firma escrita a mano, un sonido o el hacer click en un botón de “acepto”. La regulación cambia si se revisa la legislación colombiana bajo la ley 527 de 1999, en la cual una firma digital es libre de forma, en teoría, pues cualquier firma es aceptada si cumple algunos parámetros, los cuales son:

1. *Es única a la persona que la usa.*
2. *Es susceptible de ser verificada.*
3. *Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.*
4. *Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.*
5. *Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.*¹⁹

De los cinco puntos, tres permiten la libertad de forma de una firma digital, sin embargo el cuarto punto especifica que esté ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada. Esta característica es única de sólo un tipo de firmado digital disponible actualmente, Criptografía de Clave Pública, o Public Key Cryptography, en inglés. El sistema es el siguiente: El emisor del mensaje encripta su mensaje con su clave, el cual sólo lo pueden ver aquellos que tengan la clave pública; el proceso se completa cuando el emisor envía una versión corta del mensaje llamado *Hash* o *Hash value* y usa su clave para encriptar el *hash*, el *hash* encriptado es la firma digital. La firma digital entonces se adjunta al mensaje y ambos se envían al receptor. El receptor usa su clave pública para descifrar el *hash* incluido en el mensaje. Dado que la firma digital es única para ambos, el mensaje y la clave privada usado para crearlo, si el mensaje es cambiado en alguna manera, el *hash* o el *hash value* serán distintos.²⁰

Acá es cuando se llega a la problemática de la ley, pues aunque no lo establece literalmente, en la práctica sólo hay un medio de firmar digitalmente un documento en Colombia, mediante el uso de Criptografía de Clave Pública, el cual es sumamente engorroso, y el sistema demanda un continuo mantenimiento debido a la expiración de los certificados de las claves.²¹ Este método es incluso mencionado en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio de 2001 en la cual en el Título V, capítulo 8 se hace referencia a los estándares que deben ser usados al firmar digitalmente, en el párrafo b) “Para generación de par de claves: Un método de generación de claves privada y pública que garantice la unicidad y la imposibilidad de estar incurrido en situaciones contempladas en el artículo 16 del Decreto 1747 de 2000”²²

18 Thomas J. Smedinghoff, Op Cit p.7

19 Ley 527 de 199 Op Cit art. 28 Paragrafo.

20 Anjanette, Raymond, “Improving Confidence In Cross Border Electronic Commerce: Communication, Signature, and Authentication Devices”. Legal Collection EBSCO Host [base de datos en línea],Artículo 57268731 internet, consultado: Octubre 2012 p.27

21 Íbid.

22 Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única, *Diario Oficial*, Bogotá, 19 de Julio de 2001. Título V, cap. 8 par. b



La situación en torno a las firmas digitales lleva a realizar una pregunta, si los usos y prácticas de los comerciantes son una de las fuentes de las cuales se nutre el derecho en materia comercial, entonces por que no volver a la fuente inicial, y revisar las prácticas actuales de los mismos comerciantes. La misma ley Modelo de la CNUDMI en la cual se basa a ley 527 deja abierta la cuestión de las firmas y sólo hace el siguiente enunciado:

“Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y*
- b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.”²³*

El hecho de restringir la forma de firmar un documento digital hace que en los casos en los cuales se requiera de una firma digital se pierda la facilidad de los medios electrónicos y se opte por volver a usar medios convencionales. Como lo expone Anjanette en sus conclusiones, los comerciantes no están usando tecnologías de autenticación o firmas digitales²⁴. Los altos costos y la disponibilidad de la tecnología hacen parte íntegra de la decisión de los comerciantes de usar o no estas tecnologías, y en el caso Colombiano, al ser la única opción dispuesta por la ley el legislador se ve ante una encrucijada, pues al parecer la ley va en contra de las prácticas comunes de los comerciantes y la tecnología no va a acorde a la ley pues la misma legislación restringe otro tipo de tecnología disponible. Sin embargo las leyes actuales están lejos de dar una solución completa para los diferentes casos presentes en el ámbito comercial.

El problema de la seguridad y autenticidad del firmado no es algo evidente en el mundo tradicional del comercio, donde una firma es fácilmente atribuible a una persona, y existen autenticaciones notariales. Incluso si es requerido, se cuenta con la opción de atestiguar un documento. Sin embargo estas formas de aumentar la credibilidad de un documento son totalmente inexistentes en el ámbito electrónico donde las mismas ventajas que tiene el medio para muchos, se convierten en sus mayores desventajas. El anonimato y la facilidad de compra desde cualquier lugar del planeta hacen de las labores de reconocimiento y autenticación una tarea compleja que a pesar de todo debe de ser llevada a cabo para asegurar la fiabilidad de las transacciones.

²³ Ley Modelo CNUDMI Sobre Comercio Electrónico Op Cit. P.6 Art. 7. Firma.

²⁴ Anjanette,Raymond. Op Cit. P. 33



Problemas en la seguridad en el uso del comercio electrónico.

Otra de las grandes fallas actuales del comercio electrónico y sus regulaciones es sobre como garantizar la privacidad y seguridad a los diferentes usuarios de estos medios.

Para poder explicar este problema es importante dejar en claro las diferentes partes involucradas en los procesos de compra, venta y envíos de información.

Por un lado se tiene a los compradores que son las personas interesadas en adquirir algún bien o servicio, son los cuales que están en busca de diferente información u ofertas en internet con la intención de adquirir cosas específicas. También se encuentran los vendedores, aquellos que ofrecen estos bienes y servicios mediante medios electrónicos, los vendedores pueden ofertar sus productos o servicios mediante una oferta pública hecha en internet. Además del comprador y el vendedor se tienen los intermediarios que prestan el servicio de canal de comunicación y medios de pagos.

En los medios de pagos es importante resaltar la responsabilidad en la prestación de servicios que tienen los bancos, ya que se convierten en la herramienta principal a la hora de generar un pago, ya que se pierde toda la capacidad de interactuar físicamente con los elementos a negociar al utilizar internet, se encuentra en un medio donde se compra y se vende sin ver físicamente los objetos.

A la hora de generarse una comunicación entre el comprador y el vendedor, el intermediario tiene toda la información en su poder. Parte de la función del intermediario es garantizar la confidencialidad de todos los datos en transito. En el momento de realizar un pago por medios electrónicos es de obligatoriedad dar información privada del comprador como la dirección, nombre, apellido entre otros para así confirmar con quien se esta negociando.

En muchas ocasiones esta información puede ser alquilada o vendida por parte del proveedor del servicio a empresas enfocadas a la publicidad directa. Esto crea en bastantes usuarios la sensación de inseguridad al usar estos medios, sobre todo si se quiere tener privacidad en comprar objetos específicos para el negocio. Es común ver que las empresas busquen seguridad total a la hora de negociar, sobre todo si se trata de tecnología de punta para que la competencia no pueda prever sobre los proyectos futuros.

Hoy en día hay maneras para proteger la información en el momento de hacer pagos digitales a través del uso de “monederos electrónicos”. Estos monederos permiten hacer compras digitales anónimamente, sin embargo no son muy populares ya que inmediatamente el dinero real sea transformado a monedero electrónico, solo puede ser usada para compras electrónicas. Es una opción muy recomendada para usuarios que hacen mucho uso del internet para realizar compras en la web.

Entre los medios de pago ofrecidos por los bancos se encuentra el uso de tarjetas de crédito o debito para pagos electrónicos. Este es uno de los medios mas usados a nivel mundial ya que facilita significativamente los procesos de compras en línea.



Sin embargo entre los diferentes medios de pagos existentes el uso de las tarjetas es el de mayor riesgo ya que los usuarios necesitan dar mucha información privada, además de la clave y el usuario de la cuenta de la tarjeta.

Es importante resaltar que la creación de claves para las tarjetas no fue creado para el uso de internet, por esta razón se convirtió en un elemento de fácil rastreo por personas que tengan un poco de conocimiento sobre el funcionamiento de internet.

El número creciente de casos de fraude en el mundo por robo de claves de las tarjetas han aumentado en gran proporción la incertidumbre al usar este tipo de medio de pagos. Además es importante establecer que internet es un medio muy cambiante, que esta en un estado continuo de actualización, lo que hace muy difícil el monitoreo constante.

Como parte de los mecanismos de seguridad establecidos en la ley 527 de 1999 están estipulados el uso de diferentes herramientas para generar confianza en el uso de estos medios. El primero de los elementos de generación de confianza es la firma digital que se refiere a un sello integrado en datos digitales, creado con una clave privada, que permite, identificar al propietario de la firma y comprobar, que los datos no han sido falsificados²⁵. Con esta herramienta las leyes buscan asegurar que los datos transferidos sean de toda confiabilidad y asegurar que el contenido de la información no haya sido visto por terceras personas ni modificado desde el momento del uso de la firma. Sin embargo como se ha mencionado previamente, la legislación Colombiana restringe el uso de las firmas digitales a una tecnología específica, disminuyendo el número de particulares que en realidad las utilizan.

Otro elemento esencial es la autoridad certificadora, “es la entidad que da testimonio de la pertenencia o atribución de una determinada firma digital a un usuario o a otro certificador de nivel jerárquico inferior²⁶ . Las entidades de certificación son nombradas por cada país. Puede haber más de una entidad certificadora en cada país.

El último elemento es el certificado que se refiere a “un documento digital que identifica a la autoridad certificadora del mensaje o transacción, contiene la clave pública del firmante y contiene a su vez la firma digital de la autoridad certificadora que ha emitido²⁷”

En Colombia gracias a la ley 527 esta posicionada como uno de los países líderes en el uso de leyes de comercio electrónico, además es uno de los países con mayor participación en el uso de herramientas de certificación.

Sin embargo tanto en Colombia como en el resto del mundo las herramientas de certificación han tenido poca acogida ya que los procesos de inscripción ante las autoridades certifica-

25 Ley 527 de 199 Op Cit

26 Ley 527 de 199 Op Cit Cap. III

27 Ley 527 de 199 Op Cit Cap. III, art. 35



doras son complejos y además están acompañadas de un costo que la gran mayoría de los usuarios no esta dispuesta a pagar.

Es importante resaltar que la gran mayoría de usuarios inscritos son grandes compañías que buscan proteger su información, y para lograr este cometido utilizan costosas redes privadas que derivan su seguridad de la exclusividad de la red, lo que evita que este medio sea comúnmente usado. Las compras mas comunes realizadas en internet siguen siendo a través de tarjetas de crédito sin el uso de ninguna autoridad que lo vigile.

La agilidad en el proceso generado por los pagos con tarjetas de crédito – debito siguen siendo un factor suficiente para arriesgarse a los fraudes de este medio.

Hoy en día en países como Estados Unidos se han fortalecido empresas que ofrecen servicios de ventas en línea como Amazon y eBay. La función de estas empresas es prestar un canal de confianza entre el vendedor y el comprador de una forma bastante comercial, donde las ofertas están concentradas en un mismo sitio y es fácil compara los productos para evitar los engaños, además no es necesario de certificarse, solo hay que cumplir unas cuantas condiciones de inscripción que cualquiera puede hacer.

Es importante mencionar que en Colombia cada 9 de 10 personas (enter.com²⁸) que compran por internet prefieren hacerlo a través de sitios extranjeros como Amazon y eBay, que por su popularidad han formado una imagen solida y de confianza entre los usuarios de internet en Colombia.

Aunque en Latinoamérica aun es muy nuevo el uso de este tipo me modalidades de comercio, tiene leyes basadas en las ley modelo actualizadas por lo que da una mejor aplicabilidad en el contexto real. Esto ha permitido que desde el contexto jurídico el desarrollo de los diferentes casos hallan sido resuelto con mayor claridad, en comparación a muchos de los países europeos y estados unidos.

²⁸ Iván Luzardo, “Este es el panorama del comercio electrónico en Colombia” enter.co [en línea], disponible en: <http://www.enter.co/internet/este-es-el-panorama-del-comercio-electronico-en-colombia/>, consulta: 2 de octubre de 2012.



Conclusiones

El uso de internet como herramienta comercial seguirá creciendo significativamente en los próximos años, razón por la es importante que las normatividades y demás elementos que propicien un ambiente seguro para el comercio electrónico correctamente establecidas para así poder asegurar su éxito y control. El correcto establecimiento de las normas significa una congruencia con la realidad comercial y la realidad jurídica, el legislador debe de encontrar las mejores herramienta posibles pero que a su vez vayan acordes a los usos y costumbres de los mismos comerciantes, es preciso anotar que la legislación se crea para regular una actividad que tiene un amplio recorrido histórico, sin embargo bajo una forma distinta. Al tener esto en cuenta se pueden desarrollar leyes que más que avanzadas o modernas en realidad sean útiles y le permitan a los comerciantes desarrollar su actividad sin complicaciones innecesarias. Para lograr este objetivo es necesaria la creación de leyes abiertas sin restricciones tecnológicas, las cuales lo único que causan es un entorpecimiento de la actividad comercial.

En materia de seguridad y autenticación, los medios tradicionales han sabido responder a la necesidad de probar la certeza de un documento y de su debida relación con el autor de este, no obstante, estos medios fallan al pasarse al ambiente electrónico. En vez de realizar un simple traspaso de métodos tradicionales al ámbito electrónico, deben de surgir modos de seguridad y autenticación nacidos del mismo medio electrónico, si no es así las propias diferencias claves entre ambos medios harán que no se logre una completa y verdadera implementación. Deben de nacer métodos que estén arraigados en las mismas características del mundo electrónico, y que tomen sus fuerzas de las fuerzas del mismo. El anonimato y la reducida importancia del espacio geográfico deben de dejar de ser desventajas y convertirse en una herramienta para conferirle mayor seguridad y verificabilidad a las transacciones electrónicas.



Bibliografía

Anjanette, Raymond, "Improving Confidence In Cross Border Electronic Commerce: Communication, Signature, and Authentication Devices". *Legal Collection EBSCO Host* [base de datos en línea], Artículo 57268731 internet, Consultado: Octubre 2012.

Colombia, Congreso de Colombia, Ley 527 de 1999 Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, Bogotá 18 de Agosto de 1999

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única, *Diario Oficial*, Bogotá, 19 de Julio de 2001. Título V, cap. 8.4. par. b

Davies, Roy "Origins of Money and Banking", [en línea] disponible en: <http://projects.exeter.ac.uk/RDavies/arian/origins.html> consulta: 10 de Octubre de 2012

Estados Unidos , National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws, *Uniform Electronic Transactions Act*, Chicago, National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws, 1999.

Jované, Lissy "problemas jurídicos de comercio electrónico" *legalinfo-panama* [en línea], disponible en: http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_13a.htm, consulta: 2 de octubre de 2012.

Luzardo , Iván "Este es el panorama del comercio electrónico en Colombia" *enter.co* [en línea], disponible en: <http://www.enter.co/internet/este-es-el-panorama-del-comercio-electronico-en-colombia/>, consulta: 2 de octubre de 2012.

Mamaghani, Farrokh, "AN INVESTIGATION OF FACTORS INFLUENCING E-COMMERCE.", *Business Source Complete EBSCO Host* [base de datos en línea], artículo 76503853, internet, consultado: Octubre 2012

Martínez, William David Hernández "La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte. (Spanish)", Fuente Académica Premier EBSCO Host [base de datos en línea], artículo 52427949, internet. Consultado: Octubre 2012

Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Nueva York, Naciones Unidas, 2007. v, 100 p.

Publicación de las Naciones Unidas N° de Venta. E.07.V.2.



Naciones Unidas, Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas. Nueva York, UN, 2008. v, 103 p. Comisión de las Naciones Unidas en Derecho Internacional. Publicación de las Naciones Unidas N° de Venta, E.09.V.4. Disponible Online en: <http://www.uncitral.org/uncitral/publications/publications.html>

Naciones Unidas, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998*, Nueva York, Naciones Unidas, 1999. vii, 75 p.

Publicación de las Naciones Unidas N° de Venta E.99.V.4.

Smedinghoff, Thomas J., “Seven Key Legal Requirements for Creating Enforceable Electronic Transactions”, *Legal Collection EBSCO Host* [base de datos en línea], artículo 19088898, internet, Consultado: Octubre 2012



COLOMBIA, UNA PIEDRA MÁS EN LA TORRE DE BABEL DE LA LEGISLACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

✉ Por: José David Zuleta Tisnés¹, Susana Álvarez Osorio², Mariana Restrepo Santamaría³ y Paula Londoño⁴

Resumen

Actualmente, Colombia se encuentra en un proceso de continuo crecimiento e interacción comercial generada por la apertura económica y el ingente esfuerzo integracionista político- económico que se ha presentado en los últimos años. Esta apertura ha dado lugar a un aumento del transporte por mar, ya que éste es el medio por excelencia utilizado en el comercio internacional, debido a sus bajos costos, la posibilidad de altos volúmenes de carga y su accesibilidad a los diferentes puertos del mundo. Sin embargo, los contratos de transporte marítimo internacional que se celebran a diario en Colombia, están basados en una regulación interna que no es compatible con la regulación internacional, no sólo por su antigüedad, sino porque se ha convertido en un obstáculo más para la posible adopción y adaptación de los Convenios Internacionales en la legislación nacional, los cuales, por sí solos, ya presentan los suficientes impedimentos para su fácil y eficiente interpretación. Este hecho hace que se dificulte el entendimiento a través de una lengua franca que incentive la generación de actos comerciales y de transporte marítimo de una manera más eficiente y rápida. Por esta razón, hoy en día se busca llegar a una uniformidad global en cuanto a la normativa de los contratos de transporte marítimo internacional, por medio de las que se conocen como las Reglas de Rotterdam.

1 Estudiante de cuarto semestre de Negocios Internacionales en la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: jzuleta2@eafit.edu.co

2 Estudiante de cuarto semestre de Negocios Internacionales en la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: salvar20@eafit.edu.co

3 Estudiante de cuarto semestre de Negocios Internacionales en la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: mrestre3@eafit.edu.co

4 Estudiante de cuarto semestre de Negocios Internacionales en la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: plondon6@eafit.edu.co



Palabras Claves

Contrato de transporte marítimo internacional, Reglas de Rotterdam, Regulación colombiana, Transporte marítimo internacional, Unificación.

Abstract

Nowadays, Colombia is in a process of continuous growth and commercial interaction generated by the economic openness and the prodigious political-economic integration effort that has been present in the last years. This openness has given place to an increase of the maritime transport, being this the principal mean used in the international commerce activities, due to its low costs, the possibility of carrying high volumes of goods and its accessibility to the maritime ports located around the world. Nevertheless, the international maritime transport contracts that are celebrated daily in Colombia, are based on an intern regulation that is not consistent with the international regulation, not only because of its antiquity but also because it has become one more obstacle for the possible adaptation and adoption of the different international conventions by the national legislation, which already have enough impediments for its efficient and easy interpretation. This fact makes the understanding of the legislation more difficult through a lingua franca that incentives the generation of the maritime transport and commercial acts in a more rapid and efficient way. Is for this that currently we seek to achieve an uniformity when we talk about the international maritime transport contracts, by the Rotterdam Rules.

Key Words

Rotterdam Rules, Colombian regulation about maritime transport, international maritime transport, maritime transport contract, unification



Introducción

El contrato de transporte marítimo internacional ha sido una figura ampliamente usada y difundida en el ámbito del comercio internacional, ya que ha sido protagonista del desarrollo de las relaciones comerciales transnacionales, tanto a nivel público como privado. A lo largo del siglo XX, ha sido sujeto del debate y del análisis acerca de su implementación y de su continua mejora, dando lugar a la creación de diferentes convenios que se han encargado de regularlo. Sin embargo, éstos sólo han logrado satisfacer necesidades específicas para la época, los sujetos y las condiciones en las que fueron creados, mas no para el comercio en general, ya que no se han adaptado a la evolución de sus necesidades. Es por esto que en el 2008 surge El Convenio para la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, el cual, pretende simplificar la regulación de los contratos y llenar los vacíos que dejaron los convenios anteriores. Actualmente existe un nuevo debate acerca de su implementación y las posibles modificaciones que los países tendrían que realizar para poder adaptarse a dicha norma. El presente artículo pretende mostrar la situación de Colombia respecto a este tema, por medio de un análisis de la regulación nacional frente a la regulación internacional y el estudio de casos similares al colombiano. Además se pretende dar una mirada a la evolución de los diferentes convenios y su influencia en el transporte marítimo internacional.

Sobre el contrato de transporte marítimo internacional

Al referirse al contrato de transporte marítimo internacional (*en adelante, CTMI*), se entiende por aquel en donde el porteador asume la obligación de trasladar por mar, desde un lugar geográfico a otro, las mercancías entregadas por el cargador. Esto, mediante la utilización de un buque, a cambio del pago de un flete. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos.

Como complemento del CTMI se hace uso del conocimiento de embarque, un documento que prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo de mercancías en un buque en línea regular y que acredita que el porteador las ha tomado a su cargo o las ha cargado, y se compromete a entregarlas al destinatario correspondiente. Este documento puede ser negociable o no- negociable. Actualmente el Conocimiento de embarque se conoce también como Documento de Transporte, término que fue introducido en las reglas de Rotterdam y que igualmente puede ser tanto físico como electrónico.

Colombia y su participación a nivel internacional

En la actualidad Colombia se encuentra frente a un proceso donde los usos y costumbres del transporte marítimo han dado lugar a muchas de las instituciones del derecho marítimo, dando paso a la evolución de la navegación y a las normas jurídicas que la vigilan. Sin embargo, cuando se hace referencia al transporte marítimo y a su normatividad en los códigos



colombianos, su entendimiento se hace complejo puesto que la regulación contenida en el código de comercio es muy anticuada. Hoy en día, a nivel internacional, se encuentran mezcladas prácticas de diferentes temas como el tráfico marítimo, reformas de los contratos, pólizas y normas internacionales, las cuales han dado lugar a una nueva estructura legal del derecho marítimo internacional, del que Colombia, junto con la mayoría de los países Latinoamericanos, se encuentra muy lejos en su legislación. Por esta razón, los convenios internacionales no han sido ratificados por el 60% de estos países, ya que éstos no les son satisfactorios debido a que no son congruentes con sus códigos internos y por lo tanto, no suplen sus necesidades.

En Colombia, el 95% de las cargas comerciales llegan vía marítima. Según estudios estadísticos realizados por la ANDI, se tiene que en el año 2011, se movilizaron un total de 168,8 millones de toneladas de mercancías a través de los diferentes puertos (Buenaventura, el más importante del país en el océano Pacífico; y los de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, en el mar Caribe.), presentando así un crecimiento del 16,9% frente a el año 2010 y un crecimiento anual promedio de 9,9% para los últimos 6 años⁵. Se tienen expectativas de que este comportamiento se mantenga, expectativas basadas en cifras oficiales, las cuales indican que Colombia tiene 10 acuerdos de libre comercio vigentes, uno suscrito y 5 en curso de negociación, de los cuales se cuenta con un tratado con Estados Unidos, actualmente vigente, y otro en curso de negociación con la República Popular China. Dos países que por su cuenta son las dos economías más importantes del planeta, además dos socios muy importantes en materia comercial para Colombia.

Cabe resaltar que 3 países latinoamericanos han vivido ya esta etapa y han experimentado variaciones en los flujos comerciales. En el caso Chileno, un año luego de la entrada en vigencia de los TLC´s se reportó el aumento de flujos comerciales con EE.UU en un 22.5 % y con China en un 46,5%⁶, en el caso Mexicano pudo verse claramente un aumento del 370.5% en el flujo comercial luego de 6 años. Por otro lado, Perú reportó un aumento del 40.7% durante el siguiente año de entrada en vigencia del TLC con EE.UU⁷. De igual forma existen proyecciones para Colombia, las cuales afirman que el TLC con Estados Unidos, tendrá un efecto de crecimiento adicional al esperado del 4.63% para exportaciones y de 7.13% para importaciones.⁸ No obstante, considerando la posible entrada en vigencia de un TLC con China, se pronostican cambios parecidos a los proyectados en su momento para Chile, se esperaría entonces que en el 2018, con ambos tratados vigentes, se tenga un crecimiento en el flujo comercial colombiano del 61% con respecto al nivel del comercio actual. Con dicho porcentaje se tiene la perspectiva de que Colombia pasará de tener 168,8 millones de toneladas

5 ANDI, "En 2011 Transporte Marítimo creció 16,9%", sitio web ANDI, [en línea]. 5 de Julio del 2012 disponible en: [www.andi.org.co/pages/noticias/noticia_detalle.aspx?IdNews=300], consulta: 9 de Octubre de 2012

6 Armando Ardila, "¿El país está listo para enfrentar flujo de carga marítimo?", Portafolio (8 de julio 2012), [en línea], disponible en: [http://www.portafolio.co/opinion/el-pais-esta-listo-enfrentar-flujo-carga-maritimo], consulta: 10 de octubre de 2012

7 ibíd.

8 ibíd. (pág. 2)



en 2011 a unas 251,5 millones de toneladas de flujo comercial aproximado, de las cuales un 98,1 por ciento se moverá por vía marítima en 2018. Dada esta situación, Colombia ha logrado aumentar su índice de conectividad del transporte marítimo en un 46%, además se ha posicionado en Latinoamérica con un alto movimiento de contenedores. Adicionalmente, el país ha aumentado la en un 75% cantidad de incidentes marítimos en sus principales puertos, una realidad que es cuestionable debido a que va en contra de los avances ya mencionados y del aumento en las transacciones comerciales.

Bajo estas condiciones debe considerarse, si la infraestructura actual Colombiana a corto y mediano plazo en el sector de transporte marítimo es suficiente para abastecer el flujo comercial que se está por experimentar y el aumento de carga y tráfico de embarcaciones, considerando que ha pesar de que se ha visto el avance en la infraestructura de los puertos, no se ha producido mejoramiento de las vías marítimas ni en la regulación, y como pudo verse, ha aumentado la accidentalidad en los puertos.

Gracias al crecimiento obtenido y al que se está por experimentar, Colombia ha conservado su competitividad a nivel global, motivo suficiente para justificar el hecho de que en su normativa relativa a la celebración de contratos, se deba tener en cuenta el proceso evolutivo y el aumento de los intercambios comerciales en el mundo, de modo tal que se tienda a una modernización y adaptación en este ámbito para lograr así soportar e incrementar la competitividad Colombiana en el sector del comercio exterior, ya que las tendencias actuales de política exterior Colombiana han dado paso a una apertura progresiva e intensa integración con los mercados globales.

Los tratados internacionales constituyen hoy en día la base de la diplomacia actual en el mundo, ya que permiten que las sociedades estén cada vez más interrelacionadas y que puedan convivir en medio de una interacción pacífica y se generen relaciones sostenibles entre los países. Además, su importancia se da, ya que son los encargados de regular y dar un orden al dinamismo y la evolución de la comunidad internacional. Sin embargo, necesitan de normas internas para soportarse en cada Estado, ya que éstos, al ser las partes directamente interesadas, serán a quienes les compete discutir y precisar cuales deberán ser las condiciones en las que quieren negociar y celebrar los diferentes contratos y por lo tanto necesitarán una regulación interna que soporte, y que a su vez sea soportada, por los convenios internacionales, de tal manera que éstos últimos puedan interpretarse efectivamente conforme al derecho interno de cada país, satisfaciendo de esta manera sus necesidades. Así, en pro de alcanzar ese crecimiento de la eficiencia, sustentado en una evolución de la regulación nacional colombiana, en la cual se vea reflejado el aprendizaje y la experiencia obtenida a nivel internacional por parte de organizaciones y que reúna a su vez las prácticas y los avances tecnológicos en torno al transporte marítimo, se hace necesario el análisis de la variación de estas reglamentaciones y su evolución, haciendo énfasis en la manera en que han sido total o parcialmente ignoradas en la regulación nacional Colombiana, establecida en el Código de Comercio.



Evolución de los convenios en pro de la eficiencia en el flujo global de mercancías y de los avances del derecho

Básicamente cuando se habla de la regulación del contrato de transporte marítimo, se hace referencia a 3 convenios:

- Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, modificado por el protocolo de Bruselas más conocido como reglas de la Haya-Visby.
- 1978 - Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, comúnmente llamado reglas de Hamburgo.
- Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo ó reglas de Rotterdam.

Actualmente están coexistiendo dos textos legales, debido a que los dos primeros convenios se encuentran vigentes. Esto se da, ya que ambos regulan aspectos diferentes en el ámbito del transporte marítimo internacional. El convenio de la Haya- Visby se centra en la regulación del conocimiento de embarque, mientras que en el Convenio de Hamburgo se incluyen otros aspectos como las responsabilidades de las partes. Sin embargo, a pesar de las diferencias, la ya mencionada coexistencia genera “una torre de babel” en este campo del derecho. Por un lado, porque las reglas de la Haya fueron modificadas por dos protocolos que no fueron ratificados por los mismos países que ratificaron el convenio inicial. Por otro lado, las reglas de Hamburgo sólo fueron ratificadas por pocos países, de los cuales casi ninguno era un poder influyente en el comercio internacional.

El Convenio de Rotterdam entra como un nuevo instrumento legislativo basado en los dos convenios anteriores e incorpora elementos significativos, es decir, propone cambios a la regulación actual. La idea es modernizar los regímenes, llenando los vacíos que han sido identificados en la práctica y armonizando las leyes al máximo. Este convenio intenta establecer un balance entre diferentes familias jurídicas de las que emana el derecho local de los diferentes estados a nivel mundial, para crear un sistema equilibrado que ofrezca soluciones a problemas comunes del tráfico de mercancías, al tiempo que brinde familiaridad a los diversos estados por no estar atado a una sola tradición jurídica. Esto no ocurría con las reglas de la Haya o la Haya-Visby, ni con las reglas de Hamburgo.

Las Reglas de Rotterdam introducen entonces la regulación específica al movimiento internacional de mercancías, el ámbito de su aplicación, el periodo de responsabilidad del transportista junto con sus obligaciones y su responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte. Además, introduce la aplicación al transporte puerta a puerta y además amplía el periodo de reclamos hasta dos años. En el ámbito específico del transporte multimodal, cada modo de transporte cuenta con su regulación y por lo tanto manejan



diferente responsabilidad del transportador. Por esta razón, se hace necesario establecer cual va a ser la regulación a elegir. Las RR extienden entonces la responsabilidad al período durante el cual el transportista tiene a cargo las mercancías.

Al día de hoy, la convención continúa en proceso de ratificación y la idea es que con su aceptación se denuncien los otros convenios, ya que no solo incluye lo dicho en los dos anteriores, sino que al mismo tiempo llena los vacíos que éstos presentan y además se ajusta a las necesidades del transporte marítimo actual.

En cuanto a su aplicabilidad, conforme a todas las convenciones, el transporte debe ser internacional y debe estar vinculado a un estado contratante. Sin embargo pueden encontrarse diferencias significativas entre los tres convenios, que deben ser resaltadas:

Las reglas de la Haya- Visby, se aplican cuando ellas o una ley nacional que dé efecto a ellas sean incorporadas al conocimiento de embarque y se requiere que éste sea emitido o que el puerto de carga esté localizado en un estado contratante. Estas reglas, no se aplican a un contrato de un puerto localizado en un estado que no sea contratante hacia un puerto de descarga localizado en un estado contratante.

Las reglas de Hamburgo por su parte no tienen en cuenta el lugar de emisión del conocimiento de embarque puesto que éste puede no estar directamente vinculado con el viaje. En este convenio, se hace referencia al puerto de carga y al de descarga. Se aplica cuando ella o una ley nacional que dé efecto a ellas sean incorporadas al conocimiento de embarque. Además, aplican a un contrato de un puerto localizado en un estado que no sea contratante hacia un puerto de descarga localizado en un estado contratante.

En cuanto a las Reglas de Rotterdam, los factores geográficos que rigen la conexión son la unión de los sitios de recibo y de entrega y los puertos de carga y descarga. (los dos primeros factores se añaden puesto que estas reglas rigen también los contratos a domicilio –puerta a puerta-). Los sitios de recibo y de entrega pueden estar situados al interior de un territorio (*inland*). Estas reglas no hacen referencia expresa al lugar de expedición del conocimiento de embarque u otro documento de transporte.

Tomando ahora las Reglas de Rotterdam como guía para su diferenciación respecto al resto de los convenios pueden mencionarse distintos aspectos relevantes que fueron introducidos en este nuevo convenio tales como, la ampliación de las definiciones, el ámbito de aplicación ya mencionado, la relevancia que tiene el transporte terrestre en el transporte marítimo, la regulación del empleo masivo de unidades de carga y la documentación electrónica. Por último, se encuentra la introducción de las obligaciones del porteador y del cargador, y como punto a enfatizar, debe mencionarse el cambio en los fundamentos de la responsabilidad.



Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva

Las Reglas de Rotterdam introducen el concepto de la responsabilidad subjetiva del porteador, bajo el cual el transportador puede exonerarse demostrando que el hecho causa del daño no le es imputable ni a él ni a las personas por quien él responde; y el reclamante puede lograr atribuirle responsabilidad al porteador demostrando que la culpa de éste o de las personas por las que el responde causó o contribuyó a causar el hecho o la circunstancia que el porteador alega en su descargo. La responsabilidad en los antiguos convenios se considera responsabilidad objetiva en virtud de la cual, probada la existencia del contrato de transporte, el mero incumplimiento de las obligaciones del transportador genera su responsabilidad. Este último concepto se encuentra también en la regulación colombiana del transporte marítimo, dada en el Código de Comercio. Siendo éste el punto principal de controversia en cuanto a la ratificación de este nuevo convenio en Colombia, ya que esto implicaría un cambio estructural en el código nacional, específicamente en el apartado de las responsabilidades de las partes.

Hasta ahora, Colombia es uno de los países que no ha ratificado ningún convenio, por lo tanto sus contratos podrán o no regirse por los convenios, según la aplicabilidad ya mencionada de acuerdo a la otra parte involucrada.

Aplicabilidad de los convenios internacionales y el código de comercio en el ámbito Colombiano

En Colombia, en caso de controversia, dada la no posible aplicación directa de normas materiales internacionales, se aplicarán en principio las normas conflictuales internacionales, dado que Colombia no ha ratificado ninguna norma conflictual en la materia, se seguiría entonces con la aplicación de las normas conflictuales nacionales del juez competente. Si éste es colombiano, se establecería lo dicho en el artículo 869 del Código de Comercio, en el cual se dice que “a los contratos celebrados en el exterior y ejecutados en Colombia se les aplicará la ley colombiana”. Esta norma es imperativa para la mayoría de las partes, pero hay partes que la toman como dispositiva, es decir, éstas deciden si aplican esta norma o no. Esto se da porque en la norma no se hace la anotación de que “cualquier disposición en contrario se entenderá por no escrita”,⁹ lo que significa que las partes que no quieren aplicar este artículo y quieren aplicar una norma distinta lo pueden hacer, ya que no va en contra del Código de Comercio Colombiano.

Dado el caso de que se indique que la ley aplicable será la ley colombiana, el contrato se registrará entonces por lo establecido en el Código de Comercio acerca de la regulación de los contratos de transporte marítimo (Título IX Del Transporte Marítimo. Capítulos I y III específicamente).

9 Código de Comercio, art. 689.



Este proceso, además de tener una larga duración, no ofrece soluciones efectivas a las diferentes controversias que se presentan a diario en el comercio internacional, ya que no es posible tener respuestas en un corto plazo y la interpretación deja de ser directa y se convierte en una medianamente subjetiva. Esto se da, por un lado, porque podrían llegarse a aplicar normas que estén “indirectamente implicadas” en el sentido en que no son las del país de alguna de las partes y, por otro lado, como se dijo anteriormente, en el caso de llegar a aplicar el Código de Comercio Colombiano - un código que empezó a regir desde 1971, es decir, mucho antes de que se diera la “verdadera apertura económica”-, se genera un choque de leyes, debido a que éste no es del todo compatible con los usos modernos del transporte marítimo y crea como consecuencia, soluciones basadas en situaciones del pasado, que no llenan las expectativas actuales, ni mucho menos las del futuro. Por un lado, porque lo que está escrito actualmente es anticuado, y por el otro, porque se están dejando de regular aspectos básicos como los documentos electrónicos y los contenedores, ambos aspectos fundamentales dentro del mundo contractual contemporáneo.

En Colombia se está en medio de grandes avances tecnológicos que están evolucionando las formas de comerciar a nivel global. Las transacciones se enfrentan diariamente a tiempos más eficientes, innovación en los métodos de comunicación, nuevas mercaderías y formas de embalaje, y aun así, la regulación se mantiene inamovible, estancada en el tiempo. Colombia se está esforzando por tener puertos regionales eficientes, que cumplan con la normativa internacional y que puedan enfrentar la apertura económica por la que está pasando, sin embargo, no está ofreciendo seguridad jurídica para los actores del comercio, un aspecto clave no sólo para la entrada de inversión, sino para el aumento de las transacciones entre Colombia y los diferentes países del mundo.

Lo preocupante de esta situación es que está afectando, en general, a todos los países de Latinoamérica. En Uruguay por ejemplo, se encuentra una posición similar a la colombiana, incluso un poco peor, ya que no ha ratificado ningún convenio, y además, cuenta con un Código de Comercio que entró en vigor hace 143 años. A diferencia de Colombia, que si cuenta con los mismos dos años de plazo de prescripción establecidos en la regulación internacional, Uruguay cuenta con un plazo de veinte años, dentro de los cuales el transportista puede ser demandado. Esto genera grandes papeleos, extra-costos y confusiones a la hora de resolver controversias.

Latinoamérica no puede quedarse atrás sabiendo y conociendo el paso agigantado al que está cambiando y evolucionando el mundo de hoy. Colombia por su parte, es necesario que re-evalúe y tome cartas en el asunto. Sin embargo, no puede reaccionar sola frente a esta situación y quedar como una isla en el continente. Por lo tanto, es pertinente que se haga un llamado, quizá regional, o posiblemente, internacional, con el fin de que se planteen problemáticas claras y se creen soluciones eficientes que incorporen las necesidades de los diferentes actores del comercio.



Conclusiones

Debe hacerse un cuestionamiento al código de comercio frente a la regulación internacional, ya que ésta se ve de una forma precariamente plasmada en la regulación nacional. De tal forma que el Código de Comercio Colombiano, no sólo ofrece resultados basados en leyes anticuadas que no concuerdan con la normativa internacional, sino que deja de regular aspectos fundamentales del comercio actual.

Colombia está en auge comercial en cuanto a la entrada y salida de mercancías por vía marítima, gracias a los diferentes tratados comerciales que han sido negociados, pero a pesar de esto, actualmente, ya se encuentran controversias en tema de la regulación del transporte marítimo internacional, ahora, con la importancia que está adquiriendo Colombia en el flujo de mercancías, ¿hasta dónde será posible que continúe su avance con las condiciones y la infraestructura actuales? ¿Será el Código de Comercio Colombiano capaz de enfrentarse a los retos que le deparan en cuanto al incremento gradual de las transacciones internacionales a una escala sin precedentes?

Dado que en general, en la región se encuentra una discusión similar a la de América latina, tal vez se haga necesario que el continente trabaje en bloque y negocie tanto a nivel regional como con los otros continentes, en busca de una regulación más integradora que reúna las condiciones y refleje las necesidades actuales en materia de transporte marítimo internacional.



Bibliografía

ANDI, “En 2011 Transporte Marítimo creció 16,9%”, sitio web ANDI, [en línea]. 5 de Julio del 2012 disponible en: [www.andi.org.co/pages/noticias/noticia_detalle.aspx?IdNews=300], consulta: 9 de Octubre de 2012

Ardila, Armando “¿El país está listo para enfrentar flujo de carga marítimo?”, Portafolio (8 de julio 2012), [en línea], disponible en: [<http://www.portafolio.co/opinion/el-pais-esta-listo-enfrentar-flujo-carga-maritimo>], consulta: 10 de octubre de 2012

Código de Comercio, art.869.

Convenio de las naciones unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Reglas de Rotterdam), 2008

Convenio de las naciones unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, (Reglas de Hamburgo), 1978

Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, modificado por el protocolo de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby), 1924

David Enríquez, “UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía”. Instituto de Investigaciones Jurídicas: UNAM. [En línea]. Disponible en: [biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/art/art3.pdf] Consulta: 3 Octubre 2012

Emilio Cazala, “Experto en Derecho Marítimo señala necesidad de discutir las Reglas de Rotterdam” *ProQuest Research Library* [base de datos en línea]: [Source: Noticias Financieras], Miami, 08 Feb 2010. Consulta: 4 Octubre 2012.

Hugas Albaladejo, Ricardo. *El transporte y los fletamentos marítimos*. Cámara oficial de comercio, industria y navegación de Barcelona. Segunda Edición. 1981.

Larys Leiba Hernandez Villalobos, “Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial”. Revista de derecho, Universidad del Norte 22: 65-95, 2004. Bogotá. [En línea]. Disponible en: [http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/22/2_LOS%20TRATADOS%20%20INTERNACIONALES%20COMO%20BASE%20DE%20LA%20DIPLOMACIA%20MUNDI.pdf] Consulta: 9 Octubre 2012

Las Reglas de Rotterdam y su incidencia en el régimen de responsabilidad del transportador en el transporte marítimo de mercancías [En línea]. Disponible en [<http://www.cavelier.com/asociacion/VerImp.asp?ID=1776&IDCompany=12>] Consultado el 20 de Agosto, 2012



Llorente Gómez de Segura, Carlos. “Las Reglas de Rotterdam (I)”. Escrito el 8 de Enero, 2010. [En línea] Disponible en [<http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view-File/978/449>]. Consultado el 19 de Agosto de 2012.

Lorena Sales, “A Brief Approach to The Rotterdam Rules: Between Hope and Disappointment” *ProQuest Research Library* [base de datos en línea]. *Journal of Maritime Law and Commerce*; Jul 2011; 42, 3. pg. 453 ; Pallarés. Consulta: 6 Octubre 2012

Reglamento (ce) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008

Romero, Rosa y Alex León. *Logística del Transporte Marítimo*. Colección Gestiona. Edición Junio 2003. Págs. 99-172.

Sandoval, Ricardo et al, “Las Reglas de Rotterdam Una respuesta Latinoamericana a la Declaración de Montevideo”, (2009), [en línea]. Disponible en: [<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Rotterdam%20Rules/Las%20Reglas%20de%20Rotterdam%20%20Una%20respuesta%20latinoamericana%20a%20la%20Declaraci%C3%B3n%20de%20Montevideo.pdf>]



EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS EN EL INTERNET EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 38 DE LOS ESTATUTOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

✉ Por: Camila Urbina Escobar¹

Resumen

El internet se perfila como uno de los factores más influyente de la cotidianidad moderna, consigo este fenómeno trae una gran cantidad de nuevos retos para el derecho. En especial es un desafío para la protección de las libertades más fundamentales del ciudadano mundial. Es importante entonces, basados en la gran influencia e importancia del internet y la digitalización en nuestras vidas, analizar cual es el alcance de la protección actual a estos derechos digitales dentro del contexto del Derecho Internacional realizando un diagnostico de la situación actual basados en las categorías estipuladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este artículo encuentra vacíos, silencios y una situación jurídica precaria para el ciudadano usuario de la red, y pone de relieve la necesidad de que se cree de un marco jurídico para los derechos humanos digitales en el contexto del Derecho Internacional.

Palabras Claves

Internet, Derechos Humanos, Derecho Internacional

Abstract

Internet has become one of the most influential factors in modern life, this phenomena brings along a great amount of new challenges for the law. It is specially challenging

¹ Abogada de la Universidad EAFIT (Medellín-Colombia). Email: curbinae@gmail.com



for the defense and protection of the most fundamental human liberties of the global citizen. It is important then, to analyze, based on the vast influence and importance of digitalization and the Internet, which is the current scope of the protection of digital rights in the framework of International Law. Drafting a diagnosis of the current situation using the categories within Article 38 of the International Justice Court. This article finds voids, silences and a precarious legal situation for the citizen-user of the web and highlights the necessity of a legal Framework for Digital Human Rights within International Law.

Key words

Internet, Human Rights, International Law

De manera rápida y casi imperceptible, el Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para ciudadanos alrededor del mundo, para el primer trimestre de año 2012 la red contaba con 2.3 billones de usuarios a nivel mundial.²

La importancia del Internet es innegable y paralelamente a la discusión conceptual legal que puede desprenderse de la existencia y gobernabilidad de la red, comienza a surgir la necesidad de explorar el estado de la legislación digital centrada en la protección de los usuarios, en la que los conceptos tradicionales del derecho internacional y en especial de los derechos humanos son reinterpretados a luz del las especificidades del Internet. Por tanto se torna importante hacer un diagnostico sobre el estado de los derechos humanos de los usuarios de la red en el contexto del Derecho Internacional, para encontrar vacíos, silencios y esfuerzos existentes con miras a su fortalecimiento.

El presente trabajo analizará el tratamiento que se le ha dado a los derechos humanos en el contexto del Internet en las fuentes del Derecho Internacional consagradas en el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia. Estudiaremos si existen convenciones internacionales sobre el tema, que dicta la costumbre internacional, los principios generales del derecho y como se ha tratado en la jurisprudencia y doctrina. Luego examinaremos como se ha explorado el tema en el sistema de Naciones Unidas y consideraremos la misión y trabajo de las ONG cuya misión es la defensa de los derechos digitales.

2 World Usage Patterns & Demographic. Disponible en: <http://www.newmediatrendwatch.com/world-overview/34-world-usage-patterns-and-demographics>. Consultado: julio 11, 2012



El artículo 38 de Estatuto de la CIJ como herramienta de diagnóstico para el derecho internacional

Se puede definir el artículo 38³ del Estatuto de 1946 de la Corte Internacional de Justicia como, “la declaración definitiva sobre las fuentes del derecho internacional”⁴ su objetivo es precisamente determinar con exactitud lo que para la Corte. En consecuencia, se toma como un esquema sinérgico que permita dar sentido a la variedad de información jurídica que la Corte entiende como Derecho Internacional y por tanto nos permite realizar un examen del estatus de los derechos humanos en el Internet dentro de lo que pueda considerarse tradicionalmente como Derecho Internacional.

Las convenciones internacionales

El primer ítem en el artículo se refiere a las convenciones internacionales, el artículo dos, numeral primero de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, consigna la definición aceptada en el desarrollo de las relaciones internacionales, la cual delimita al tratado internacional como: “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”⁵

No existe, bajo esta definición, hasta el momento, una convención que hable explícitamente sobre los derechos humanos digitales ni que especifique cual es la legislación en referencia a la protección de los derechos humanos de los usuarios en el Internet. Esto no significa que no encontremos referencias a la red en tratados bilaterales y multilaterales que se ciñan a la definición de la *Convención de Viena*, pero la mayoría de estas expresiones que encontramos conectadas al ciberespacio están vinculadas con los derechos de autor y la propiedad intelectual, además de menciones sobre el tema en instrumentos de comercio electrónico que se encuentran hasta ahora en sus primeras etapas de formación.

La existencia de un gran número de tratados en materia de propiedad intelectual no es una sorpresa. En el segundo literal del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos

3 “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

4 JAYAKUMAR, Kirithi. *Where Does Article 38 Stand Today?* October 12, 2011. Disponible en: <http://www.e-ir.info/2011/10/12/where-does-article-38-stand-today/> Consultado: junio 28, 2012

5 “2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;” *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, 1969 Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> Consultado: 21 de mayo de 2012.



Humanos, se consagra el derecho de “toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”⁶, esto ubica los derechos de autor en una esfera jurídica privilegiada. Es apenas predecible entonces, que siendo el Internet el lugar donde actualmente se intercambia la mayor cantidad de información, los intereses morales y materiales de las obras de los ciudadanos globales deben ser también protegidas en el ciberespacio. Por tanto, dada la naturaleza misma de la red encontramos un mayor desarrollo en el derecho internacional sobre los derechos de autor y la propiedad intelectual en el contexto del Internet.

Es evidente que existe una fuerte motivación por parte de los Estados para la construcción de tratados y convenciones internacionales sobre propiedad intelectual y derechos de autor, no solo con el loable fin de proteger los derechos humanos y apaciguar las preocupaciones del sector privado, sino además porque existe una tendencia legislativa y un gran interés por conservar la históricamente sólida estructura de los derechos de autor y la propiedad intelectual, en un contexto alterado por la nuevas tecnologías de la información.

Los instrumentos internacionales sobre comercio electrónico que se encuentran en etapas preparatorias y en construcción, proveen una segunda corriente de futuros tratados y convenciones que tratan a fondo el tema del internet y su relación con los derechos de los usuarios de la red.

Aun cuando estos tratados y proyectos, referentes a otros temas como el comercio internacional y la propiedad intelectual, no contienen referencias específicas a la protección de los derechos humanos en el Internet en general; sí presentan el ciberespacio como ámbito de aplicación del Derecho Internacional. Conviene entonces hacer un corto inventario de estos tratados para tener un panorama de la situación jurídica actual.

- *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (NAFTA) ratificado en 1996 por Estados Unidos, Canadá y México introduce legislación para estos tres Estados en relación al Internet como herramienta de telecomunicaciones y los derechos de autor en las siguientes secciones del tratado:
 - Capítulo 13, bajo “*Telecomunicaciones*” se consigna una reducción las barreras al comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos con respecto al acceso a las redes de telecomunicaciones de valor agregado y en servicios de licencias, normas, y los monopolios competencia desleal en el sector de la informática.
 - Capítulo 17 bajo “*Propiedad Intelectual*” en el que el Artículo 1705 modifica los artículos en el *Convenio de Berna* para que se incluyan software, códigos de programación y compilaciones de datos protegiéndolas bajo la categoría de literarias.

6 <http://www.un.org/es/documents/udhr/> Consultado: 21 de mayo de 2012.



- Capítulo 17, “*Propiedad Intelectual*”. El artículo 1708 permite la protección de las marcas en el Internet.⁷
- *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (1996)* Extiende la protección de derechos de autor a los programas informáticos y bases de datos, dejando problema en estos casos los propios datos, es decir incluyendo la compilación y estructura pero no la información personal y comercial allí contenida.
 - Artículo 4, “*Programas de ordenador*” este consigna la protección de obras literarias en el marco de lo dispuesto por el Convenio de Berna, cualquiera que sea su modo o forma de expresión, lo que incluye software y base de datos.
 - Artículo 7, “*Derecho de Alquiler*” este incluye los programas de computador dentro de las obras con posibilidad de ser alquilada por el autor.⁸
- *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)*. Instrumento que consigna la protección de derechos económicos de interpretes y productores de fonogramas
 - Artículos 7, 11,16: Este artículo reconoce los derechos de económicos y los derechos morales de actores, cantantes, músicos y bailarines por sus interpretaciones o ejecuciones que se difunden a través de Internet.⁹

Como mencionamos anteriormente existe además una tendencia de construir instrumentos a nivel internacional, con respecto al comercio electrónico, los cuales tratan también temas sobre los derechos de los usuarios y las nuevas tecnologías de información.

- *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996 proyecto)* Proyecto de fecha 16 de diciembre de 1996, sobre la construcción de la ley modelo para facilitar las transacciones comerciales a través de Internet, por ejemplo mediante el reconocimiento de la validez de la firma digital y la delimitación de la protección a los usuarios que realizan transacciones en internet.
- *Model Trading Agreement de la CNUDMI* para la creación de un formato de contrato comercial electrónico, que permita unificar las prácticas contractuales en el comercio que se realiza cada vez con más frecuencia en el internet.
- E-terms de la *Cámara de Comercio Internacional*, un grupo de trabajo en contratación

7 Guide to internet law: Treaties. Disponible en: <http://www.isoc.org/internet/law/treaties.shtml>. Consultado Junio 28, 2012

8 Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor 1996. Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P76_6670

9 Guide to Internet Law: Treaties. Disponible en: <http://www.isoc.org/internet/law/treaties.shtml>. Consultado: Junio 28, 2012



electrónica ha trabajado con la CNUDMI en la creación de estándares para los negocios electrónicos. Los *e-terms* pretenden resolver problemas sobre la formación del contrato electrónico, autorización, contratación automáticas, firmas digitales, contratación por error, requisitos de información al consumidor, seguridad documental, confidencialidad, valor probatorio de los archivos electrónicos.¹⁰

Además de estos instrumentos internacionales, podemos identificar dos instrumentos regionales cruciales sobre la transferencia de datos y privacidad en la Unión Europea, en 1981 el Consejo de Europa redacta el *Convenio para la protección del Individuo en Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*¹¹ y la Organización para la Cooperación Económica crea la *Directriz para Desarrollo de la Administración de la Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales*¹², estos no son considerados convenciones y tratados en el sentido de la *Convención de Viena* pero sí proveen de un marco jurídico para la organización regional y un modelo de para la construcción legislativa en otros Estados, articulando normas específicas sobre el tratamiento de los datos electrónicos que se mueven dentro de las fronteras de la Unión Europea. Las construcciones jurídicas dentro de estos dos documentos son completas y forman el núcleo de las leyes de protección de datos en decenas de países en occidente no solo en la Unión Europea en el Commonwealth. Esto muestra que en temas de seguridad de la información personal de los usuarios, los tímidos intentos de regular los derechos de los usuarios los Estados prefieren trabajar dentro organizaciones internacionales gubernamentales con membresías restringidas tales como OECD o el G-7, con los cuales los acuerdos conectados con la seguridad y el ciberespacio asumen la certeza de hacerse con pares escogidos.

El hecho de que no existan tratados generales a nivel internacional con respecto de los derechos humanos en el internet, no quiere decir que no existan esfuerzos para crear reglas e instrumentos que puedan ser usadas como un primer esfuerzo y base para el futuro de la legislación sobre los derechos digitales y su protección a nivel internacional. Podemos destacar varias iniciativas motivadas por el nuevo panorama de la revolución digital, impulsadas por los motores de las TIC y bajo la premisa que el acceso a la información y el conocimiento es parte fundamental para la realización de los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* y que tiene la capacidad de mejorar el nivel de vida de millones de personas en todo el mundo.

Algunos académicos apoyan además la declaración del acceso a Internet como un derecho fundamental, propuesta apoyada por las Naciones Unidas en el 2011, pues “paradójicamente, mientras la revolución digital ha ampliado las fronteras de la aldea global, la gran mayoría de los habitantes del mundo no se han subido al vagón de este fenómeno en evolu-

10 PEÑA VALENZUELA, Daniel. *Lex Electrónica: ¿Mito o Realidad? Perspectiva que desde la Contratación por Medios Electrónicos*. Revista la Propiedad Inmaterial. No.7 2003 <http://comunicaciones.uexternado.edu.co/revistas/index.php/propin/article/view/1152/1093>

11 *Convention the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data*, ETS No. 108, Stasbourg, 1981. <<http://www.coe.fr/eng/legaltxt/108e.htm>>.

12 OECD.Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data. Paris, 1981.



ción. Por eso también se ha hecho cada vez más grande la brecha que separa el conocimiento de la ignorancia y los ricos de los pobres, tanto dentro de cada país como entre países. Por consiguiente, es imperativo que el mundo colme la brecha digital y ponga los ODM en la ruta de las TIC para conseguirlos rápidamente [...].”¹³

Una de esas iniciativas es la *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)*. “Reconociendo que esta nueva dinámica exige una discusión a escala mundial, la *Unión Internacional de Telecomunicaciones*, a tenor de una propuesta del Gobierno de Túnez, resolvió en su Conferencia de Plenipotenciarios de Minneápolis de 1998 (Resolución 73) celebrar la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) e inscribirla en el programa de las Naciones Unidas”¹⁴. Creando una iniciativa referente a los derechos de los millones de usuarios que tenga una mayor legitimación y el respaldo de Estados y organizaciones internacionales de peso.

La Resolución 56/183 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) en dos fases, la primera que se celebró en Ginebra en el 2003, y la segunda en Túnez en el 2005.

En la fase de Ginebra, el objetivo fue redactar y propiciar una clara declaración de voluntad política, y tomar medidas concretas para preparar los fundamentos para de una Sociedad de la Información participativa e incluyente, que tuviese en cuenta los distintos intereses en juego.

En el evento realizado de Túnez, el objetivo fue poner en marcha el *Plan de Acción de Ginebra* delimitando acciones precisas para su realización, hallar soluciones a los conflictos entre sujetos interesados y alcanzar acuerdos en los campos de gobernabilidad de Internet, mecanismos de financiación, seguimiento del trabajo y compromisos adquiridos y aplicación de los documentos de Ginebra y Túnez.

Conociendo el alcance y las características principales de la CMSI, podemos establecer que se trató de un verdadero proceso multilateral y multidisciplinario, que le dio importancia y validez a las preocupaciones de múltiples actores de las relaciones internacionales sobre la Sociedad de la información y las TIC. Y aun cuando no se trata de la construcción de un instrumento jurídico internacional, si se implican presidentes, primeros ministros y representantes de alto nivel de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales de todo el mundo, la sociedad civil y el sector privado, estas conferencias sitúan problemas difíciles y persistentes, en la lista mundial de prioridades.

El trabajo realizado en la CSMI se caracterizó por ser completo y reflejar las preocupaciones de todos los actores interesados, en esta se “designaron once líneas de acción para el tra-

¹³ Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/basic/why-es.html>. Consultado: Julio 2, 2012

¹⁴ *ibid*



bajo e iniciativa futuras, que incluyen: El papel de los gobiernos y de todas las partes interesadas en la promoción de las TIC para el desarrollo; construcción de infraestructura de la información; acceso a la información y al conocimiento; creación de capacidades; creación de confianza y seguridad en la utilización de las TIC en un entorno habilitador;”¹⁵.

Por otro lado, otra de estas iniciativas es la *Asociación para el Progreso de las Comunicaciones* (APC), una organización no gubernamental sin ánimo de lucro con 50 miembros en 35 países. “La *Asociación* trabaja en pequeños grupos cuyo objetivo es impulsar el uso de la tecnología para el desarrollo de sus comunidades, promover sus derechos y trabajar para asegurarse de que las políticas gubernamentales relacionadas con la información y la comunicación se conciben para servir el mejor interés de la población en general, especialmente las personas que viven en los países en desarrollo. La misión de APC es apoyar organizaciones, movimientos sociales e individuos a través de las TICs, para construir iniciativas estratégicas conjuntas con el fin de hacer contribuciones significativas al desarrollo humano equitativo, la justicia social, los procesos políticos participativos y la sostenibilidad ambiental a través de la tecnología.”¹⁶

La trascendencia de la APC para este análisis es que en febrero de 2001 durante un taller sobre Derechos en Internet en Europa organizado por la Asociación, se redacta la *Carta sobre Derechos en el Internet*, basada en la *Carta del Pueblo para las Comunicaciones*.¹⁷ En la que se declara que “el Internet es un espacio público global que debe ser abierto y accesible para todos, y aunque el número de personas con acceso crece cada día, muchos siguen excluidos. Al igual que el proceso de globalización, con la que el Internet ha estado estrechamente entrelazado, la difusión del acceso a red sucede en forma desequilibrada y suele exacerbar las desigualdades sociales y económicas. Sin embargo, las TIC pueden ser una poderosa herramienta de movilización social y el desarrollo, resistencia a la injusticia y expresión de la diferencia y la creatividad.”¹⁸

La APC es una de las pocas organizaciones que ha trabajado abiertamente bajo la premisa de que los derechos fundamentales deben ser protegidos en el contexto del ciberespacio, esta “defiende la idea de que la capacidad de compartir información y comunicarse libremente usando Internet, es vital para la realización de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), los Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1980).”¹⁹

15 <http://www.itu.int/wsis/implementation/index-es.html>. Consultado: Julio 2, 2012

16 <http://www.apc.org/en/about> Consultado: Junio 28 2012

17 Las instituciones fundadoras del movimiento de la Carta son: el Centro de Derechos Humanos y de Comunicación (Países Bajos); Red del Tercer Mundo (Malasia), el Movimiento Cultural para el Medio Ambiente (EE.UU.), y AMARC-Asociación Mundial de Radios Comunitarias (Perú / Canadá). <http://www.waccglobal.org/es/19963-alternative-communication-networks/962-The-Peoples-Communication-Charter.html>. Consultado: Junio 28 2012

18 <http://www.apc.org/en/node/5677/>. November 2006. Consultado: Junio 29, 2012

19 *Ibid.*



No obstante el minucioso trabajo realizado por múltiples sujetos interesados en *Carta sobre Derechos en el Internet*, la cual concreta los objetivos de protección a los usuarios en todos los aspectos de la red, esta tiene un ámbito de aplicación reducido y no deja de ser un simple ejercicio académico redactado por quienes mejor conocen las necesidades de la población más vulnerable con respecto al Internet.

Se evidencia que en cuanto a la protección de los derechos humanos en el internet no existen instrumentos internacionales, tratados y convenciones propiamente dichos que realicen una defensa comprensiva de los usuarios. Una vez revisado el literal que consagra los tratados como fuente del derecho internacional debemos pasar a evaluar la situación en el contexto del siguiente literal del artículo la costumbre internacional.

La costumbre internacional

El artículo 38 define las costumbres internacionales como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”²⁰, “la costumbre internacional puede definirse como un reconocimiento general de los sujetos internacionales a ciertas prácticas, que los Estados consideran como obligatorias.”²¹

Tal vez uno de los elementos más estudiados en materia jurídica internacional, es la costumbre internacional. Esta se construye basada en dos elementos que la distinguen como tal. Primero la *reiterato consuetuda*, la cual es la práctica reiterada por parte los Estados de dicho comportamiento, y la *opinio iuris sive necessitatis*²² que es la “convicción infalible de los sujetos del derecho internacional de que esas conductas son jurídicamente obligatorias.”²³

Los comportamientos solo serán considerados costumbre internacional bajo la doble óptica de lo cronológico/material y la obligatoriedad. Es necesario entonces que para que pueda catalogarse una conducta bajo lo precisado en el artículo 38, es primordial primero determinar que está no sea un comportamiento *sui generis* sino que por el contrario se repite en el tiempo, *reiterato consuetudo*, la conducta debe tener además un grado de estabilidad en su ocurrencia dentro de los Estados, lo que la convierte en una práctica general y así adquirir el estatus de conducta obligatoria. Entonces si en el futuro, se presentará una situación análoga, los Estados tendrán la convicción de actuar precisamente de esa manera, convirtié-

20 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 1945. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

21 LÓPEZ-BASSOLS, Hermilio. *Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos*. México: Ed. Porrúa, 2003, p. 25.

22 La Corte reafirmó la necesidad de este elemento al establecer en el asunto de la plataforma del Mar del Norte que: “No solo los actos considerados deben poner de relieve una práctica constante, sino que por añadidura deber ser testimonios, por su naturaleza o la manera en que han sido aceptados, de la convicción de que esa práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica”. *Reportes Corte Internacional de Justicia, La Haya, 1969*

23 GUTIÉRREZ ESPADAS, Cesáreo. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed, Trotta, 1995, p. 105. JSTOR [base de datos en línea].



ndola en costumbre internacional. Pero solo el elemento material no es suficiente el resto de la comunidad internacional deberá tomar dicho comportamiento como obligatorio y asumirlo como la conducta adecuada cuando se presenta una situación similar.

Si consideramos los elementos que caracterizan a la costumbre internacional, es decir que el comportamiento se entienda como práctica generalizada y logre la convicción de los Estados de que esa conducta es obligatoria, podemos entender que por el momento no es posible construir costumbre internacional en el contexto del ciberespacio pues este está envuelto actualmente en tal anarquía que es imposible construir una comportamiento generalizado, esto responde principalmente a dos características propias de la red, la primera la su naturaleza difícil de limitar y la segunda es la novedad del ciberespacio.

Sobre la naturaleza ilimitada de la red, Frances Cairncross expresa “la jurisdicción de los gobiernos está conectada a la geografía; El Internet conoce pocas barreras; El choque entre estas dos características reduce de que los estados pueden hacer individualmente cuando se trata de la red.”²⁴ El Internet se consolida como un espacio sin confines, en donde la geografía no es más que una palabra, y el tiempo y el espacio, son irrelevantes en el mejor de los casos. “El ciberespacio supera toda barrera de distancia territorial y fronteras”²⁵ los sitios de Internet se encuentran en todas partes y en ninguna parte a la vez, por tanto se alejan a pasos agigantados del dominio de un gobiernos, y si no existe un control Estatal que pueda asumir una conducta sobre el ciberespacio como practica reiterada como los Estados, tendría que construirse de manera global, por lo que no sería fácil consolidar como costumbre en su definición del artículo 38.

El segundo elemento es la novedad de las TIC y en especial el Internet, como herramienta y como escenario que requiere regulación. El Internet tiene sus más remotos antecedente en la mitad de la década de los sesentas, siendo solo hasta principios de los noventas que alcanza una extensión considerable entre la población en general, el ciberespacio entonces comienza a mostrar su potencial de conectividad y de eliminación de costos de transacción durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI. Muchos de los efectos y problemáticas del Internet están aún por descubrirse, y aunque en este momento se asumen comportamientos por parte de individuos o gobiernos estos se tornan obsoletos en cuestión de meses y demasiado simples enfrentado a la naturaleza siempre cambiante de la red. Por tanto se entiende que siendo esta una herramienta nueva, volátil, que no se encuentra de manera consistente en todos los lugares del mundo es difícil definir costumbres internacionales en cuanto al Internet.

Aun cuando se puedan acordar protocolos de control, que procedan a dar forma costumbres con la red, y sea posible encontrar reglamentos de buenas costumbres en el Internet, el ciberespacio sigue siendo demasiado libre, impredecible y cambiante para consolidar costum-

24 CAIRNCROSS, Frances. *The Death of Dist*, MA: Harvard Business School. 2000, p.177. JSTOR [base de datos en línea].

25 SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: A Critical Introduction*. 2000, p.75. JSTOR [base de datos en línea]



bre internacional hasta el momento. Habiendo examinado las costumbre y la dificultad para que se concrete según las condiciones del artículo 38, es pertinente revisar el siguiente literal que concierne a los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho

Estos se definen como “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”²⁶ aquellos reconocidos dentro de los sistemas jurídicos en desarrollo, originados en la legislación interna de cada Estado. Si podemos encontrar un principio rector que repite en los sistemas jurídicos de los países civilizados, la corte considera que puede ser utilizado para decidir sobre una controversia, como fue utilizado por ejemplo el *principio de la evidencia circunstancial* por la Corte Internacional de Justicia en el litigio relativo al estrecho de Corfú²⁷, pues este era reconocido en todos los sistemas jurídicos.²⁸

No existen principios generales del derecho referentes al Internet o a los derechos digitales, puesto que los Estados, sí tienen legislación sobre el ciberespacio, casi nunca es homogénea ni se desprende de ella principios generales que puedan ser utilizados como fuente del derecho internacional.

Otra interpretación asume que los principios generales pueden ser aplicados al Internet en virtud de su ubicuidad y que precisamente su carácter general es clave para adecuarse al escenario siempre cambiante del ciberespacio. Pero no se ha dado aún el caso en que el Internet o los derechos digitales inspiren un principio general en todos los sistemas jurídicos, cuya naturaleza este enteramente ligada al ciberespacio.

Jurisprudencia y doctrina

Finalmente el artículo 38 del Estatuto consagra en el literal d estas dos fuentes. Las cuales no han sido catalogadas como fuentes formales, sino como “fuentes auxiliares y subsidiarias para apoyar la interpretación del contenido de normas existentes.”²⁹

La jurisprudencia puede definirse como “el conjunto de fallos, sentencias, dictámenes, laudos y opiniones que emanen de los distintos tribunales internacionales”³⁰, en este con-

26 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

27 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Recueil*. La Haya, 1949

28 BARBERIS, Julio A. *Los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Internacional*. En: Revista IIDH vol. 14. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>. Consultado: Junio 20 de 2012.

29 WERNER, Levi. *Contemporary International Law*. Oxford, Westview Press, 1991, p.40. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/4/cmt/cmt15.pdf>

30 *Ibid*



texto es la utilización de sentencias válidas de los tribunales internacionales para dirimir una controversia presentada ante un tribunal. Se entiende que estas sentencias que conforman la jurisprudencia aceptada, son *interpartes*, por lo que su contenido es aplicable solo para aquellos sujetos directamente en el litigio. Sin embargo, si se encuentran supuestos de hecho análogos entre controversias, la jurisprudencia puede ayudar a llenar lagunas y contradicciones en la ponderación de un derecho.

Dada la naturaleza selectividad de la Corte Internacional de Justicia, la calidad de los juristas que hacen parte de la misma y la imparcialidad en sus juicios, las sentencias emitidas por ésta corporación son las decisiones más relevantes, pues representan a los diversos sistemas jurídicos de la comunidad internacional y los más altos estándares en derecho.

La doctrina por su parte se entiende como el conjunto de trabajos, investigaciones y libros escritos por académicos que consignan avances de los temas de Derecho Internacional. De manera análoga “pueden considerarse los proyectos, informes, reportes y memorandums, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, así como el trabajo de otras instituciones prestigiosas en el área de Derecho Internacional como la Academia de Derecho Internacional en la Haya.”³¹

De los dos elementos auxiliares del artículo 38 puede encontrarse que en relación al Internet, primero, existe poca jurisprudencia internacional sobre el tema y todos los casos que podrían ser categorizados como tal, han sido tratados por las cortes de derecho humanos regionales, jurisprudencia que en su mayoría ha resuelto conflicto en temas de libertad de expresión en la red. Por su parte la doctrina ha avanzado poco a poco en el tema de los derechos humanos en la Internet, los académicos, expertos y funcionarios de organizaciones internacionales comienzan a reconocer la importancia de la protección de los usuarios del Internet y la necesidad de estudiar la realidad y el desarrollo de la vulnerabilidad en el ciberespacio.

Una vez considerados todos los literales del artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia en conexión con la situación de los derechos humanos en el Internet. Es importante para continuar con el diagnóstico, estudiar el tratamiento que se le ha dado al tema en el sistema de Naciones Unidas como el escenario de desarrollo del tema en la agenda internacional.

Tratamiento en el Sistema de Naciones Unidas

El sistema de Naciones Unidas se ha preocupado por el manejo de la tecnología, su utilización como herramienta para el desarrollo y su papel en el avance de los derechos fundamentales. El Internet y las TIC no han sido la excepción, a continuación examinaremos las partes más

31 KOROVIN Y. A y otros. *Derecho Internacional Público*. México: Grijalbo, 1963.



relevantes del sistema de la ONU que trabajan en relación con los derechos digitales y la gobernabilidad de la red. Así es pertinente entonces, considerar las características de los tres organismos especializados que han trabajado en la materia y cuyas tareas se relacionan íntimamente con el avance de la protección en el ciberespacio.

El grupo de tareas de la ONU sobre las TIC

Grupo establecido por el Secretario General Kofi Annan en noviembre de 2001, para establecer asociaciones de múltiples actores, encontrar maneras de difundir las ventajas de la revolución digital y las tecnologías de la información. Por su composición, representan a los sectores público y privado, la sociedad civil, la comunidad científica y los dirigentes de países con economías en desarrollo y en transición, así como los de los países más avanzados.

El Grupo de Tareas de la ONU sobre las TIC y la CMSI son dos procesos independientes. “La CMSI podía presentar documentos en nombre de la comunidad mundial, el Grupo de Tareas de la ONU sobre las TIC fue un elemento catalizador, dentro y fuera de la ONU para ideas y asociaciones de la Sociedad de la Información aunque carecía de la legitimidad democrática de la CMSI. El mandato de este Grupo terminó en diciembre de 2005.”³²

Alianza Global para las TIC y el Desarrollo (GAID)

La Alianza Global para las TIC y el Desarrollo (GAID) es considerado en cierto modo sucesor de el Grupo de Tareas de la ONU sobre las TIC, si bien su composición es significativamente distinta. “El Grupo de Tareas de la ONU sobre las TIC estaba integrado por un determinado número de personas elegidas por el Secretario General de las Naciones Unidas, mientras que el GAID constituye una plataforma informal y abierta a todas las partes interesadas en la Sociedad de la Información.”³³

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

“La UIT fue fundada en París en 1865 con el nombre de Unión Telegráfica Internacional. Adopta su nombre actual en 1934, y en 1947 se convierte en organismo especializado de las Naciones Unidas, su primer ámbito de especialización fue el telégrafo, pero hoy la UIT abarca todo el sector de las TIC, desde la radiodifusión digital a Internet, y de las tecnologías móviles a la televisión en 3D.”³⁴

Como tal, la UIT “es responsable de la atribución del espectro de frecuencias radioeléctricas

32 http://www.itu.int/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=es&faq_id=88 Consultado: Julio 2, 2012

33 http://www.itu.int/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=es&faq_id=88 Consultado: Julio 2, 2012

34 <http://www.itu.int/es/about/Pages/history.aspx>. Consultado: Julio 2, 2012



y las órbitas de satélite, y de la normalización y el desarrollo de las TIC en el mundo.³⁵ Para todos los efectos este organismo especializado es alrededor del cual el desarrollo y la tecnología se cruzan para potencializar el trabajo de la comunidad internacional en camino al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

A través de a UIT las Naciones Unidas se han comprometido a conectar a todos los habitantes del planeta. Este organización ha “sustentando su trabajo en la importancia de las TIC, como herramienta para el desarrollo, pone las ventajas de la tecnología modernas de la comunicación al alcance de todos de manera eficaz, segura, asequible”³⁶ La UIT es un organismo peculiar dentro del sistema de las Naciones Unidas, pues cuenta con “ miembros tanto del sector público como del sector privado, en un mundo cada vez más interconectado, es la única organización de alcance mundial que reúne a todos los actores de este sector dinámico y de rápido crecimiento.”³⁷

Tratamiento de los derechos humanos y el internet en las organizaciones no gubernamentales

El Internet está compuesto por la más avanzada tecnología de los últimos siglos, a pesar de esto es la sinergia entre la técnica y el deseo de conectividad humana, lo que lo hace verdaderamente trascendental. En todos los rincones del planeta las nuevas tecnologías de la información están cambiando la manera como los ciudadanos globales experimentamos la realidad y como vivimos conectados, en segundos y sin restricciones de distancia geográfica. El Internet hace ilimitada la experiencia de ser humano en el siglo XXI.

Específicamente analizando el contexto político y de la participación ciudadana encontramos que “el Internet ha adquirido un gran significado, con el aumento del número de ciudadanos que lo utilizan para aprender acerca de las políticas y acciones gubernamentales, para discutir temas con otros, para ponerse en contacto con los funcionarios electos, y obtener los materiales de registro de votantes y otra información que pueda facilitar una participación más activa en la política. Observadores de la escena actual han acordado que la red está ampliando dramáticamente el acceso a la información políticamente relevante y ofreciendo a los ciudadanos nuevas las posibilidades de aprendizaje y acción política”³⁸. Con ese panorama el Internet se presenta como un medio de comunicación íntimamente conectado con nuestro disfrute de algunos de los derechos fundamentales consignados en

35 <http://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>. Consultado: Julio 2, 2012. Folleto de Información UIT. http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-HLPW-2011-PDF-S.pdf 2011

36 <http://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>. Consultado: Julio 2, 2012. Folleto de Información UIT. http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-HLPW-2011-PDF-S.pdf 2011

37 <http://www.itu.int/es/about/Pages/history.aspx>. Consultado: Julio 2, 2012

38 BIMBER, Bruce. The Internet and Political Transformation: Populism, Community, and Accelerated Pluralism Polity. Vol. 31, No. 1, 1998, pp. 133-160. JSTOR [base de datos en línea]



la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especialmente el derecho a libertad de expresión y el derecho a la privacidad y además de una puerta de entrada para la garantía de otros derechos civiles y políticos.

Análogamente al desarrollo del Internet como herramienta política participativa, y punto neurálgico de la conectividad, aparecen Organizaciones No Gubernamentales (ONG) las cuales “han crecido dramáticamente desde la década del sesenta y continúan creciendo, tanto en número como en campos de acción. Este tipo de organizaciones han creado una red global que conecta a las personas alrededor del mundo, su presupuesto consolidado es enorme, y su trabajo cercano con los gobiernos y con otras organizaciones internacionales es común en la actualidad”³⁹.

El objetivo de las ONG es “servir a la sociedad en particular los intereses de la defensa de enfoque, actividades operacionales sobre política social, y los objetivos económicos, como la equidad, la educación, la salud, el medio ambiente”⁴⁰, dentro de las funciones que realizan estas “organizaciones protegen los derechos humanos, proveen una variedad de servicios y funciones humanitarias, llevan los problemas de los ciudadanos a los gobiernos, promueven y supervisan las políticas y fomentan la participación política a través de la provisión de información. Algunas están organizaciones trabajan en torno a temas específicos y proporcionan análisis y conocimientos técnicos, sirven como mecanismos de alerta temprana y ayudan a vigilar y aplicar los acuerdos internacionales”⁴¹. Varias ONG como la *Iniciativa de Red Global*, *Human Rights Watch* y *European Digital Rights* entre otras trabajan de manera activa en la creación de políticas públicas transnacionales que favorezcan a la población, proporcionando “información a los gobiernos o están estrechamente relacionadas con las acciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)”⁴².

Habiendo establecido que el Internet se consolida cada día como una influencia más fuerte en nuestras vidas, cuya participación en el disfrute de los derechos fundamentales es actualmente innegable. Las ONG encuentran en el Internet y la aplicación de los derechos fundamentales en la red, un fértil campo de acción para realizar sus funciones de manera efectiva y traer beneficios a la sociedad que clama por una experiencia más segura y garantista en el Internet.

Cada ONG tiene una naturaleza diferente, y en el tema de los derechos en el Internet existen algunas organizaciones compuestas por defensores de derechos humanos con gran bagaje y trasfondo histórico que han puesto el ciberespacio en la mira para reportar abusos en conexión con los derechos fundamentales; Por otro lado existen ONG que trabajan el tema

39 TAMAYO FRANCO, Rafael. La regulación internacional de las ONG como una herramienta para la consolidación del sistema de gobernabilidad global. Relaciones Internacionales Internacionales en Contexto. Medellín: Fondo editorial Universidad EAFIT, 2009, p. 51

40 YAZJI, Michael; IMD, Lausanne y DOH, Jonathan. NGOs and Corporations: Conflict and Collaboration. Villanova University, 2009. Disponible en: http://assets.cambridge.org/97805218/66842/frontmatter/9780521866842_frontmatter.pdf. Consultado: junio 27, 2012

41 <http://www.ngo.org/ngoinfo/define.html>. Consultado: junio 27, 2012

42 TAMAYO FRANCO. Op Cit.



conformadas por miembros de la industria de la informática, empresarios, programadores, creadores de software, usuarios y defensores de la red y consumidores involucrados en los procesos más íntimos de la Internet que poseen amplio conocimiento tecnología y por tanto están al tanto de la vulnerabilidad del usuario.

Estas organizaciones están compuestas en su mayoría por defensores de derechos humanos, profesionales y académicos que conocen el ciberespacio como pocos en el mundo político y legislativo, y por tanto deberían tener un papel importante en la concepción de la futura legislación sobre el tema. La defensa que pueden proveer estos grupos encuentra resonancia en los usuarios quienes confían a este tipo de organizaciones la defensa de sus intereses precisamente por la naturaleza técnica de su conocimiento.

Por inmensa e influyente que sea la red, nadie está realmente a cargo y eso implica una inseguridad omnisciente, un vacío detrimental en especial para lo concerniente con los derechos humanos de los usuarios, y por tanto es un claro llamado al Derecho Internacional.

Por tanto la garantía de los derechos fundamentales en la red a través de instrumentos internacionales se torna en una importante. El las construcciones jurídicas actuales no alcanza a cubrir los supuestos de hecho más relevantes, el trato de los derechos digitales es fundamentalmente *sui generis* y el panorama en materia de derechos humanos en el internet es precario en el mejor de los casos. Las construcciones jurídicas tradicionales no son suficientes, y por el momento los operadores del derecho están teniendo que forzar los casos que involucran la red, a los supuestos de hecho de normas internacionales concebidas para una realidad que no ha sido transformada por Internet y las demás TIC. pero por parte de los Estados existe una tendencia a pasar por alto el tema y desestimarlos en sus agendas multilaterales.

Basados en los hallazgos del diagnóstico a la luz del artículo 38, se pone de relieve la necesidad de crear una legislación que sea internacional, pues en el entendido que el Internet no tiene barreras ni límites geográficos, neutralizando el concepto de territorialidad y jurisdicción.

La construcción de una legislación comprensiva sobre internet, deberá empezar con la redacción de un instrumento jurídico internacional que se encuentre dentro de los límites del artículo 38, basado en la cooperación cuyo proceso de redacción involucre mecanismos de participación para los diferentes actores de las relaciones internacionales relevantes al tema. Es imperativo, teniendo en cuenta la complejidad científica del internet, contar con el apoyo de técnicos y empresarios del ciberespacio que conocen las minucias del internet, además la sociedad civil y las ONG deberán ser llamadas a aportar la perspectiva de los usuarios, todo para que la legislación provea soluciones profundas, efectivas y actualizadas.

La protección adecuada a las infraestructuras de información de importancia estratégica, requiere soluciones transnacionales y multidisciplinarias, que en últimas lleve a la construcción de un régimen normativo internacional para la protección de los derechos humanos de los usuarios del ciberespacio que comience a llenar los silencios y vacíos existentes.



Bibliografía

- Julio A. Barberis “Los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Internacional.” Sitio web <http://www.juridicas.unam.mx> [en línea] Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>. Consulta: Junio 20 de 2012.
- Bruce Bimber. “The Internet and Political Transformation: Populism, Community, and Accelerated Pluralism” *Polity*. Vol. 31, No. 1, 1998, pp. 133-160. JSTOR [base de datos en línea] internet, consulta: junio 3 de 2012.
- Frances Cairncross. “The Death of Dist”, MA: Harvard Business School. 2000, p.177. JSTOR [base de datos en línea]. internet, consulta: junio 17 de 2012.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, 1969.
- Convention the Protection of Individuals with Regard to the Automatic Processing of Personal Data* , ETS No. 108, Stasbourg, 1981.
- Corte Internacional de Justicia, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 1945.
- Corte Internacional de Justicia. *Recueil*. La Haya, 1949
- Internet Society “Guide to internet law: Treaties.” Sitio web <https://www.internetsociety.org/> [en línea], disponible en: <http://www.isoc.org/internet/law/treaties.shtml>. Consulta Junio 28, 2012
- Cesáreo Gutierrez Espadas. “Derecho Internacional Público”. Madrid: Ed, Trotta, 1995, p. 105. JSTOR [base de datos en línea]. internet, consulta: julio 25 de 2012.
- APC. “About APC ” Sitio web <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: <http://www.apc.org/en/about> Consulta: Junio 28 2012
- APC. “What do treaties say? ” Sitio web <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: <http://www.apc.org/en/node/5677/>. November 2006. Consulta: Junio 29, 2012
- UIT. “ITU Committed to Conecting the World ” Sitio web <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-HLPW-2011-PDF-S.pdf 2011. Consulta: Julio 2, 2012.
- UIT. “Historia” Sitio web <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: <http://www.itu.int/es/about/Pages/history.aspx> . Consulta: Julio 2, 2012.
- UIT. “¿Qué era el Grupo de Tareas de la ONU sobre las TIC?” Sitio web <http://www.itu.int/es>



[en línea], disponible en: http://www.itu.int/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=es&faq_id=88 . Consulta: Julio 2, 2012.

UIT. “¿Por qué una Cumbre sobre la Sociedad de la Información?” *Sitio web* <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: <http://www.itu.int/wsis/basic/why-es.html> . Consulta: Julio 2, 2012.

UIT. “IMPLEMENTACIÓN DE LA CMSI POR LÍNEA DE ACCIÓN” *Sitio web* <http://www.itu.int/es> [en línea], disponible en: <http://www.itu.int/wsis/implementation/index-es.html>. Consulta: Julio 2, 2012.

NGO Global Network “Definition of NGOs” *Sitio web* <http://www.ngo.org/> [en línea] disponible en: <http://www.ngo.org/ngoinfo/define.html>. Consulta: junio 27, 2012

United Nations “Declaración Universal de los Derechos Humanos” *Sitio web* <http://www.un.org> [en línea] disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> . Consulta: 21 de mayo de 2012.

JAYAKUMAR, Kirthi. Where Does Article 38 Stand Today? *Sitio web* <http://www.e-ir.info> [en línea] October 12, 2011. disponible en: <http://www.e-ir.info/2011/10/12/where-does-article-38-stand-today/> Consulta: junio 28, 2012

A. Korovin y Otros. “Derecho Internacional Público”. México: Grijalbo, 1963. s.p

WACC “La Carta de Comunicacion de las Gentes” *Sitio web* <http://www.waccglobal.org/> [en línea] disponible en: <http://www.waccglobal.org/es/19963-alternative-communication-networks/962-The-Peoples-Communication-Charter.html>. Consulta: Junio 28 2012

Hermilio López-Bassols “Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos.” México: Ed. Porrúa, 2003, p. 25.

OECD. *Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data*. Paris, 1981.

Daniel Peña Valenzuela. “Lex Electrónica: ¿Mito o Realidad? Perspectiva que desde la Contratación por Medios Electrónicos”. *Revista la Propiedad Inmaterial*. No.7 2003 p. 3

Corte Internacional de Justicia, *Reportes* La Haya, 1969

Jan Aart. Scholte “Globalization: A Critical Introduction”. 2000, p.75. JSTOR [base de datos en línea] internet, consulta: julio 7 de 2012.

Rafael Tamayo Franco. “La regulación internacional de las ONG como una herramienta para



la consolidación del sistema de gobernabilidad global.” Relaciones Internacionales Internacionales en Contexto. Medellín: Fondo editorial Universidad EAFIT, 2009, p. 51

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor 1996.

Levi. Werner, “Contemporary International Law”. Oxford, Westview Press, 1991, p.40.s.d

European Travel Commission “World Usage Patterns & Demographic” *Sitio web* <http://www.newmediatrendwatch.com> [en línea] disponible en: <http://www.newmediatrendwatch.com/world-overview/34-world-usage-patterns-and-demographics>. Consulta: julio 11, 2012

Michael; Yaziji, Lausanne Imd y Jonathan Dho,. “NGOs and Corporations: Conflict and Collaboration.” Villanova University, *Sitio web* <http://www.newmediatrendwatch.com> [en línea] 2009. Disponible en:http://assets.cambridge.org/97805218/66842/frontmatter/9780521866842_frontmatter.pdf Consulta: junio 27, 2012

Published by the Law School of Universidad EAFIT
Medellín - Colombia
December 2012

EAFIT Journal of International Law
July - December 2012