

January - June 2015  
Colombia  
ISSN 2216-0965

 **EAFIT**  
Journal of International Law

**01**



**Vol. 6**





**JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

01 | Volume 6 | January-June 2015

Colombia

ISSN 2216-0965

**EDITORIAL BOARD**

**Rafael Eduardo Tamayo**

Editor in chief

**Susana Saldarriaga Jiménez**

Assistant

**José Alberto Toro**

Advisory editor

**Maria Alejandra Calle Saldarriaga**

Advisory editor

**GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT**

Design Division

**Comunicación creativa Universidad EAFIT**

**OPEN JOURNAL SYSTEMS**

**Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas**

**WEBSITE**

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

**CONTACT US**

EAFIT Journal of International Law

EAFIT University

Carrera 49 7 Sur 50 Medellín-Colombia

Building 27 - 4th Floor

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

Fax: (57) 4 - 261 92 68

Email: [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co)

# Contents

## 4 EDITORIAL

RAFAEL TAMAYO-FRANCO (PHD)

## 6 LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: RETOS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO DERIVADOS DE LAS DENOMINADAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

CLARA VEAS-PEÑALVER

## 23 PERPLEJIDADES DE DOS MODELOS CONTRAPUESTOS: UNA MIRADA DESDE ALGUNAS TRANSNACIONALES EXTRACTIVAS A LA CONSULTA PREVIA

CATALINA ESPINOSA-ESTRADA

## 38 ORDEN JURÍDICO TRANSNACIONAL DE LA GUERRA

ISABEL AGUIRRE-ÁLVAREZ

## 50 NEW DRUG TRAFFICKING ARMED GROUPS IN COLOMBIA AND THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

MARCELA BARÓN-SOTO AND ALEJANDRO GÓMEZ-VELÁSQUEZ

## 73 EL JUEZ DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL

DANIEL RESTREPO-SOTO

## 87 EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS MECANISMOS ONLINE PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

SEBASTIÁN ORREGO-GARAY

# Editorial

**Rafael Tamayo-Franco (PhD)**

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

Con esta revista iniciamos nuestro sexto año de existencia y realizamos, tanto un balance de los logros alcanzados como de las metas para este nuevo lustro. Por una parte, en el pasado la publicación pasó rápidamente de ser una revista estudiantil para convertirse en una revista de abogados internacionalistas y de derecho comparado. En los cinco primeros años la cercanía con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México posibilitó la participación de autores extranjeros y particularmente hispanoamericanos. Nuevos procesos de indexación, un número creciente de artículos y de tareas, nos han impuesto la necesidad de ampliar nuestro grupo de trabajo. En cuanto a los retos que vienen, las alianzas con nuevos centros de pensamiento en otras latitudes y la necesidad de eficiencia en los procesos editoriales es imperante y de ellas se derivan muchas metas.

Adicionalmente, nuestros estudiantes y profesores han utilizado esta publicación para su trabajo académico dentro y fuera del aula de clase. Circunstancia que nos parece afortunada y que permite niveles de análisis del sistema internacional que no se limitan a la información presentada por los medios de comunicación. Las crisis migratorias actuales, los conflictos y tensiones en el Medio Oriente y la actividad de las organizaciones internacionales, han encontrado en los números anteriores información relevante y herramientas de análisis para las nuevas generaciones de profesionales interesados en las dinámicas internacionales. Esperamos que así siga siendo.

En este número de la revista podrán encontrar tres grandes bloques temáticos. Un primer asunto es el de grupos humanos que requieren protección reforzada en el Derecho Internacional como los migrantes y los indígenas. En el primer caso, Clara Veas-Peñalver de la Universidad de Sevilla, aborda el tema de la inmigración irregular en España y La Unión Europea, en términos de retos y desafíos para la protección del ser humano derivados de las denominadas “devoluciones en caliente”. Un asunto que viene generando cada vez

más preocupación internacional debido a la inestabilidad de algunas zonas del Medio Oriente y de África. En este primer bloque temático, y en relación con los grupos indígenas, la abogada Catalina Estrada Espinosa aborda desde una perspectiva interesante el debatido asunto de la consulta previa. Asunto en el que la justicia, el derecho al desarrollo y la protección de patrimonios culturales seguirán siendo ejes fundamentales de análisis.

Un segundo bloque temático dedicado al conflicto y a su derecho asociado –internacional humanitario– es abordado desde una doble óptica. Por una parte la abogada Isabel Aguirre Álvarez, con su artículo sobre el *Orden jurídico transnacional de la guerra* nos recuerda la interrelación necesaria entre lo nacional, lo internacional y lo transnacional en la aplicación de normas que nos conciernen a todos. Por otra parte los investigadores Marcela Barón-Soto y Alejandro Gómez-Velásquez analizan esa misma rama del Derecho Internacional en su relación con los grupos armados traficantes de droga en Colombia. Artículo particularmente interesante de leer en un momento de propuestas de procesos de paz en Colombia.

Un bloque temático final esta dedicado a asuntos de derecho comercial internacional. En un profundo análisis jurídico el profesor Daniel Restrepo Soto discurre sobre la importancia del juez dentro del procedimiento arbitral internacional. Asunto cada vez mas relevante en Colombia debido al aumento de negociaciones internacionales y conflictos derivado de las mismas. Finalmente en asuntos conflictivos el abogado Sebastián Orrego Garay, ganador del concurso organizado por la Asociación Cavalier del Derecho, publica un artículo sobre el comercio electrónico y los mecanismos online para la resolución de disputas, el cual incluye consideraciones jurídicas y soluciones para un comercio que tanto en Colombia como en el mundo viene acercándose rápidamente a las formas tradicionales de comerciar.

Esperamos que este nuevo número del *EAFIT Journal of International Law* sea de su agrado.

# LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: RETOS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO DERIVADOS DE LAS DENOMINADAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

---

THE IRREGULAR IMMIGRATION IN SPAIN AND THE EUROPEAN UNION:  
CHALLENGES AND HURDLES FOR THE PROTECTION OF THE HUMAN BEING DERIVED FROM THE CALLED  
“DEVOLUCIONES EN CALIENTE”

---

✉ by: Clara Veas-Peñalver<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 15 de abril de 2015  
Fecha de aprobación: 19 de mayo de 2015

## Abstract

*Nowadays the immigration is a phenomenon that grows day after day at the same time as the countries of origin and destination; the reasons motivate the migration or the profile of the immigrants increases and diversifies. Nevertheless, the protection of the rights that is provided for immigrants is not developed in the same way, being limited by legally questionable processes that in some cases nullify their human rights. This is the case of the spanish “devoluciones en caliente”, or several old-fashioned regulations that are clearly not adapted to the current reality in the whole European Union.*

**Key words:** *migration, irregular immigration, “devoluciones en caliente”.*

---

1 Graduada en Gestión y Administración Pública por la Universidad de Sevilla, en España. claraveas59@gmail.com



## Resumen

*En la actualidad la inmigración es un fenómeno que crece día a día al mismo tiempo que aumentan y se diversifican los países de origen y de destino de los inmigrantes, las razones que motivan la migración y el perfil de los inmigrantes. Sin embargo, la protección de los derechos que se proporciona a las personas inmigrantes sigue estando muy limitada por procesos de dudosa legalidad que pueden llegar a anular los derechos humanos de estos sujetos como son las “devoluciones en caliente” en el caso de España o por normativas desfasadas que no se adaptan a la realidad actual en toda la Unión Europea.*

**Palabras clave:** *migración, inmigración irregular, devoluciones en caliente.*

## Introduction

Hoy en día los retos y desafíos que la inmigración plantea tanto a la Unión Europea como a sus Estados miembros constituye uno de los temas más difundidos por los medios de comunicación locales, nacionales e internacionales.

Por una parte, los medios de comunicación ponen de manifiesto el elevado número de inmigrantes que llegan a nuestras fronteras de forma irregular, con sus consecuentes polémicas en referencia a los procesos de repatriación y expulsión aprobados recientemente en nuestro país. Por otra parte, y aunque resulte paradójico, los medios de comunicación denuncian el elevado número de jóvenes españoles que abandonan nuestro país como consecuencia de la crisis económica.

Tomando como base la primera de las realidades antes mencionadas, veremos cómo la Unión Europea ha venido regulando esta materia desde sus orígenes con las primeras políticas sobre inmigración hasta la actualidad, centrándonos particularmente en la controversia generada por la escasa garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares, para posteriormente desarrollar el caso concreto de su regulación en España con la Ley Orgánica 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Proyecto de Ley Orgánica de seguridad Ciudadana.

Finalmente, trataremos una de las cuestiones que resultan más polémicas dentro del ámbito del control de la inmigración irregular a nivel de la Unión Europea, las denominadas “devoluciones en caliente” y la potencial vulneración de los derechos humanos de las personas sujetas a dicho proceso.



## El impacto de la migración en Europa

A lo largo de la historia, los movimientos de población han sido continuos. Los hombres se han desplazado de un lugar a otro con el deseo o, la necesidad de encontrar nuevos hábitats con unas mejores condiciones de vida. Las migraciones son tan antiguas como la humanidad y, no existe hoy Estado ni nación que no sea producto de movimientos migratorios.

En los últimos cien años se han producido migraciones muy intensas, que tienen su origen en trascendentales acontecimientos socio-económicos y políticos (industrialización, grandes guerras, hambres endémicas, despotismos post-coloniales, entre otros) y se mantienen por unas estructuras políticas y económicas internacionales tan desequilibradas, que fuerzan los desplazamientos de población.<sup>2</sup>

En primer lugar nos centraremos en la migración internacional de manera global, para más tarde ver cómo esto afecta a la Unión Europea.

La migración compulsiva está aparejada a diversos costos sociales, económicos, políticos y ambientales. En primer término, podemos destacar la desarticulación de las comunidades y localidades, rurales y urbanas. La pérdida constante de población, reflejada en los datos estadísticos que ofrecen los censos y los conteos de población, es apenas una constatación de lo que de manera cotidiana experimentan los pobladores. La migración es una necesidad permanente para buscar medios de subsistencia allende las fronteras. El despoblamiento no sólo significa una pérdida de población, un descenso en la dinámica migratoria que se observa como decrecimiento anual, quinquenal o decenal a causa de la migración, sino que representa la descomposición del modo de vida y trabajo prevaleciente en esas demarcaciones. Es una fractura de las relaciones sociales comunitarias que trastocan las actividades productivas, los procesos de socialización, las prácticas gubernamentales, el diseño institucional, la organización de las familias y las prácticas políticas.<sup>3</sup>

Los migrantes se insertan de manera precarizada en el mercado laboral del país receptor en condiciones generales de exclusión social. No obstante, contribuyen decididamente al proceso de acumulación y desarrollo del país de destino mediante el abaratamiento laboral, incremento de la competitividad y mejor posicionamiento capitalista; el apuntalamiento relativo del mercado interno mediante el consumo, donde el mercado nostálgico también juega un papel; la reproducción demográfica a través del trasvase poblacional que compensa el menor crecimiento poblacional de los nativos; al fortalecimiento del fondo fiscal mediante el pago de impuestos y al sistema de pensiones; además de aportaciones a la vida social, cultural y política.<sup>4</sup>

2 Jesús Manuel Urbez García, “Inmigración en la Unión Europea”. *Acciones e investigaciones sociales*. 1996. Número 4, p. 157-168.

3 Humberto Márquez Covarrubias, *Desarrollo desigual y migración forzada: Diccionario crítico de migración y desarrollo*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2012. p. 37

4 *Ibíd* p. 31



Europa ha sido siempre un continente marcado por movimientos migratorios muy acusados: inmigraciones e invasiones desde los continentes africano y asiático en tiempos pretéritos, emigración masiva hacia el Nuevo Mundo, primero, y Australia y Nueva Zelanda después, para huir de guerras, persecuciones religiosas y hambrunas, desplazamientos dentro del continente por motivos bélicos y económicos en los siglos XIX y XX, para últimamente volver a ser tierra de inmigración.

En lo que respecta a la Unión Europea de 28 Estados, a los que hay que sumar los países del Espacio Económico Europeo –Noruega, Suiza e Islandia–, los movimientos migratorios hacia éstos han sido y siguen siendo muy dispares, con un denominador común, la entrada a una tierra que promete mejores condiciones de vida que el suelo propio. Esta entrada se ha realizado de forma más o menos ordenada, legal o ilegalmente, pero es el componente económico y laboral, real o imaginado, el que constituye su denominador común y el polo de atracción para el emigrante.<sup>5</sup>

Citando el propio texto normativo europeo: “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.<sup>6</sup>

## Desarrollo normativo de la política europea contra la inmigración irregular

### 1. Primeras políticas sobre inmigración

Los Acuerdos de Schengen y la correlativa Convención de aplicación de 1990 pueden considerarse el embrión de una política común de inmigración, ya que el Convenio de Schengen, como parte del marco jurídico e institucional de la UE, se ha expandido paulatinamente hasta incluir a la mayoría de los Estados miembros y a algunos países extracomunitarios<sup>7</sup>. Sin embargo, el nacimiento efectivo de la política común de inmigración debe remontarse, sin duda, al Tratado de Ámsterdam 1999, con el que se “comunitariza” la cuestión a través de su inserción en el Título IV del Tratado CE. La disciplina de la inmigración fue, en consecuencia, trasladada del “método intergubernamental” al “método comunitario”, que permite la adopción de actos vinculantes como directivas y reglamentos europeos.

5 Casado López, M. L. “Inmigración y Políticas de regularización en la Unión Europea”. III Seminario inmigración y Europa: inmigración y derechos de ciudadanía. España: Editorial CIDOB. 2006. p. 9-35.

6 Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47-199.

7 Síntesis de la legislación de la UE – Europa. Libre circulación de personas, asilo e inmigración, 28 Noviembre 2009, [en línea]. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm), consulta: 7 abril 2015, 17:18



Los ámbitos de intervención contemplados en el Tratado de Ámsterdam permitían ya, potencialmente, la adopción de una completa política común de inmigración y, en particular, permitían afrontar la cuestión de la inmigración irregular en sus aspectos más relevantes. Se permitía, así, adoptar medidas comunes sobre las condiciones de entrada y residencia de los ciudadanos de terceros países, sobre la inmigración y residencia irregulares y sobre el retorno de los extranjeros irregulares. Se encontraban particularmente detalladas, además, las medidas aplicables en materia de asilo y las referidas a los refugiados y desplazados, construyendo así las bases para la realización de un político común también en este campo.

A diez años del Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de diciembre de 2009, ha dispuesto la renovación del marco normativo de referencia también en lo que afecta al asilo y la inmigración. Las políticas sobre estas han sido colocadas en el interior del Título V de la tercera parte (artículos 67-89) del TFUE, relativo a la construcción del Espacio de libertad, seguridad y justicia, que, tal se proclama desde las disposiciones generales del Capítulo I, la Unión debe procurar «con respeto a los derechos fundamentales». En el Capítulo II del Título V, que contiene la regulación de las políticas relativas al asilo y a la inmigración, el Tratado señala los puntos que se refieren a la acción europea sobre la inmigración. La cual debe asegurar, en cada fase: una eficaz gestión de los flujos migratorios; un igual tratamiento de los ciudadanos extranjeros residentes regulares; la prevención y la lucha reforzada contra la inmigración irregular y la trata de seres humanos. Como es obvio, el punto de mira de la acción común en materia migratoria se centró inicialmente en la gestión de los flujos de entrada y, en particular, en la espinosa cuestión de la inmigración irregular asociada a aquella que constituye, como se verá más adelante, uno de los aspectos más complejos de la incipiente política europea de inmigración. En este específico ámbito, el Tratado confirma la competencia de la Unión para adoptar medidas concernientes a las condiciones de entrada y residencia, a la inmigración clandestina y a la permanencia irregular, incluidos el alejamiento y retorno de los extranjeros irregulares. A la Unión se le autoriza, además, a celebrar acuerdos de readmisión con terceros países que permitan el alejamiento a los países de origen o de procedencia de los extranjeros que se hallen irregularmente en un Estado miembro.

El Tratado de Lisboa contiene, así, las bases jurídicas que autorizan a la Unión a progresar en su proceso de integración en el ámbito de la inmigración y, en especial, en el ámbito de la política de lucha contra la inmigración irregular; si bien su concreto desarrollo dependerá, como siempre, de la efectiva voluntad de los Estados a la hora de crear una verdadera política común europea de inmigración.<sup>8</sup>

---

8 Universidad de Granada, 2015. [en línea]. Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 6 abril 2015, 17:30



## 2. Las políticas contra la inmigración irregular y su incompatibilidad con los Derechos Fundamentales. Especial mención a la directiva 2008/115/ce de retorno

Partiendo de las disposiciones contenidas en el Tratado de Ámsterdam y, posteriormente, en el de Lisboa, la Unión ha tratado de desplegar una acción propia en el ámbito de las políticas migratorias. Desde este punto de vista, parece oportuna una breve referencia al primer Programa plurianual en la materia, contenido en las Conclusiones que adoptó el Consejo Europeo de Tempere de 1999. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Tempere de 1999 surge la necesidad que tiene Europa de afrontar cuestiones que afectan al asilo y a la inmigración teniendo siempre muy en cuenta la cuestión del respeto a los derechos fundamentales y colocando siempre en primer plano las garantías personales. Por lo que atañe a la inmigración irregular, el Consejo Europeo auspició una gestión más eficaz de los flujos migratorios. Sobre todo era necesario incrementar, por medio de la coordinación con los países de origen y de “tránsito”, es decir, todos aquellos terceros Estados cuyas fronteras son atravesadas por los inmigrantes que se dirigen a Europa; las campañas de información sobre las opciones de inmigración regular y, al mismo tiempo, era necesario adoptar las medidas que fueran necesarias para combatir cualquier forma de trata de seres humanos. A tal fin, se subrayaba la importancia de reforzar la cooperación y la asistencia recíproca entre autoridades estatales encargadas del control de fronteras, así como se destacaba la importancia de incrementar la colaboración entre consulados de la Unión Europea en terceros países para favorecer una política común en materia de visados. Ha de subrayarse que el Consejo de Tempere consideraba a los inmigrantes clandestinos “víctimas” de actividades criminales y, en consecuencia, reconocía la necesidad de garantizar sus derechos.

Las líneas-guía indicadas por el Consejo de Tempere en relación con la adopción de una política común de inmigración no fueron secundadas de un modo totalmente coherente en los años posteriores por las instituciones europeas y no fueron, por tanto, traducidas en una regulación comunitaria plenamente respetuosa con los derechos de los extranjeros. Con el enorme incremento del fenómeno migratorio y, con él, de la inmigración irregular, que se suma a la aparición, con todos los visos de urgencia y excepción, de la cuestión del terrorismo internacional y las exigencias de seguridad pública, crece indudablemente la percepción de inseguridad de los ciudadanos europeos. La embrionaria política europea de inmigración se ha desarrollado así concentrándose esencialmente en la vertiente de las políticas de lucha contra la inmigración irregular, lo cual ha generado, de modo casi inevitable, críticas por lo que se refiere a la tutela de algunos derechos fundamentales. La necesidad de llevar a cabo una eficaz política contra la inmigración irregular ha comportado, en la práctica, la adopción de ciertas medidas no siempre compatibles con los derechos.

En el ámbito de las medidas de lucha contra la inmigración clandestina, el retorno de los extranjeros que carezcan de permiso de residencia representa uno de sus aspectos más importantes. Como resulta evidente, la adopción de un eficiente sistema de retorno es un instrumento eficaz para luchar contra la inmigración irregular porque desalienta el desarrollo



de este tipo de flujos migratorios de entrada en la Unión Europea. Al mismo tiempo, sin embargo, las medidas normativas referidas al retorno inciden, desde diversos puntos de vista, en la esfera de los derechos de la persona y, por tanto, se ponen totalmente en evidencia sus problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales.

La Unión Europea pronto se encaminó a adoptar una serie de medidas que, a pesar de hacer referencia en un modo absolutamente genérico al respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros afectados, se concentraban en los aspectos de la cooperación entre Estados para facilitar las expulsiones, pero sin entrar en los aspectos más decisivos de las políticas de retorno.

Casi diez años después de concebirse una política europea de inmigración, la Directiva 2008/115/CE, conocida como “Directiva de retorno”, ha tratado de colmar esta laguna introduciendo, por primera vez, un conjunto de normas comunes para armonizar las regulaciones nacionales del retorno de extranjeros irregulares. Tal Directiva representa el emblema de la política común europea de inmigración tal como ha sido desarrollada en la última década: junto al propósito de garantizar los derechos inviolables existen, disposiciones que terminan por incidir negativamente en algunos de aquellos derechos.<sup>9</sup>

La Directiva 2008/115/CE que contiene las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular entró en vigor a principios de 2009.

En términos generales, el objetivo primordial de esta Directiva fue el de armonizar, en el seno de la Unión, las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a la detención, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada de las personas que se encontrasen dentro de su territorio en situación irregular.

En particular, desde la adopción de este instrumento normativo, las dudas han girado en torno a: la duración del periodo de retención de los inmigrantes irregulares, que pueden prorrogarse por causas no imputables al retenido, en casos excepcionales, hasta los dieciocho meses; la sistematización de la prohibición de entrada en el territorio europeo, que puede imponerse hasta por un periodo de cinco años, constituyendo una doble sanción para el expulsado; la ausencia de las condiciones de seguridad para el inmigrante irregular respecto al Estado al que pueda ser remitido y, por último, en cuanto al tratamiento específico de los grupos especialmente vulnerables como, por ejemplo, las mujeres, los menores, los refugiados y solicitantes de asilo.

Podemos identificar en el ámbito internacional una serie de instrumentos que han sido ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea y que imponen obligaciones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales que es preciso respetar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Nos referimos esencialmente:

---

9 Universidad de Granada, 2015. [en línea] Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 10 abril 2015, 10:50.



- Al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- Al Convenio Europeo de Extradición de 1957, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.
- Al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- A la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y por último,
- A la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

Esta serie de instrumentos internacionales impone, por una parte, obligaciones a los Estados, y por otra, establece un estándar internacional que asegura y protege al inmigrante en cuanto titular de derechos humanos y al margen de su situación administrativa.<sup>10</sup>

Entre los aspectos positivos del texto, deben ser referidos dos aspectos generales de aplicación de la Directiva que dan cuenta de la voluntad de avanzar en la adopción de medidas comunes importantes, tanto para la lucha contra la inmigración irregular, como para una aproximación equilibrada y respetuosa con las garantías del extranjero. El primero alude a la clara voluntad de lograr una aplicación cuidadosa con los derechos, y se concreta en la reafirmación del respeto de los derechos fundamentales, con particular mención de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El segundo aspecto general se refiere a la preferencia esencial que asume la Directiva en favor del retorno voluntario del extranjero, frente al retorno obligatorio, que se traduce en la obligación de los Estados de fijar un periodo adecuado para la salida voluntaria del país de entre siete y treinta días. Además, otro aspecto muy importante afecta al internamiento del extranjero en centros apropiados para garantizar su alejamiento. Se trata de una regulación, sin duda, notable que intenta no ligar automáticamente el retorno del extranjero con la privación de su libertad personal.

La “Directiva de retorno” contiene también, sin embargo, una serie de aspectos problemáticos para los derechos. En primer lugar, por lo que concierne al internamiento del extranjero, se habilita a los Estados miembros para que amplíen el periodo de detención hasta los dieciocho meses, siempre que el propio extranjero no colabore o que existan retrasos en la obtención de la necesaria documentación de un tercer Estado. Se trata de un periodo de tiempo absolutamente excesivo que afecta en un modo objetivamente muy fuerte la libertad personal del extranjero y que, además, no parece justificado desde el punto de vista de su eficacia o utilidad. Siempre en relación con la detención del extranjero, la Directiva

---

10 Cesar Villegas Delgado, “La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Inmigración, Mujeres y Menores*. Sánchez Rodas Navarro, Cristina (Coord.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 383-406.



autoriza a los Estados miembro a ingresar a los extranjeros no sólo en centros especiales sino también, incluso, en centros penitenciarios.

Otro ulterior aspecto problemático de la Directiva está representado por sus disposiciones sobre el retorno y la detención de menores. La Directiva autoriza, de hecho, la expulsión de menores no acompañados, si bien con la condición de que sean reagrupados con un miembro de su familia o con un tutor o de que sean colocados en servicios de acogida adecuados que lo acojan, sin más precisión, en el país de retorno.

Debe recordarse, por último, que la Directiva autoriza el retorno del extranjero irregular no sólo al Estado de procedencia, sino incluso a países en los cuales el extranjero hubiera simplemente transitado antes de acceder a Europa, y siempre que se hayan estipulado acuerdos bilaterales con estos últimos países. La cuestión resulta además delicada porque provoca el riesgo de violaciones de un importante principio del Derecho internacional, el principio de «*non refoulement*».<sup>11</sup>

## Desarrollo normativo de la política española contra la inmigración irregular

### 1. Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

En España ha habido dos (podríamos decir incluso tres) grandes reformas del marco jurídico de la gestión migratoria, que pueden identificarse, aunque no se limiten únicamente, a la LO 7/1985 y la LO 4/2000, pudiendo discutirse si la reforma del Reglamento de Extranjería, por RD 155/1996 constituyó o no uno de esos momentos de cambio de modelo o de modificación estructural del mismo. El resto han constituido más bien ajustes o modulaciones de los elementos fundamentales establecidos en normas precedentes. Es en esta lógica que calificamos de simple ajuste, el último paquete de reformas del que se hace eco el presente trabajo presidido por la LO 2/2009 y desarrollado por el RD 557/2011, incluida la Ley 12/2009, de Asilo.<sup>12</sup>

La reforma constituye una tímida y muy limitada reforma que no pretendía alterar seriamente los elementos fundamentales del modelo migratorio español, sino simplemente ajustar el mismo a la nueva coyuntura, y sobre todo a una serie de disposiciones comunitarias cuya transposición

11 Universidad de Granada, 2015. Scutto, Filippo, Derecho de los inmigrantes en situación irregular. [en línea], Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>, consulta: 10 abril 2015, 18:24

12 Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, y David Moya Malapeira, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España; Régimen Jurídico tras la LO 2/2009*, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012. Pp 16-17.



era inaplazable, al igual que la incorporación de la doctrina de las STC 236/2007 y ss., que habían declarado inconstitucionales algunos preceptos de la reforma de la LO 8/2000.<sup>13</sup>

La reforma de la legislación de extranjería fue presentada al Congreso como proyecto de Ley Orgánica en el último cuatrimestre de 2008 para publicarse en el BOE en diciembre de 2009 como Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La primera de las grandes novedades de la reforma es sin duda la inclusión de un concepto legal de integración social en su art. 2 ter, concepto amplio que pasa a jugar un papel como principio en la Ley y que incluye un conjunto de acciones y que en su proyección sobre las circunstancias concretas de cada extranjero pasa a ser de alguna manera susceptible de valoración a efectos de la obtención y renovación de autorizaciones de estancia y residencia, e incluso para la solicitud de la nacionalidad, una valoración que además pasa a corresponder a las CC.AA. o, en su caso, a los municipios. Esta nueva aproximación es importante por cuanto muestra que el régimen de residencia y nacionalidad pasa de ser relativamente objetivo, a incorporar el componente subjetivo de integración, como baremo para la progresión en los diferentes estatutos de extranjería.

Otro de los elementos que la reforma intenta consolidar es la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, no sólo en el trato a los residentes de larga duración, pues eso estaría en línea con los mandatos procedentes de la Unión Europea, sino también hacia el resto de residentes e incluso con los extranjeros en situación de irregularidad.

Además de la previsión del art. 2 bis sobre la igualdad como principio de la Ley, la reforma consagra libertades para todos los extranjeros como la de reunión, manifestación, asociación o sindicación y huelga. Bien es cierto que la reforma tiende a retrasar la igualdad en el disfrute de algunos derechos sociales condicionándola a la residencia de larga duración. Así mismo, se desarrolla la protección de las víctimas de violencia de género y se reformulan, de forma más garantista, los derechos de los menores no acompañados.

Para cerrar el círculo de control de entrada, se refuerzan los mecanismos de lucha contra las entradas fraudulentas o ilegales, con un nuevo sistema informático de control de entradas y salidas, y la creación de nuevas infracciones administrativas por la prestación de ayuda o asistencia a los inmigrantes irregulares o la reagrupación familiar fuera de los cauces legales. Estas medidas se acompañan de un reforzamiento de los mecanismos de retorno de extranjeros en situación irregular.

De hecho, parece ser un rasgo de la reforma interpuesta por la Directiva de Retorno la combinación de medidas de protección e integración de los extranjeros regulares con un cierto endurecimiento del régimen de control, infracciones y sanciones, particularmente de las medidas de retorno de extranjeros en situación irregular. Otro rasgo fundamental

---

13 *Ibíd* p 26.



de la reforma es el acondicionamiento de la Ley a la nueva distribución de competencias, que confirmada con reservas por la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, requiere de todo un aparato orgánico para su coordinación y despliegue que la Ley apenas se limita a esbozar, y cuya concreción es de índole fundamentalmente reglamentaria. Esas nuevas competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo y sobre integración, requerirán toda una cultura de colaboración en este ámbito que sería positivo que se extendiera más allá de estas concretas submaterias también al resto de aspectos relacionados con inmigración, y que como en este trabajo se apunta deberían traducirse en una fuerte potenciación de la Conferencia Sectorial de Inmigración.<sup>14</sup>

## 2. El proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana. Las devoluciones en caliente

### 2.1 El Proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC en adelante) de 1992 fue la primera norma legal que abordó la regulación de las cuestiones relacionadas con la seguridad ciudadana desde los principios y valores recogidos en el texto constitucional.

La LOPSC tuvo una buena valoración por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues supuso un importante avance en la regulación de las potestades de actuación en el ámbito de la protección de la seguridad ciudadana, y estableció por primera vez un catálogo de infracciones y sanciones en la materia.<sup>15</sup>

Si nos centramos en cómo esta nueva Ley de Seguridad Ciudadana afectaría a los extranjeros encontramos referencia a los mismos en el Capítulo segundo, más concretamente, en el artículo 13 se establece la acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros.<sup>16</sup>

También encontramos referencias a los extranjeros que se hallen en territorio español en las disposiciones finales de este texto normativo, así pues, en la Disposición Adicional Primera se establece la adición de una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

14 Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, y David Moya Malapeira, *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011 Pp 15-22.

15 Gobierno de España. Ministerio de interior. 2014. [en línea]. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto\\_LOPSC\\_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21](http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto_LOPSC_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21), consulta: 20 mayo 2015. 19:34

16 España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4 [en línea] Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF), Consultado: 30 mayo 2015. 14: 25



*«1. Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*

*«2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.*

*«3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».<sup>17</sup>*

## 2.2 Las Devoluciones en Caliente

Tras la aprobación de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, se legalizan las devoluciones de quienes sean detenidos en el vallado fronterizo, sin necesidad de procedimiento administrativo alguno ni garantías como derecho a la defensa jurídica e intérprete. Además, y aunque se especifica que las solicitudes de protección internacional “se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos”, se deja la puerta abierta a la exclusión del derecho de asilo a miles de personas provenientes de países en conflicto que intentan acceder a nuestro país, vinculando indebidamente este derecho a la forma de entrada en territorio español.<sup>18</sup>

De acuerdo a la Directiva de retorno el procedimiento de devolución debe ser gradual. Los nacionales de terceros países indocumentados deberían ser acogidos por un periodo que oscile entre siete y treinta días para organizar voluntariamente su salida del país, antes de que se tomen medidas para llevar a cabo la salida forzada.

Sin embargo, la Directiva de Retorno permite a los Estados la posibilidad de abstenerse a ofrecer un periodo de salida voluntaria, o garantizar un periodo inferior, en caso de que haya “riesgo de fuga”.

La Directiva de Retorno hace referencia a la protección de los derechos humanos durante el proceso de deportación y la posibilidad de posponer el traslado cuando pueda violar el principio de no-devolución.

---

17 España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4 [en línea] Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF), Consultado: 30 mayo 2015. 16:25

18 ACOGE, 2015. [en línea]. Disponible en: <http://acoge.org/recorte-de-libertades-y-derechos-con-la-aprobacion-de-la-ley-de-seguridad-ciudadana/>, Consulta: 31 mayo 2015. 12:30



España implantó la Directiva de Retorno de acuerdo al marco temporal declarado por la Unión Europea, aprobando la Ley Orgánica (LO 2/2009) en 2009 que reforma la anterior ley de migración (Ley Orgánica de Extranjería, LO 4/2000). La Ley 2/2009 es diferente de la anterior Ley en muchos sentidos. En primer lugar, introduce una serie de regulaciones generales para las autoridades públicas que tratan con la repatriación de los migrantes indocumentados: coordinación con las políticas de la Unión Europea, dirección de los flujos migratorios conectado con el mercado de trabajo de cada Estado miembro, el problema de la inmigración irregular y coordinación con los países de origen y tránsito a través de tratados bilaterales.

En España, los inmigrantes detenidos son retenidos en un Centro de Internamiento para Extranjeros dónde esperan a ser deportados. Los migrantes sin documentación deben afrontar alguna de estas situaciones: la expulsión (considerada al mismo tiempo como una medida administrativa y criminal), la prohibición de volver a entrar después de una orden de expulsión (que después de la implementación de la Directiva de Retorno implica un máximo de 5 años, en lugar de 10).

La expulsión, que es uno de los requisitos previos a la detención de la que depende la deportación de los inmigrantes ilegales, continua considerándose una medida especial mientras que lo habitual es multar. Esto es según la ley española y de acuerdo a la interpretación de la Corte de Justicia de la Unión Europea, que afirma que los Estados miembros no están obligados a sacar a los migrantes sin documentación de su territorio, en su lugar, pueden elegir otro tipo de medidas contra la inmigración irregular.

La LO 2/2009 mejora, las garantías y eficacias de los procedimientos de repatriación y sus salvaguardas legales. Refuerza el mecanismo de “salida voluntaria” que debería ser la forma estándar de repatriar los migrantes indocumentados y somete la imposición de medidas restrictivas como la expulsión al principio de proporcionalidad.

Autores y legisladores critican cómo el artículo 63-bis LOEX pretende implementar el artículo 7 de la Directiva de la Reforma. Muchos se quejan de que el alto número de excepciones a la salida voluntaria amenaza con anular sus efectos positivos. De hecho, más allá de las excepciones señaladas en la Directiva de Retorno, o aquellas que derivan directamente de ella. La nueva Ley española también delinea otras circunstancias que pueden excluir la posibilidad de la salida voluntaria. La LOEX determina que el periodo establecido para la salida voluntaria no estará garantizado si (1) el extranjero tiene antecedentes criminales, (2) cuando haya riesgo de que el inmigrante expulsado pueda intentar evitar el contacto con las autoridades, por ejemplo si él/ella no tiene una dirección fija o un documento de identidad, (3) cuando el extranjero intenta activamente evitar ser expulsado y finalmente (4) cuando el extranjero viola las medidas de seguridad.

Como resultado de esta amplia gama de circunstancias donde es posible denegar a los inmigrantes indocumentados la posibilidad de la salida voluntaria, hay un notable



crecimiento en el número de casos donde los inmigrantes se enfrentan a ser detenidos mientras esperan la deportación.

La implementación de la Directiva de Retorno provocó importantes cambios en la LO 4/2000 en relación con la regulación con la detención de los inmigrantes: el periodo máximo de detención se amplió de 40 a 60 días, a las ONGs y a otras entidades públicas se les permitió visitar los centros, etc.<sup>19</sup>

De este modo, el nuevo texto implica un claro retroceso respecto al reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros puesto que está dirigido a restringir o limitar fuertemente sus derechos y libertades cuando su situación no haya sido regularizada, produciéndose, no sólo la desaparición de algunos derechos respecto a la Ley originaria, sino también la vinculación directa entre la titularidad y el disfrute de derechos y libertades y la residencia o estancia legal en territorio español, lo cual ofrece dudas y levanta sospechas de inconstitucionalidad, sobre todo para aquellos derechos fundamentales respecto de los que no deja de ser sorprendente la diferencia de trato, y el alcance de esta diferencia, sobre la base de la situación administrativa del inmigrante. Bajo estas premisas, para proceder al estudio del tratamiento que la L.O. 8/2000 otorga a la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades del Título I CE por parte de los inmigrantes se hace preciso distinguir claramente aquellos derechos proclamados como principios rectores y que la ley extiende a todos los inmigrantes con independencia de cuál sea su situación de estancia, que pueden constituir una obligación para los Estados de procurar un mínimo vital de subsistencia y ayuda a todas las personas mientras que se encuentren en su territorio y, por consiguiente, bajo su jurisdicción, íntimamente vinculado a la dignidad humana y a su existencia como ser humano y a su desarrollo, del tratamiento otorgado a los derechos fundamentales, o a derechos vinculados, inicialmente, a la nacionalidad o ciudadanía, cuyo tratamiento legislativo ha levantado sospechas de inconstitucionalidad, que han dado lugar a la interposición de numerosos recursos de inconstitucionalidad: la libertad de residencia y circulación; derecho al trabajo; el derecho a la educación; las libertades de reunión manifestación y la libertad de asociación, y el derecho a la tutela judicial efectiva, con especial consideración a la negación de asistencia jurídica a los extranjeros no residentes en determinados supuestos.<sup>20</sup>

La legalización de la denominada devolución en caliente, e incluso el mismo procedimiento elegido para consagrarla, ha recibido infinidad de censuras desde los ámbitos más diversos: judicatura, asociaciones de guardias civiles, responsables de la administración europea, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas...

---

19 Francesca Bertin, Elena Fontanari, y Lucia Gennari, At the limen. *The implementation of the return directive in Italy, Cyprus and Spain*. Alemania: bis500 Digitaldruck. 2013.

20 Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. Goig Martínez, J.M. *Derecho de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*. [en línea], Disponible en: [http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva\\_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf), consulta: 11 junio 2015, 20:00



Los abogados han sido uno de los gremios más críticos con una medida que, estiman, vulnera los derechos de los inmigrantes y contraviene la legislación española y los acuerdos internacionales suscritos por nuestro país. El presidente de la Subcomisión de Extranjería de la Abogacía Española, Pascual Aguelo Navarro, argumenta en una entrevista en el periódico Ceuta Actualidad las razones por las que las devoluciones en caliente suponen un riesgo para la efectiva tutela de los derechos esenciales que asisten a los inmigrantes. Así pues, en esta entrevista declara que en aplicación del control y vigilancia de fronteras, los estados miembros deben actuar dentro del pleno respeto del derecho de la Unión, de los derechos fundamentales y de las obligaciones internacionales. De conformidad con esa legalidad, cualquier decisión o medida de rechazo deberá recoger al menos y en particular las obligaciones relativas a la protección internacional y al principio de “no devolución”. Asimismo, se deberán adoptar de forma individualizada, mientras que las denominadas “devoluciones en caliente”, realizadas sin las mínimas garantías procedimentales no respetan los derechos esenciales citados.<sup>21</sup>

## Conclusiones

Después de haber analizado los retos y desafíos que el fenómeno de la inmigración irregular ha planteado tanto a la Unión Europea como a sus Estados miembros, así como la respuesta normativa, no siempre exenta de polémica, que ambos han dado para tratar de controlar los flujos migratorios, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Actualmente, los migrantes irregulares son un colectivo que no disfruta de los derechos humanos más básicos considerados universales, indivisibles e inalienables y sufren una falta de protección semejante a la de los nacionales de los países a los que migran.
2. Es necesario poner en práctica todos los medios posibles para proteger a los extranjeros que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, para ello, es necesario dotar a la Administración de medios materiales y personales adecuados para que coordine y administre sus funciones de forma más eficiente.
3. La Unión Europea debe crear una política común de inmigración que vincule a toda la Unión y que incorpore un marco normativo de justicia, seguridad y asunto interior, y que refuerce los acuerdos transfronterizos para que, de este modo, se refuercen las competencias de la Unión Europea en materia de entrada, circulación y estancia de inmigrantes.
4. El extranjero no puede ser visto como un problema o enemigo proveniente de países en vías de desarrollo sino como alguien que enriquece la sociedad y que merece ser tratado de manera respetuosa y digna por parte del país en el que se encuentra.

---

21 CEUTA ACTUALIDAD, 7 diciembre 2014, 00:00, [en línea]. Disponible en: <http://www.ceutaactualidad.com/articulo/inmigracion/las-devoluciones-en-caliente-sin-las-minimas-garantias-procedimentales-no-respetan-derechos-esenciales/2014120700000000875.html>, consulta: 11 junio 2015



5. Hoy en día parece ser que las devoluciones en caliente se producen con relativa frecuencia a pesar de su carácter ilegal, con su consecuente daño a los inmigrantes al ser tratados como meros objetos y no como personas con unos derechos humanos que deberían ser respetados con la asistencia médica pertinente y con asistencia letrada para el procedimiento judicial obligatorio que determine su permanencia o no el país receptor, pero bajo ningún concepto debería aceptarse un trato tan denigrante a aquellas personas que llegan a las fronteras de los Estados miembros con el objetivo de aspirar a una mejor calidad de vida que la que podrían llegar a conseguir en su país de origen.

## Bibliografía

ACOGGE, 2015. Disponible en: <http://acoge.org/recorte-de-libertades-y-derechos-con-la-aprobacion-de-la-ley-de-seguridad-ciudadana/>

Bertin, F., Fontanari, E., Gennari, L. *At the limen. The implementation of the return directive in Italy, Cyprus and Spain*. Alemania: bis500 Digitaldruck. 2013.

Boza Martínez, D., Donaire Villa, F.J., Moya Malapeira, D. *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011

-----, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España; Régimen Jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.

Casado López, M. L., “*Inmigración y Políticas de regularización en la Unión Europea*”. III Seminario inmigración y Europa: inmigración y derechos de ciudadanía. España: Editorial CIDOB. 2006.

CEUTA ACTUALIDAD, 7 diciembre 2014. Disponible en: <http://www.ceutaactualidad.com/articulo/inmigracion/las-devoluciones-en-caliente-sin-las-minimas-garantias-procedimentales-no-respetan-derechos-esenciales/20141207000000000875.html>

España. Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Internet. Boletín Oficial del Estado, 3 de Diciembre de 2014, núm. 105-4. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-105-4.PDF)

Gobierno de España. Ministerio de interior. 2014. [consulta: 20 mayo 2015. 19:34]. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto\\_LOPSC\\_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21](http://www.interior.gob.es/documents/10180/2170430/Proyecto_LOPSC_11-07-14.pdf/b9861013-c0c2-4d5c-b517-d971d2397b21)

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>

Márquez Covarrubias, H. *Desarrollo desigual y migración forzada: Diccionario crítico de migración y desarrollo*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2012.



Síntesis de la legislación de la UE – Europa. Libre circulación de personas, asilo e inmigración, 28 Noviembre 2009. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm)

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión*.

Universidad de Granada, 2015. Scutto, Filippo. Derecho de los inmigrantes en situación irregular. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/06FScuto.htm>

Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. Goig Martínez, J.M. *Derecho de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*. Disponible en: [http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva\\_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Nueva_carpeta/APEJ%201%20Juan%20Manuel%20Goig.pdf)

Urbez García, J.M., “Inmigración en la Unión Europea”. *Acciones e investigaciones sociales*. 1996. Número 4.

Villegas Delgado, C., “La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Inmigración, Mujeres y Menores*. Sánchez Rodas Navarro, Cristina (Coord.), Laborum, Murcia, 2010.

# PERPLEJIDADES DE DOS MODELOS CONTRAPUESTOS: UNA MIRADA DESDE ALGUNAS TRANSNACIONALES EXTRACTIVAS A LA CONSULTA PREVIA

---

PERPLEXITIES OF TWO OPPOSITE MODELS:

A VIEW FROM THE MULTINATIONAL EXTRACTIVE COMPANY TO THE PRIOR CONSULTATION

---

✉ Por: Catalina Espinosa-Estrada<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 17 de abril de 2015

## Resumen

*La Consulta Previa (CP en adelante) entendida como el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a participar en las decisiones que puedan afectar su cultura, instituciones, recursos, territorios y, en general su forma de vida, se ha convertido en un tema esencial en los debates actuales. Actualmente, existe un consenso general sobre la obligatoriedad de efectuar la CP para la extracción de recursos naturales, pero también hay gran incertidumbre sobre algunas cuestiones prácticas como las etapas que debe incluir, los tiempos, formas de decisión, los participantes y en especial el alcance del derecho. Ante estas dificultades latentes, en este trabajo se abordará la CP desde la visión de la empresa, con el fin de analizar las percepciones que tienen algunas de las compañías en torno a este derecho, contrastarlas con las normas, principios y jurisprudencia nacional e internacional que les son aplicables y establecer si dichas percepciones están jurídicamente fundamentadas. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones en relación con las perplejidades que se derivan de enfrentar dos modelos de desarrollo contrapuestos; de un lado las políticas nacionales que apuntan a una economía basada en la extracción de recursos naturales como pilar del desarrollo, y del otro las que apuntan a la defensa de los derechos de participación, libre determinación y protección de las comunidades étnicas.*

---

1 Abogada y Negociadora Internacional Universidad EAFIT, Colombia. cespino6@eafit.edu.co



**Palabras clave:** *Consulta Previa, Empresas Multinacionales, Grupos étnicos, Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI).*

## Abstract

*Prior Consultation understood as the fundamental right of tribal people to participate in decisions that may affect their culture, institutions, resources, territories and in general their lives, has become a key issue in today debates. There's a general consensus on the obligation of the Prior Consultation for the extraction of natural resources, but there is also great uncertainty about some practical issues such as the stages it should include, times, ways of decision, participants and especially the scope of the right. Given these latent difficulties, this paper will address the Prior Consultation from the perspective of the company, in order to analyze the perceptions among the companies on this right, compare them with the applicable rules, principles and local and foreign jurisprudence and to establish if these perceptions are legally substantiated. Finally, there'll be presented some reflections about the perplexities arising from two competing models of development; by one side the local policies pursuing an economy based on the extraction of natural resources as a pillar of development, and by the other side aiming the protection of the rights of participation, self-determination and defense of ethnic communities.*

**Key words:** *Prior Consultation, Multinational corporations, Ethnic Groups, Prior Free, Informed Consent.*

## Introduction

Desde la época de la colonia, la relación de los pueblos nativos con sus conquistadores ha estado marcada por una serie de tensiones y conflictos. Tras varios periodos evolutivos, estas comunidades desarrollaron su autonomía, su forma de subsistir en el territorio que habitan, e incluso perfeccionaron principios y reglas para facilitar la vida en sociedad, pero han tenido que padecer el proceso histórico de la colonización como forma de irrupción en sus costumbres, territorios, tradiciones, religión, entorno, entre otros aspectos que influyen su cosmovisión del mundo y formas de vida.

Estas visiones encontradas han dado lugar a diversas regulaciones e instituciones en el ordenamiento interno que han evolucionado con el tiempo, pasando de un "sistema que legitimaba la explotación de las comunidades indígenas y tribales, a la búsqueda de la asimilación de los grupos étnicos al sistema occidental, hasta llegar, en la actualidad, al



reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas<sup>2</sup>, y al desarrollo de la CP como una de las vías para lograr materializar los derechos étnicos reconocidos mediante el diálogo entre el Estado, las empresas y las comunidades.

No obstante, en la actualidad continúan manteniéndose tensiones frente a los derechos sobre los territorios y los recursos naturales que representa un reto, tanto para la implementación efectiva de los derechos de estas minorías, “quienes se han tenido que enfrentar a una perspectiva centralista y unitaria del Estado”<sup>3</sup>, como para la industria y el desarrollo de proyectos extractivistas en dichas áreas, cuyos representantes manifiestan que la CP se ha convertido en un obstáculo para el progreso<sup>4</sup> y constituye el “palo en la rueda al desarrollo social y económico de Colombia”.<sup>5</sup>

## La consulta previa (CP) en un contexto de luchas e intereses contrapuestos

Los conflictos derivados de las perspectivas confrontadas en torno a la participación de las comunidades y de la dispersión normativa e incertidumbre frente al mecanismo, han hecho que la cantidad e intensidad de los conflictos sociales relacionados con estas comunidades aumente considerablemente y que la CP se haya convertido en un campo sociojurídico de batalla, en el que diversos actores disputan en torno a lo que significa consultar y ser consultado, a quiénes se consulta, cuándo se consulta, para qué se consulta y, sobretodo, qué ocurre cuando no se llega a un acuerdo o no se obtiene el consentimiento sobre la medida objeto de estudio.<sup>6</sup>

En el caso colombiano, la CP se introdujo en 1991 con la adopción de una nueva Constitución Política que recalcó el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural;<sup>7</sup> momento en el cual Colombia decidió dar un giro a su comprensión de los pueblos indígenas al consagrar una serie de disposiciones constitucionales que reconocen la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Adicionalmente, con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, mediante la ley 21 de 1991, se despidió de su visión decimonónica según la cual había que reducir a los salvajes a la vida civilizada, y se creó un nuevo escenario de protección a la diversidad cultural y el reconocimiento de la autonomía de las comunidades para el desarrollo de las relaciones del Estado y grupos étnicos.

---

2 Ana Sabina Rodríguez, “El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al CLPI: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación”, en: *Colección Textos Útiles*, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho Grupo de Derecho de Interés Público, Bogotá, vol. 03.13, núm. 3, marzo 2013. p.5.

3 A. Rodríguez, *Op.cit.*, p. 6.

4 “El dilema de la consulta previa”. *Revista Semana* (27 de febrero de 2012), [en línea], disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-dilema-consulta-previa/254088-3>, consulta: 30 de agosto de 2015.

5 “¿El palo en la rueda?”, *El Espectador*, (12 de febrero de 2013), [en línea], disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-palo-rueda-articulo-404470>, consulta: 3 de septiembre de 2015.

6 Cesar Rodríguez, “Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados” Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, vol 1, 2012, p.



Sin embargo, el contexto de adopción del mecanismo estuvo marcado por la concurrencia de dos proyectos políticos opuestos - de una lado, el proyecto neoliberal que favorece el desmonte de las empresas estatales y de las medidas proteccionistas de la industria local, así como la liberalización comercial y la paulatina llegada de la inversión extranjera,<sup>8</sup> y, del otro, el giro multicultural que aboga por la defensa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales. Esta dicotomía ha generado que el reconocimiento del derecho a la CP como mecanismo para garantizar los derechos e intereses de los pueblos indígenas dentro de un modelo de desarrollo hegemónico represente un avance, pero, en la medida en que aún subsisten múltiples discusiones en cuanto a la definición, alcance y consecuencias de la inaplicación de la CP, dicho instrumento no sea suficiente para garantizar a cabalidad los derechos de estos actores.

Es así, como en las palabras de Cesar Rodriguez Garavito, este es un campo social que presenta ciertas particularidades, puesto que se trata de “campos sociales minados”, que se caracterizan por relaciones de poder asimétricas entre las empresas que extraen recursos naturales y las comunidades que detentan el derecho sobre los recursos, donde la presencia mediadora estatal es casi nula y “dominan las sociabilidades violentas y desconfiadas y cualquier paso en falso puede resultar letal.”<sup>9</sup> Según esta teoría de los campos sociales, desarrollada por Pierre Bourdieu y Gunther Teubner,<sup>10</sup> un campo se encuentra determinado por la existencia de un capital común y la lucha por su apropiación, dando lugar al conflicto entre los actores que compiten por el acceso a los recursos específicos. Así, la CP sería un campo social, en el cual ciertos actores -autoridades, corporaciones, compañías multinacionales, grupos étnicos e incluso la academia- luchan entre sí para hacer predominar su interpretación del derecho y el establecimiento de un modelo específico de desarrollo a seguir que privilegie sus propios intereses.

## Dispersión normativa

Además de los conflictos ideológicos mencionados en el capítulo anterior, es necesario resaltar que el desarrollo de la CP se ha caracterizado por la difusión de normas nacionales e internacionales de todo tipo que regulan el problema y consagran diversos enfoques y grados de protección y precisamente, parte de las dificultades en cuanto a la definición de la CP, se encuentra en la proliferación de normas, reglamentos y directrices de diversas instituciones sobre el tema.

7 Yulieth Teresa Hillón, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, en: *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Volumen n.º 41, enero-junio de 2014.

8 “Gloria Patricia Lopera, Robert Dover, “Consulta previa, ciudadanía diferenciadas y conflicto socioambiental”, en: *Boletín de Antropología*. Universidad de Antioquia, Medellín, Vol. 28, N°45, 2013. p.7.

9 *Ibíd.*, p.14.

10 Pierre Bourdieu, Gunther Teubner, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en: ediciones Uniandes. ed. *La fuerza del Derecho*, Bogotá, 2000.



Las normas vigentes en materia de CP se han caracterizado por incorporar tensiones y visiones diferenciadas de los actores involucrados en ellas -entre estos las autoridades y órganos encargadas de regularla, empresas, grupos étnicos, organizaciones no gubernamentales, etc.- en cuanto al grado de protección otorgado a los derechos de los pueblos étnicos. Asimismo, se ha generado cierta incertidumbre frente al mecanismo de CP en relación con su significado, participantes, y sobre todo se genera una pugna respecto al alcance de este derecho. Lo anterior, puesto que algunos organismos han entendido que lograr el consentimiento de los grupos étnicos constituye un requisito para el desarrollo de proyectos, mientras que otras instituciones tan solo lo perciben como un fin de la consulta y establecen que esta no puede convertirse en ningún caso en el derecho a vetar proyectos.

Las discusiones giran principalmente en torno al debate entre CP y Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI en adelante); es decir, la discusión sobre el grado de participación de las comunidades y el consentimiento como requisito o como un fin deseable más no necesario. En este contexto, se pueden identificar tres paradigmas de gestión de la alteridad: asimilación, multiculturalismo neoliberal y multiculturalismo contra-hegemónico.<sup>11</sup> La “asimilación” es entendida como un modelo en el que se concibe al otro como objeto de aplicación de políticas de desarrollo y se percibe la CP como la simple socialización del proyecto, sin que se produzcan escenarios sobre el diseño y ejecución del mismo, sino que, a lo sumo, se está dispuesto a negociar con los líderes de las comunidades algunas medidas de mitigación de los impactos del proyecto a cambio de que no lo obstaculicen. El “multiculturalismo neoliberal” es visto como un modelo que propende por la pluralidad jurídica; este aboga por regulaciones flexibles para promover la concertación entre actores públicos y privados. En este modelo, se hace énfasis en los procedimientos y defensa de la CP a través de la judicialización de los conflictos, en los cuales se busca un espacio de participación para la comunidad con el ánimo de lograr el acuerdo sobre la decisión de explotar o no los recursos y la forma de hacerlo. Además, el consentimiento no es un requisito para la ejecución del proyecto. Finalmente, tenemos el “multiculturalismo contra-hegemónico”, como un paradigma que entiende la autodeterminación como el derecho a tener control efectivo sobre el territorio, los recursos y las condiciones de reproducción del grupo, de manera que las comunidades puedan decidir si se explotan o no los recursos y la forma de hacerlo, estableciendo la necesidad de lograr el CLPI para el desarrollo de los proyectos (atribuyendo así a estos grupos poblacionales el poder de veto).<sup>12</sup> No obstante, pese a la dispersión normativa existente, es posible vislumbrar algunas obligaciones concretas para las empresas extractivas en materia de CP, respecto de las cuales existe un consenso general entre los diversos órganos del ordenamiento jurídico nacional y el sistema internacional.

En primer lugar, se ha llegado a un acuerdo sobre la necesidad de que los pueblos indígenas y tribales sean consultados sobre los proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus territorios. Por esta razón, la empresa

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> G Lopera, *Op.cit.*



extractiva de recursos naturales no puede desconocer esta obligación, ni dar inicio a proyectos de exploración o explotación de recursos sin efectuar la CP.

Igualmente, existe un acuerdo general sobre los principios que deben guiar a las empresas en la realización de consultas, así se ha dicho que los procesos consultivos deberán: (a) entablarse diálogos legítimos previos al inicio de los proyectos, libres de cualquier presión o coacción y orientados por el principio de buena fe; (b) ajustarse a las normas propias de la comunidad para la designación de representantes y mecanismos de adopción de decisiones; (c) emprenderse como un espacio de comunicación e intercambio entre iguales y con la intención de llegar a un acuerdo que recoja en la mejor medida los derechos de los pueblos y los intereses de los otros participantes; (d) respetar los tiempos requeridos por las comunidades para la adopción de decisiones; (e) caracterizarse por la lealtad, el respeto y la consideración mutua, que se materializan a través de una clara, completa y adecuada transmisión de la información relativa a los impactos del proyecto a desarrollar y sus efectos para los grupos étnicos concernidos.

En relación con el alcance de la CP y la implementación del CLPI como un requisito para el desarrollo de los proyectos extractivos y no como una simple finalidad, el debate continúa y oscila entre las tres posturas mencionadas anteriormente. El lenguaje del consentimiento ha sido incorporado, por ejemplo, en la Declaración de la Organización de Naciones Unidas (ONU en adelante) sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los pronunciamientos del Relator especial de la ONU para cuestiones Indígenas y el desarrollo jurisprudencial reciente de la Corte Constitucional. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho nacional e internacional sobre el tema incorporan una concepción débil de la CP, sin exigir que los Estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que resulta en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener.

Dada esta ambigüedad, el objetivo que debe tener la CP sigue siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión. Sin embargo, a partir de algunas normas emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales que son jurídicamente vinculantes para Estados y empresas, es posible llegar a la conclusión de que hay tres casos en los cuales existe un acuerdo general sobre el deber de la empresa extractiva de lograr el CLPI para la realización de proyectos. Estos casos son los siguientes: i) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, ii) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, iii) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

Efectuado el recuento de las obligaciones que surgen para las empresas de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de CP, se procederá en el capítulo siguiente a analizar las percepciones que tiene estas compañías frente a algunos temas asociados a este derecho. Estas fueron reconocidas usando el método de investigación cualitativa



mediante un acercamiento con los sujetos de la indagación que consistió en entrevistas personales semiestructuradas a algunos funcionarios de empresas multinacionales extractivas domiciliadas en Colombia.

Posteriormente, al final del próximo capítulo, se contrastará la posición de los sujetos de la investigación con las normas que los vinculan en materia de CP y CLPI, a fin de establecer si las percepciones y prácticas generalizadas de estos sujetos están jurídicamente fundamentadas y si las críticas planteadas al mecanismo son sustentables a la luz de la regulación existente.

## Una mirada desde la empresa extractiva a la consulta previa (CP)

### 1. Esencia de la consulta previa (CP)

En principio, los representantes de las empresas entrevistadas, entienden la CP como el “mecanismo que permite a las comunidades indígenas, afrodescendientes y pueblos Rom decidir sus prioridades y elegir un modelo de desarrollo que se ajuste a estas”,<sup>13</sup> como la facultad a “participar de las decisiones respecto de medidas legislativas que puedan afectarlos o frente a la ejecución de proyectos relacionados con sus territorios o recursos para garantizar sus derechos humanos y en especial la libre determinación de los pueblos”.<sup>14</sup> Pero, a la vez, es un mecanismo que, más allá de percibirse como un instrumento para garantizar los derechos de las comunidades étnicas minoritarias, genera cierto temor en el sector. Según los representantes interrogados, muchas veces representa un obstáculo para la compañía en el desarrollo de proyectos extractivos “porque nunca se sabe el costo económico que va a tener ni el tiempo por el que se va a extender”.<sup>15</sup> Además, afirman que su aplicación se vuelve problemática por diversas dificultades al interior de las comunidades, como la desconfianza frente a los ejecutores, la corrupción, la falta de disposición al diálogo y también resulta complicada porque el gobierno ha asumido un rol pasivo en las consultas y ha prestado poco apoyo a los procesos consultivos.

En cuanto a los objetivos que deben perseguir los procesos consultivos, nos encontramos nuevamente con la misma ambivalencia. Las empresas reconocen la defensa efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas protegidos en el ordenamiento colombiano como uno de los fines esenciales de los procesos, pero siempre que esa participación en las decisiones que los afectan y la garantía de sus derechos no “implique frenar el desarrollo de los proyectos y las iniciativas privadas” o incluso otras la ven como un formalismo.

Ante esta posición, se analiza que si bien es cierto que la CP ha contribuido a la desaceleración de algunos proyectos, no debe percibirse como el “palo en la rueda del desarrollo”, sino que debe entenderse como la forma de participación efectiva con la que cuentan los grupos

13 Entrevista personal No 1, 15 de marzo de 2014.

14 Entrevista personal No 6, 20 de marzo de 2014.

15 Entrevista personal No 2, 7 de marzo de 2014.



étnicos minoritarios y una manera de enriquecer los proyectos. Este es pues un mecanismo reconocido en el ordenamiento jurídico nacional e internacional que no puede desconocerse y que según lo consagrado en estos instrumentos, no debería verse como un simple trámite o como un proceso adversarial, sino como un diálogo intercultural en el que los participantes pueden aprender de los demás a través del intercambio de información. Por las razones anteriormente expuestas, no es adecuado que la empresa privada extractiva perciba la CP como un obstáculo para el desarrollo de los proyectos o un trámite más para obtener la viabilidad ambiental y lograr proseguir con los proyectos extractivos. Por el contrario, debería darle el reconocimiento requerido a este instrumento al interior de la organización y velar porque se adopten políticas internas tendientes a la ejecución de consultas serias, responsables y orientadas por el principio de buena fe, para así poder avanzar un poco en la armonización de los derechos de estas comunidades y los derechos de las compañías.

## 2. Regulación y necesidad de una ley estatutaria

Al indagar sobre la regulación existente a nivel nacional en materia de CP, la claridad y seguridad jurídica que esta ofrece a los inversionistas privados, los representantes de las empresas coincidieron en decir que es una reglamentación completa en algunos aspectos pero que presenta vacíos frente a otros. Ante esta indeterminación, la investigación arrojó como resultado que el sector considera necesario expedir una ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la CP cuyos temas centrales sean: la estandarización de las formas de representación y decisión, los límites temporales a la CP, la implementación de algunas obligaciones para las comunidades en el proceso, el diseño de mecanismos para la identificación de impactos sociales, la fijación de unos montos límite a los que puedan ascender las compensaciones económicas, algún tipo de sanción para los participantes por no cumplir con los principios que deben guiar la CP y, finalmente, la delimitación del alcance del derecho.

Algunas de estas necesidades están jurídicamente fundamentadas, pero hay algunos puntos que implican una violación al principio de progresividad como la estandarización de las formas de representación y mecanismos para la toma de decisiones. Pues esto hace que la CP no se efectúe según las normas de representación de cada comunidad, sino que se establezca un procedimiento específico para la toma de decisiones; hecho que pese a facilitar gestión de empresarial, desconoce los derechos adquiridos de las comunidades frente a la defensa de su identidad. Los pueblos afectados tienen el derecho a decidir de conformidad con sus procesos específicos de adopción de decisiones y mediante sus propias instituciones representativas.

Otro punto inadmisibles es el establecimiento de límites temporales a los procesos de CP, porque cada proceso tiene sus propias particularidades y debe ajustarse a los usos y costumbres de cada comunidad. Así, limitar el tiempo de adopción de decisiones a cada pueblo es desconocer el derecho a que se respeten sus propias formas e instituciones. Finalmente, la petición de establecimiento de unos montos límite a los que pueden ascender los acuerdos económicos en los procesos de consulta, implicaría la violación del derecho a una reparación justa y equitativa de las comunidades, pues no se puede perder de vista



que el objetivo de estas prestaciones es mitigar los impactos de un proyecto específico y, por eso, la suma fijada dependerá de las circunstancias de cada caso.

### **3. Compensación y mitigación de impactos**

En relación con los mecanismos de compensación de impactos, las empresas estuvieron de acuerdo en que el tema es bastante polémico y que aún no está muy desarrollado en la normatividad existente. Manifestaron que dentro de su política de mitigación están dispuestos a asumir compromisos económicos para atenuar los impactos que efectivamente causen, siempre que no se comprometa la viabilidad financiera de los proyectos.

Estas empresas señalaron además que se rigen por los acuerdos en materia de compensación a los que se llegue en la CP, pero revelaron que, en ocasiones, estos acuerdos realmente no se ajustan a los impactos efectivamente generados. Lo anterior, porque aún no es muy clara la forma de identificarlos ni de tasar los aparatos adecuados de reparación. Además, para los representantes de las empresas estudiadas es desalentador el panorama en torno a la compensación “porque se termina llegando a acuerdos que nada tienen que ver con los impactos discutidos que se identifican en los estudios de impacto ambiental, sino en los que la empresa entra a remplazar al Estado cubriendo necesidades básicas insatisfechas”.

Exteriorizaron además, que como generalmente las comunidades consultadas son poblaciones alejadas donde la presencia del Estado ha sido precaria, hay altos niveles de pobreza, necesidades de alimentación, fuentes de empleo, educación, salud, vivienda, estos pueblos ven en la compensación por los impactos del proyecto la única posibilidad de resolver parte de sus necesidades insatisfechas.

Ante este panorama, es claro que la empresa no puede sustituir al Estado porque se desdibujaría la finalidad de la CP; no es adecuado que las comunidades vean a las compañías como una carta de salvación frente a las carencias derivadas del abandono estatal. Por lo anterior, sería pertinente que se desarrollen pautas que sirvan como guía para entablar las negociaciones; en este aspecto la percepción de la empresa se encuentra jurídicamente fundamentada.

### **4. De la consulta previa (CP) al consentimiento libre previo e informado (CPLI)**

En relación con el alcance del derecho a la CP, las empresas manifestaron que el CPLI lo perciben como un fin y no como un requisito para el desarrollo de los proyectos; por tanto, bajo ninguna circunstancia puede constituirse en un poder de las comunidades para vetar las actividades. Para ellas, este es un tópico confuso, frente al que falta desarrollo normativo. Sin embargo, afirman que si se implementa podría representar el palo en la rueda para el desarrollo del país, porque si un grupo sabe que puede vetar el proyecto, siempre querrá una compensación mayor y no se llegará al acuerdo.



Al respecto, como lo han mencionado las empresas y como hemos visto en el marco normativo desarrollado, frente al tema del CLPI, existe una gran dispersión normativa con interpretaciones distintas de lo que este significa. En otras palabras, se han consagrado diferentes alcances en los instrumentos nacionales e internacionales que ofrecen poca claridad a las empresas extractivas. No obstante, estas no pueden desconocer que de los instrumentos existentes se desprende una obligación clara: cuando el grado de afectación sea tal que pueda afectar la subsistencia de la comunidad, se deberá obtener el CLPI. Por esta razón, una negativa absoluta al CPLI resultaría injustificada a la luz de la regulación existente en materia de CP. Es cierto que puede ser difícil lograr el consentimiento, pero esto no faculta a la empresa para desconocer el reconocimiento de este derecho.

## 5. Principios rectores de los procesos consultivos

Al indagar sobre los principios que deben guiar la CP y la aplicación de los mismos, se encontraron algunos vacíos en las empresas que no garantizan que la consulta sea realmente previa al inicio de los proyectos y que las comunidades cuenten con toda la información necesaria para la adopción de decisiones que sean libres e informadas. Se pudo establecer que es común que las compañías efectúen las CP por su cuenta para evitar retrasos en sus proyectos, ignorando la institucionalidad estatal, ejecuten estudios sobre los impactos fuera de la oportunidad indicada en la normatividad relativa a la CP, no tengan en cuenta a las comunidades en la realización de estos estudios y no se cercioren de que la transmisión de información sobre los proyectos sea plena. Cuando las empresas efectúan la CP por su cuenta, no se pueden garantizar decisiones imparciales de la comunidad, pues dejar de lado al Estado, repercute en la falta de garantías y protección de las comunidades en los procesos consultivos y, de alguna manera, profundiza las asimetrías de poder existentes entre las comunidades y la empresa privada. Por esto, para cumplir el principio de buena fe, es necesario que el Estado desempeñe un rol activo en las consultas; acompañando a las comunidades, asesorándolas, garantizando una transmisión completa y oportuna de la información y evitando cualquier tipo de presión o coacción en los procesos.

En cuanto a los tiempos de ejecución, se pudo concluir que normalmente los Estudios de Impacto Ambiental no respetan la oportunidad establecida en el sistema normativo ni agotan la participación de las comunidades en su construcción. Estos son estudios que requieren un tiempo significativo de ejecución, pero que no se inician con la antelación suficiente a la ejecución del proyecto, y es común que la realización de las consultas se dé sin concluirlos, porque para ellas es inviable adelantar este tipo de procesos sin tener seguridad sobre la realización de las actividades. Con estas conductas, se evidencia una violación al requisito de la consulta sea previa, libre e informada pues estas prácticas conllevan a que la población no pueda decidir sobre la base de información completa y definitiva, y así la consulta termina convirtiéndose en un instrumento de legitimación del avance de ciertos proyectos y no un diálogo genuino.



Otra dificultad manifestada es que la discusión se torna compleja ante la falta de conocimientos técnicos de las comunidades porque no es posible discutir objetivamente los resultados de los estudios y por eso muchas veces están prevenidos frente a la empresa y desconfían de la veracidad de la información transmitida. Para contrarrestar estas dificultades, es necesario que los ejecutores sean claros, que utilicen un lenguaje coloquial en la transmisión de los impactos, que acudan a intérpretes y traductores de ser necesario, que utilicen elementos audiovisuales que faciliten la comprensión como mapas, videos, audios, maquetas, folletos, entre otras. También resultaría beneficioso que las comunidades cuenten con el apoyo técnico de un tercero imparcial como mecanismo de contrapeso ante las asimetrías de poder.

## 6. Papel del Estado en la consulta previa (CP)

Adicionalmente, la percepción de la empresa privada frente al rol de garante que debería desempeñar el Estado en los procesos de CP es negativa, destacando que “el Estado brilla por su ausencia”, por la falta de capacidad humana y de recursos económicos. Así mismo, exteriorizaron que gran parte de las obligaciones en cabeza del Estado están siendo trasladadas a la empresa privada, pues normalmente solicitan el acompañamiento estatal, pero cuando este no es oportuno y no se ajusta a los tiempos de los proyectos, deben tomar decisiones prácticas: en algunas ocasiones las empresas deciden hacer las consultas y reuniones con las comunidades por su cuenta y, en otras, optan por cubrir los viáticos de los funcionarios y brindarles todas las facilidades que estos pidan para su desplazamiento.

Pero, ¿Está jurídicamente fundamentada la solicitud de las empresas de contar con mayor acompañamiento estatal, la queja de la transferencia de obligaciones y la decisión de efectuar las consultas de manera independiente? En cuanto a la reivindicación generalizada de las empresas de contar con mayor acompañamiento estatal en los procesos de CP y de reforzar la institucionalidad, esta se encuentra jurídicamente fundamentada en la medida en que los diversos instrumentos internacionales radican en cabeza del Estado múltiples compromisos ineludibles frente a la participación de las comunidades en los proyectos que puedan afectarlas.

Respecto de la posición manifestada sobre la transferencia de obligaciones a la empresa privada por parte del Estado, esta se encuentra parcialmente fundamentada, pues si bien es cierto que corresponde al Estado liderar las CP y acercar a los participantes, para las empresas también surgen ciertas obligaciones de forma directa o indirecta en relación con el respeto de los derechos humanos.

Frente a la decisión de efectuar las consultas de manera independiente, esta es una conducta contraria al ordenamiento jurídico e implica la violación a los derechos de las comunidades de contar con un acompañamiento imparcial del Estado. Ante esta situación, se plantea la necesidad de ampliar la capacidad humana de las instituciones mediante la contratación de más funcionarios de planta, el aumento del presupuesto para el acompañamiento de consultas y en especial la abstención por parte de las empresas de ejecutar conductas sin presencia del Estado.



De acuerdo con los representantes entrevistados, también “se evidencian [algunos problemas] en la fase de certificación de presencia y de áreas tituladas, pues no se cuenta con un sistema de información sobre las áreas habitadas por estas comunidades”. Lo anterior, porque las instituciones a cargo no disponen de información georreferenciada o etnográfica precisa y la certificación puede ser errónea. Dicha afirmación, se ajusta al sistema normativo que rige los procesos consultivos, en la medida en que la certificación de presencia de comunidades es una de las obligaciones definidas en cabeza del Estado, pero no se está efectuando en forma adecuada. Ante esta dificultad, proponen los representantes, como primera medida, efectuar una especie de censo de las comunidades y, de ser posible, trazar mapas en los que se señalen las restricciones por presencia de comunidades. Acto seguido, elaborar un Sistema de Información Geográfica-SIG en el que se delimiten las zonas específicas de presencia de comunidades, las áreas tituladas a estas comunidades, la propiedad ancestral, sus lugares sagrados, de pago o en los que desarrollen actividades para su subsistencia.

Igualmente, las empresas entrevistadas afirmaron que muchos de los funcionarios del Estado son jóvenes sin experiencia, no hay equipos multidisciplinarios que integren diversas áreas del saber. Expresan también que requieren funcionarios integrales, con mayor experiencia y técnicamente competentes que se abanderen de los procesos de CP más allá de aplicar mecánicamente procedimientos estandarizados que no necesariamente tienen fundamento jurídico, ambiental, social o antropológico. Además de esta falencia, los representantes pusieron de precedente la necesidad de que haya mayor coordinación y comunicación constante entre las entidades.

Otras de las dificultades que resaltaron frente a las autoridades encargadas de la CP fueron la alta rotación de funcionarios por los modelos de contratación utilizados en estas entidades y que estos organismos se encuentran politizados y marcados por el clientelismo en los nombramientos que se hacen. Estas quejas frente a la capacidad y calidad de los funcionarios e instituciones que tiene a cargo la CP, se encuentra jurídicamente fundamentada, puesto que el Estado debe garantizar que cuente con equipos adecuados para el acompañamiento de los procesos, que se efectúen contrataciones serias del personal que no estén orientadas por influencias políticas, sino que obedezcan al mérito de los funcionarios.

## 7. Participación de las comunidades étnicas

Finalmente, se evidenciaron dificultades al interior de las comunidades asociadas a la designación de representantes, la adopción de procedimientos específicos para la toma de decisiones y ciertas prácticas que se prestan para la corrupción en los procesos de negociación.

Los sujetos que participaron en la investigación, declararon que es muy complicado que la comunidad se ponga de acuerdo sobre su representante legítimo, que a menudo están bastante fraccionadas e, incluso, hay casos en los que deciden dividirse en pequeños grupos



para negociar de manera independiente (pese a pertenecer a la misma comunidad) o “no reconocen a quien negocia como el líder legítimo que defiende los intereses de la comunidad”. Igualmente, las empresas afirmaron que algunas veces se presentan dificultades con los representantes seleccionados, porque no simbolizan los verdaderos intereses de toda la comunidad, sino que persiguen beneficios personales de cuenta del proceso.

Frente a la crítica anterior, es cierto que a menudo estos procedimientos pueden ser largos y complicados. Sin embargo, es necesario recordar que de acuerdo con el marco normativo analizado, la empresa privada no debe desconocer las normas internas de representación y toma de decisiones de las comunidades. Para evitar estos incidentes, la fase de preconsulta debe tomarse seriamente; es importante que se realice de forma oportuna, que la comunidad cuente con el tiempo suficiente para ponerse de acuerdo y que durante este proceso la empresa extractiva realmente se preocupe por entender la cultura y las dinámicas propias de cada comunidad. De esta manera, será posible que el representante que elijan sea percibido como legítimo y los acuerdos a los que se llegue sean aceptados por toda la comunidad. Finalmente, es fundamental evitar la cooperación con dirigentes impuestos o autonombrados que no sean reconocidos por la comunidad afectada y asegurarse de que los representantes rindan cuentas ante su grupo poblacional.

Entre estos representantes, existe además una idea generalizada de la necesidad de contrarrestar la corrupción al interior de estos pueblos durante los procesos de negociación. Afirmaron que es común que en la práctica haya empresas inescrupulosas que en la mayoría de los casos “compran” la aprobación de las comunidades y en otros casos líderes corruptos que se sientan a negociar con empresas serias que no acceden a sus prerrogativas. Aseveran que estos actores “distorsionan el objetivo general de la consulta con dinero y regalos que pretenden resarcir los daños ambientales de forma fácil y superficial”.

Ante esta situación, es fundamental el compromiso del sector, es decir, que de manera generalizada se abstengan de dar contraprestaciones en dinero, regalos o atenciones especiales a estos líderes que puedan ser malinterpretadas, y que busquen que las compensaciones pactadas favorezcan a la comunidad y no únicamente a los sujetos que negocian en su nombre. Igualmente, se requiere mayor presencia de las instituciones estatales en estas negociaciones para controlar los sobornos durante estos procesos y evitar que algunos líderes inescrupulosos soliciten prebendas para no bloquear los proyectos

## Conclusiones

Después de este recorrido por las percepciones de las empresas objeto de estudio y su análisis jurídico, se cuestiona si la adopción de un modelo extractivista como uno de los pilares de desarrollo económico es compatible con el auge de la protección de los derechos de las comunidades étnicas minoritarias, pues ante la coexistencia de estos dos modelos, se han intensificado las pugnas sociales, políticas, jurídicas y económicas.



Esa lucha por determinar qué hacer con los recursos naturales en territorios ocupados por comunidades étnicas desde diferentes orillas es evidente en el ámbito jurídico. Como se analizó, tanto en el sistema normativo nacional como internacional se presentan tensiones frente al grado de protección de los derechos de estos grupos y al alcance del núcleo esencial de los mismos. Adicionalmente, no hay un consenso general sobre el significado de ser consultado, la oportunidad para hacerlo, los objetivos de las consultas y, sobretodo, sobre lo que ocurre en caso de no obtenerse el consentimiento sobre la medida objeto de estudio. Igualmente, el conflicto de estos modelos de desarrollo se percibe en el plano social y económico; enfrentando a actores privados y a comunidades por la defensa de sus derechos sobre los territorios y los recursos naturales existentes. De un lado, la mayoría de las comunidades parecen percibir la CP como una garantía de supervivencia y se han tenido que enfrentar a un modelo de desarrollo que propende por la reprimarización de la economía. Del otro, nuestro objeto de estudio, la industria extractivista, la cual encuentra, además de un ordenamiento jurídico que propende por sus actividades, un modelo multiculturalista y protector de la diversidad.

Desde la percepción de los actores privados, la CP, como escenario de concertación, representa algunos desafíos invencibles al enfrentar el desarrollo de una sociedad y las condiciones de vida de una comunidad. Las empresas extractivas investigadas se inclinan prevalentemente por un modelo asimilacionista en la medida en que consienten la realización de consultas para que las comunidades tengan el derecho a participar en las decisiones que puedan afectar sus formas de vida, siempre que esta participación no sea opuesta a los intereses económicos de la empresa privada y no constituya un obstáculo para la ejecución de proyectos que favorecen el desarrollo de la nación. Aplican de manera selectiva los instrumentos jurídicos que consagran pautas para el desarrollo de la CP, desconociendo aquellos que consagran un mayor grado de protección para las comunidades y que plantean una postura más garantista frente al núcleo esencial del derecho a la CP, pues de ceñirse por estos estándares los proyectos podrían prolongarse en el tiempo y encarecerse. Reconocen de manera limitada los derechos a las comunidades a participar, a decidir sus prioridades, a beneficiarse de sus propios territorios y recursos naturales, con el argumento de que el interés general debe primar sobre los derechos de unos pocos. Están dispuestos a dar voz a las comunidades frente a los proyectos, pero sus impactos sociales y ambientales no son informados a estos pueblos de manera oportuna y plena porque estas prácticas generarían retrasos y sobrecostos a los proyectos.

El análisis de estos elementos, hace evidente que la premisa defendida por los actores privados según la cual las empresas extractivas de recursos son promotoras de desarrollo económico para todo un país es incompatible con un modelo multiculturalista contrahegemónico. La pregunta que queda en el ambiente es ¿qué posibilidades existen de tejer puentes entre estas cosmovisiones del mundo enfrentadas? Según la perspectiva de las empresas, la respuesta es desalentadora. Si bien podrían emprenderse algunas acciones tendientes a mejorar los diálogos y acercamientos entre las comunidades y las compañías, no es posible la satisfacción cabal y la defensa de los intereses de los actores



enfrentados porque, finalmente, luchan por la apropiación de recursos naturales escasos, cuya concesión a uno implica la negación para el otro.

Ante los conflictos anteriores cabe señalar que, si bien es cierto que la CP puede convertirse en un mecanismo poderoso que juegue un papel fundamental en la materialización de los derechos de las comunidades étnicas, actualmente sigue siendo un desafío cómo llevarlo a la práctica, de manera que se satisfagan los derechos de los participantes enfrentados y se logre establecer un efectivo de diálogo intercultural en el que no se desnaturalice este mecanismo por imponer los intereses de unos actores frente a otros. Por ahora, mientras se espera aquel que salga ganador, quizá en los campos sociales minados de la CP continúe la pugna por los elementos procedimentales de su puesta en marcha, dejando de lado, ya sea en la indeterminación, en el derecho blando, en la dispersión o en lo meramente académico, lo sustancial.

## Bibliografía

Colombia, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento-CODHES. *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*. Documento 24, Bogotá, 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Hillón, Yulieth Teresa, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, en: *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Volumen n.º 41, enero-junio de 2014.

Lopera, Gloria Patricia, y Robert Dover, “Consulta previa, ciudadanías diferenciadas y conflicto socioambiental”, en: *Boletín de Antropología*. Universidad de Antioquia, Medellín, Vol. 28, N°45, 2013.

Rodríguez, Ana Sabina, “El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al CLPI: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación”, en: *Colección Textos Útiles*, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho Grupo de Derecho de Interés Público, Bogotá, vol. 03.13, núm. 3, marzo 2013.

Rodríguez, Cesar, “Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, vol 1, 2012.

-----, et al, *La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Estándares del Derecho Internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, programa de Justicia Global y Derecho Humanos, 2010.

# ORDEN JURÍDICO TRANSNACIONAL DE LA GUERRA

---

## TRANSNATIONAL LEGAL ORDER OF WAR

---

✉ Por: Isabel Aguirre-Alvarez<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 3 de junio de 2015

### Resumen

*La guerra, al ser un fenómeno que genera tanta destrucción y sufrimiento, se convirtió en materia de regulación internacional con el objetivo de aminorar sus consecuencias más devastadoras. Esto dio lugar a un orden jurídico transnacional de la guerra, en el que se identifican instrumentos internacionales convencionales y consuetudinarios que restringen las necesidades de la guerra y la conducción de las hostilidades. Dichos instrumentos regulan los medios y métodos legítimos en los conflictos armados de orden internacional e interno, distinguen entre combatientes y no combatientes y privilegian los derechos humanos vigentes, tanto en tiempo de guerra, como en tiempo de paz. En este orden jurídico, se identifican diferentes actores, tanto estatales como no estatales, que hacen viable la consolidación de este cuerpo normativo y el cumplimiento de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Es con estas pretensiones que el derecho internacional humanitario vigente en tiempo de guerra, se ha consolidado como complemento del orden jurídico transnacional de los derechos humanos.*

**Palabras clave:** Guerra, Derecho Internacional Humanitario, Orden jurídico transnacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional.

---

1 Abogada Universidad EAFIT, Medellín-Colombia. [iaguirr1@eafit.edu.co](mailto:iaguirr1@eafit.edu.co)



## Abstract

*War, as a phenomenon that generates great destruction and suffering, has become a matter of international regulation, aiming to lessen its more devastating consequences. This has resulted in a transnational legal order of war, in which can be identified conventional and customary international instruments that restrain the needs of war and the conductions of the hostilities. Those instruments regulate the legitimate means and methods of warfare in times of international and non-international armed conflict, the distinction between non-combatants and combatants, and privileges the human rights applicable in time of war as well as in times of peace. In this legal order, different actors can be identified as both state and non-state actors that make feasible the consolidation of this transnational legal order and the fulfillment of the basic principles of International Humanitarian Law (IHL). It is with those pretensions, that the International Humanitarian Law applicable in time of war has been established as a complement of the transnational legal order of human rights.*

**Key words:** *War, International Humanitarian Law, Transnational Legal Orders, Human Rights, International Law.*

## Introducción

Al ser la guerra un fenómeno que se ha presentado a lo largo de la historia de la humanidad, y que pareciera ser inevitable, se han hecho esfuerzos para aminorar los aspectos más crueles propios de ésta. Es así como se ha establecido una normatividad en el ámbito internacional que impone límites al uso de la violencia a la cantidad necesaria para lograr el objetivo del conflicto armado que —independientemente de las causas que lo generan—, será aquella la necesaria para el debilitamiento del potencial militar del enemigo, restringiendo los medios y métodos en la conducción de las hostilidades y protegiendo los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario (DIH en adelante), esto es, la distinción entre combatientes y no combatientes, la prohibición de infligir sufrimiento no necesario, el principio de necesidad militar y proporcionalidad.<sup>2</sup> Además, impone obligaciones equitativas a todos los actores, tanto estatales como no estatales, que participen en los conflictos internacionales o internos, con la finalidad de convertirlos en sujetos de derecho internacional, para, dado el caso, responsabilizarlos por las violaciones a las normas de la guerra; por esto, en un contexto de diversos conflictos armados, se hace pertinente y relevante el estudio de la regulación de la guerra.

---

<sup>2</sup> Marco Sassolí, et al., *How Does Law Protect In War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*. 2. <sup>a</sup> Ed., International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, Vol. 1.



Así, el DIH como orden jurídico transnacional, desarrolla los postulados de los derechos humanos en el contexto de la guerra, ya sea guerra exterior o conflictos armados internos que perturben el orden social, económico y político vigente. Sus postulados están dirigidos a la protección de los derechos humanos de los combatientes (de manera restringida), y de aquellos que no participan en los conflictos armados de manera directa.

El presente texto tiene como objetivo identificar el orden jurídico transnacional de la guerra como una herramienta metodológica para la comprensión de un fenómeno de trascendencia internacional, ofreciendo un panorama general del DIH y de cómo éste supone la consolidación de un orden jurídico transnacional, caracterizado por su simpleza y, al mismo tiempo, por su complejidad.

Se habla de simpleza porque su esencia se puede resumir en unos cuantos preceptos de fácil comprensión, esto es, no atacar a los no combatientes; atacar a los combatientes solo mediante medios legales; tratar a los prisioneros de guerra con humanidad y proteger a las víctimas; Por otro lado, su complejidad radica en que dicho orden jurídico solo será aplicable en ciertos escenarios que no son de fácil definición y dependerán de la situación en concreto, ya que un mismo acto podrá tener diferentes calificativos, dependiendo del contexto, ya sea legal, ilegal o crimen de guerra.<sup>3</sup>

Para dar cumplimiento a los objetivos planteados, el presente texto se dividirá en dos capítulos; en primer lugar, se abordarán los conceptos generales de DIH y orden jurídico transnacional, para que, en un segundo momento, se pueda construir el orden jurídico transnacional de la guerra, identificando cómo ésta supone un ámbito específico de regulación internacional. Se enunciarán las normas de derecho internacional que operan en dicho ámbito normativo, además de la confluencia de diversos actores, tanto estatales como no estatales, llamados a garantizar la protección de los derechos humanos en un contexto de guerra. Finalmente, se expondrán las conclusiones.

## Conceptos generales de Derecho Internacional Humanitario y orden jurídico transnacional

### 1. La guerra cómo fenómeno objeto de regulación y Derecho Internacional Humanitario

La guerra es tan antigua como la historia de la humanidad, según Jean Pictet<sup>4</sup> de los “5.000 años de historia, ha habido 14.000 guerras, que han causado la muerte de 5.000 millones de seres humanos”;<sup>5</sup> Una de las connotaciones más comunes de guerra, es que ésta supone

3 Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3.ª ed., Brussels, Bruylant, 2002, p. 921-922.

4 Ex presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, precursor de los Convenios de Ginebra de 1949 y jurista del CICR por más de 40 años.

5 Jean Pictet, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986 p. 93.



un conflicto entre grupos políticos organizados que entregan la resolución del mismo a la lucha armada, en la cual la violencia es colectiva y organizada.<sup>6</sup>

Así, en un primer lugar y para establecer la procedencia de un orden jurídico transnacional de la guerra, la doctrina ha analizado si existe la posibilidad o no de regulación jurídica de este fenómeno, pues aún hoy, muchos cuestionan y niegan el hecho de que el Derecho pueda regular un comportamiento tan excepcional, anárquico y violento como un conflicto armado, sin embargo, es un hecho que la regulación doméstica prohíbe los conflictos armados internos y la normatividad internacional condena los conflictos internacionales; cuestiones como si es posible que se restrinja legalmente el comportamiento humano cuando la supervivencia individual o colectiva está en juego, aviva el debate sobre la posibilidad legal de la regulación de la guerra.<sup>7</sup> Al respecto se han planteado dos hipótesis; en primer lugar el realismo, que entiende que la guerra es un hecho imposible de regular desde el punto de vista del derecho, por lo que no sería susceptible a ningún tipo de límites o restricciones, por otro lado, está la corriente que considera que la guerra no es una actividad regida por fuerzas de la naturaleza, sino que es obra de la libre voluntad humana, lo que la hace una actividad racional y deliberada, por lo tanto susceptible de normas y de cuyos efectos alguien es responsable. “La guerra no es un ámbito neutro al valor; es una actividad humana sujeta a juicio y reglas, a las exigencias de la moral y del derecho que imponen serias restricciones (...) la guerra resiste normas y puede ser sometida en su práctica a alguna disciplina para moderar sus efectos más bárbaros y destructivos”.<sup>8</sup>

En consecuencia el DIH, parte de la segunda corriente de pensamiento, y por lo tanto, mediante una serie de normas regula la conducta de las partes en una confrontación armada, con el propósito fundamental de garantizar la supervivencia de la humanidad y minimizar el sufrimiento de los seres humanos involucrados en la guerra.

El DIH es parte del derecho internacional que regula las relaciones entre los Estados. Está integrado por acuerdos firmados entre Estados —tratados o convenios—, por el derecho consuetudinario internacional que se compone de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho. Sin embargo, sin desconocer la utilidad y las pretensiones del DIH, y como es de esperarse en un contexto en el cual la violencia es la protagonista, este cuerpo normativo encuentra múltiples limitaciones en su definición, puesto que no prohíbe el uso de la violencia, no protege a

6 Norberto Bobbio, “La idea de la paz y el pacifismo”, en: *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 162 y ss.

7 Marco Sassolí et al., *How Does Law Protect In War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*. 2.ª Ed., International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, Vol. 1.

8 Gloria María Gallego García, “Las restricciones a la guerra”, en: *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores; Universidad EAFIT; Universidad de Zaragoza; AECID, 2011, pp. 83 y ss.



todos aquellos afectados por un conflicto armado, no hace distinción según el propósito del conflicto, no prohíbe a las partes el vencer a su enemigo, y presupone que las partes en un conflicto armado tienen objetivos racionales.<sup>9</sup>

Como se ha notado, este conjunto de normas y principios, tienen como finalidad limitar los efectos adversos de los conflictos armados mediante la protección de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y la limitación de los métodos y medios de hacer la guerra. Las normas de DIH son obligatorias para los miembros de la Fuerza Pública, y los grupos armados organizados ya sean insurgentes o contrainsurgentes, así como para todos los civiles que eventualmente participen en las hostilidades, esto con la intención de reconocerles subjetividad jurídica a los actores no estatales y así poderles atribuir responsabilidad ante la comunidad internacional por crímenes de guerra.<sup>10</sup>

## 2. Orden Jurídico Transnacional

Después de abordar el concepto general de DIH, y con el propósito de construir el orden jurídico transnacional de la guerra, es indispensable hacer referencia a lo que se entiende por un orden jurídico transnacional, teniendo en cuenta la doctrina de los autores Terence Halliday y Gregory Shaffer en su texto *“Órdenes jurídicos transnacionales”*.<sup>11</sup>

Así, los órdenes jurídicos transnacionales abarcan órdenes legales que varían en su alcance geográfico, desde acuerdos bilaterales a órganos de gobierno regionales hasta ordenamientos de regulación global.

En consecuencia, este concepto desborda los límites del derecho internacional público y privado, pues tradicionalmente el derecho internacional público se refiere en gran parte al ordenamiento jurídico que abarca las relaciones entre los Estados y el funcionamiento de las organizaciones internacionales creadas por los estados, mientras que el derecho internacional privado se ocupa tradicionalmente de conflictos entre jurisdicciones nacionales que reclaman competencia sobre las actividades transnacionales de actores privados; el derecho transnacional los comprende a ambos.

Los órdenes jurídicos transnacionales responden al desarrollo de nuevas formas de conexiones sociales transnacionales que reflejan la globalización económica y cultural. En distintos campos, empresas y actores de la sociedad civil, participan en contextos sociales más allá del Estado Nación. Estos procesos estimulan el desarrollo de diversas redes y la creación de un orden jurídico transnacional que institucionaliza dichos procesos.

---

9 Marco Sassolí et al., *How Does Law Protect In War? Cases, Documents And Teaching Materials On Contemporary Practice In International Humanitarian Law*. 2.ª Ed., International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, Vol. 1.

10 Curso básico en Derecho Internacional Humanitario; Módulo 1: El origen del DIH; Cruz Roja Colombiana.

11 Terence C, Halliday, Gregory Shaffer: *Transnational legal orders*, Cambridge University Press, 2014.



En entonces como el concepto de orden jurídico transnacional comprende tres elementos fundamentales:

- a. Busca producir orden en un dominio de actividad social o área temática que ha sido entendida como un “problema” al cual se le deba hacer frente.
- b. Es jurídico en cuanto tiene una forma legal, es producida por un órgano jurídico transnacional, o está dirigido a un órgano jurídico nacional.
- c. Es transnacional en tanto que ordena las relaciones sociales que trascienden al Estado de una forma u otra.

Con todo, la institucionalización de los órdenes jurídicos transnacionales se materializa cuando confluyen las normas y la práctica con el fin de darles pautas a los diversos actores sobre cuales normas aplicar en un contexto concreto, En ese sentido la institucionalización efectivamente ocurre cuando los actores tienen un cuerpo normativo que reglamenta su accionar en la materia objeto de regulación. Así pues, su institucionalización dependerá del asentamiento normativo y de la alineación del mismo, es decir, que en efecto haya compatibilidad entre las normas nacionales y las que se van a aplicar en el ámbito transnacional. Puede concluirse en este punto que el orden jurídico transnacional para la guerra está debidamente institucionalizado y alineado con otros órdenes que propenden por la materialización y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de las limitaciones anteriormente mencionadas para su aplicación.

Cuando de órdenes jurídicos transnacionales se trata, y en general en la dinámica internacional, es de gran importancia anotar el protagonismo que cobran los actores no estatales en la consolidación e institucionalización de un orden jurídico. El concepto de actores no estatales, ha sido entendido de diversas maneras, y se le ha dado diversos alcances, sobre todo en lo atinente a derechos humanos; pues en lo que concierne a grupos al margen de la ley, el entender que dichos grupos están obligados bajo el derecho internacional a proteger los derechos humanos, significaría darles un estatus especial casi a nivel de estado, lo que de alguna manera implicaría su legitimidad; sin embargo, bajo la óptica del DIH, es necesario imponer dichas obligaciones, y darles subjetividad internacional para responsabilizarlos de las violaciones a las normas de la guerra.

Así, generalmente se entiende por actor no estatal cualquier entidad que no sea un estado, usualmente hace referencia a grupos armados, terroristas, la sociedad civil, grupos religiosos o corporaciones, sin embargo, diferentes definiciones se han dado en textos internacionales, según el contexto y la necesidad.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Para más información, remitirse a: Andrew Clapman, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.



## Orden Jurídico Transnacional de la Guerra

Con lo anteriormente expuesto, esto es, los conceptos generales de Derecho Internacional Humanitario y de orden jurídico transnacional como una herramienta teórica, se pretende en este acápite realizar la construcción del orden jurídico transnacional de la guerra, teniendo en cuenta las circunstancias facilitadoras y los orígenes de este orden jurídico transnacional, como el estado actual del mismo.

Los orígenes del DIH se remontan a la historia misma de la humanidad y de las guerras, en el intento de las personas de regular el comportamiento de las partes enfrentadas en los conflictos bélicos. Diversas civilizaciones se encargaron de crear reglas con el fin de proteger a las víctimas en la guerra y limitar o prohibir el uso de ciertos métodos utilizados por los combatientes por causar daños excesivos en las personas. Algunas de estas reglas reconocidas por la costumbre, fueron posteriormente elevadas a instrumentos internacionales que se conocieron como el Reglamento de Usos y Costumbres en la Guerra, de las cuales aún se conservan algunas disposiciones tanto en el DIH consuetudinario como en el convencional.

Sin embargo, este orden jurídico transnacional encuentra un importante y trascendental desarrollo con la participación de Henry Dunant, quien al ser testigo de la atrocidad y del sufrimiento causado en la batalla de Solferino en 1859, batalla en la que murieron alrededor de 40.000 personas, y al observar la carencia de asistencia a los soldados heridos y a los civiles, decidió dedicar su vida a la promoción de la protección de las personas en la guerra a través de normas y reglas humanitarias que minimizaran el sufrimiento causado por las confrontaciones bélicas; así en 1862, Henry Dunant escribió el libro “ Recuerdo de Solferino”, en el que destacó la importancia de que se formaran sociedades de socorro en cada país, a fin de intervenir en tiempo de guerra en la asistencia de los heridos en el campo de batalla e inició un movimiento que se conocería como el Comité Internacional de la Cruz Roja, institución de trascendental importancia para la consolidación de este orden jurídico.

Es entonces como, antes de la década de 1860, las normas que regulaban las formas en que podían librarse los conflictos armados eran impuestas por gobernantes y jefes militares o eran producto de algún acuerdo entre las partes, firmado con el fin de resolver cuestiones del momento. Si bien en ciertos casos el objetivo de esas normas era la protección de recursos vitales, como las fuentes de provisión de agua, o de personas, como los soldados o los individuos que no participaban en las hostilidades, normalmente no prohibían ciertas prácticas que la sociedad actual consideraría inaceptables.



En la actualidad se pueden identificar diversos instrumentos internacionales para la regulación de la guerra, que aunque está proscrita en el preámbulo de la Carta de San Francisco de junio de 1945, guiarán el legítimo actuar en el contexto de guerra.<sup>13</sup>

Así, el DIH se encuentra esencialmente contenido en los cuatro convenios de Ginebra de 1949,<sup>14</sup> en los que son parte casi todos los Estados. Convenios que se completaron con otros dos tratados: Los protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Además de la predecesora Convención de la Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Hay asimismo otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes. Son principalmente:

- La Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus Protocolos
- La Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas
- La Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales y sus cinco protocolos

---

### 13 Instrumentos de DIH en el tiempo

1000 AD Formaciones consuetudinarias humanitarias iniciales Conclusión de tratados conteniendo cláusulas humanitarias (cláusulas sobre paz, armisticio, capitulación)

1864 Primera Convención de Ginebra

1868 Declaración de San Petersburgo a fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra,

1899 Declaración de la Haya – Conferencia Internacional de Paz- Prohíbe el empleo de balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo.

1906 Revisión de la Primera Convención de Ginebra. Convención sobre protección Náufragos.

1907 Convenciones de La Haya, sobre la Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

1925 Protocolo de Ginebra sobre armas químicas

1929 Revisión Primer Convención y Convención relativa a la Protección de los Prisioneros de Guerra.

1949 Los Cuatro Convenios de Ginebra (revisión 1ª, 2da, 3ra Convenciones de Ginebra. Creación del Convenio para la Protección de la Población Civil)

1954 Convención de la Haya para la protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado.

1977 Protocolos adicionales I y II a las Convenciones de Ginebra de 1949

1980 Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

1993 Convención sobre armas químicas

1995 Protocolo I Convención de la Haya, Relacionado a armas láser cegadoras

1996 Revisión de la convención de 1980

1997 Convención sobre la Prohibición sobre la producción, uso, transferencia de Minas Antipersona (Tratado de Ottawa)

14 Éric David, Principes de droit des conflits armés, 3.ª ed., Brussels, Bruylant, 2002, p. 921-922.



- La Convención de 1993 sobre armas químicas
- El Tratado de Ottawa de 1997 sobre las minas antipersona

Por otro lado, al ser la costumbre una de las fuentes principales de este orden normativo, además de los instrumentos señalados, se aceptan muchas otras disposiciones del DIH como derecho consuetudinario, es decir, como normas generales aplicables a todos los Estados, así, la práctica generalizada, aceptada y reconocida como derecho en lo relativo a la conducción de las hostilidades y la protección a los no combatientes, hace parte fundamental de este orden.

En lo relativo a la aplicabilidad del DIH, éste solo se aplica en caso de conflicto armado, no cubre las situaciones de tensiones internas ni disturbios interiores, como son los actos aislados de violencia. Sólo es aplicable cuando se ha desencadenado un conflicto, y opera de manera automática a todas las partes, sin tener en cuenta quién lo inició; como se dijo anteriormente, una de las dificultades más grandes de este orden jurídico, es precisar bajo que situaciones es aplicable y en cuáles no.<sup>15</sup>

El DIH distingue entre conflictos entre estados y conflictos armados internos, con regulación especial para cada una de las diferentes categorías; aunque no es el objeto del texto, no está de más aclarar que en los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un mismo Estado, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes, o grupos armados entre sí. En estos conflictos se aplica una serie más limitada de normas, en particular las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra y el Protocolo adicional ii.

En relación con el grado de institucionalización de este orden jurídico transnacional, hay que decir que su aplicación está determinada principalmente por la voluntad de las partes en conflicto de respetarlo y cumplirlo a cabalidad. Sin embargo a fin de mejorar el cumplimiento y exigibilidad del mismo se han establecido tres tipos de medios de aplicación que se expresan a continuación:

*Preventivos:* Se basa en la obligación que tienen los Estados de respetar y hacer respetar las normas. Para ello se tienen mecanismos de prevención como la difusión del DIH, lo más ampliamente posible tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, la adopción de medidas legislativas, que permitan garantizar el respeto del DIH y de las personas protegidas; ejemplo: reglamentar el uso de emblemas de protección, la creación de oficina de registro e información, identificación del personal sanitario, normas de atención a víctimas con enfoque diferencial – mujeres, niños, niñas adolescentes, adultos mayores etc., adopción de normas de sanción frente a las infracciones al DIH entre otros.

---

15 Para más información, remitirse al texto: Marco Sassóli et al., *How Does Law Protect In War? Cases, Documents And Teaching Materials On Contemporary Practice In International Humanitarian Law*. 2.ª Ed., International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, Vol. 1. P.108.



De *Control*: Estos se prevén para la duración de los conflictos y permite velar constantemente la aplicación de las normas del DIH. Ejemplo: Vigilancia de organismos nacionales de control (vigilancia procuraduría en los procedimientos de la fuerza pública, de funcionarios públicos) vigilancia de organismos internacionales (ACNUDH)- CICR entre otros.

De *Represión*: basadas en la obligación que tienen las partes en conflicto de reprimir y sancionar las infracciones al DIH recurriendo a tribunales nacionales o a tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional en caso de cometerse infracciones graves, consideradas crímenes de guerra.<sup>16</sup>

En este orden jurídico transnacional se pueden identificar diversos actores que confluyen para el debido funcionamiento del mismo, encontramos como organismo de administración de Justicia la Corte Penal Internacional, creada con el Estatuto de Roma adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la “Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”. Dicho estatuto entra en vigencia el 1 de julio de 2002, en el cual se atribuye a la Corte, la competencia en la resolución de las acusaciones que se hagan a los altos mandos por crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidios cuando la justicia nacional no se haya pronunciado.

De suma importancia en este orden, se encuadra el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, como la red humanitaria más grande del mundo; está integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (FICR); y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

El CICR es una organización independiente y neutral que presta protección y asistencia humanitaria a las víctimas de los conflictos armados, en este sentido toma medidas para responder a las emergencias y promueve, al mismo tiempo, el respeto del DIH y su aplicación en los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, el desarrollo del DIH está íntimamente relacionado con el origen del Comité Internacional de la Cruz Roja, pues éste tiene por mandato promover los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

La FICR es el órgano federativo de las Sociedades Nacionales, el cual organiza, coordina y dirige la asistencia internacional a las víctimas de catástrofes de diverso tipo, tiene como finalidad estimular, facilitar y promover todas las formas de actividades humanitarias realizadas por las Sociedades Nacionales, con el propósito de prevenir y aliviar el sufrimiento humano, así contribuye al mantenimiento y la promoción de la dignidad humana.

Las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, integradas por voluntarios y funcionarios, prestan una amplia gama de servicios que van del socorro en

---

<sup>16</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario: Respuesta a sus preguntas. Cartilla. Ginebra. CICR Publicaciones.



casos de desastre a la asistencia a las víctimas de los conflictos armados. Así cada sociedad es un componente del movimiento y miembro de la Federación Internacional, apoyando la respuesta a las necesidades humanitarias de cada país.<sup>17</sup>

## Conclusión

En el contexto de un mundo convulsionado y que ha sido golpeado con numerosas guerras que solo han dejado destrucción a su paso, la guerra se convirtió en una preocupación de alcance global que en potencia puede destruir todo aquello en lo que se ha progresado y los consensos a los que las sociedades han llegado. Se evidencia entonces, la necesidad de proteger los postulados fundamentales de los derechos humanos en un contexto de guerra, en el que se tornan los seres humanos, tanto civiles como combatientes, más vulnerables y su protección se dificulta en alto grado.

Es así, como a partir de este fenómeno, se da lugar a un orden jurídico transnacional que trata de regular con diversos instrumentos los medios y métodos legítimos para hacer la guerra cuando ésta no logra evitarse, instrumentos normativos que propenden por la protección de los derechos de aquellos que no logran evadirla y se ven inmersos en conflictos que afectan gravemente sus vidas.

Si bien es un orden jurídico transnacional que presenta dificultades en su aplicación y cumplimiento por parte de los obligados a acatarlo, se rescata el hecho de que exista un cuerpo normativo que pretenda la protección de los derechos humanos en un contexto de conflicto armado; así, los estados parte de los convenios al igual que otras organizaciones privadas como el Comité Internacional de la Cruz Roja, promueven la implementación y la debida aplicabilidad del orden jurídico transnacional que se ha construido con el objetivo de regular la guerra, implementando en sus ordenamientos jurídicos regulación concordante con lo internacionalmente establecido. Para ello se promulgan leyes para sancionar las violaciones más graves de los instrumentos internacionales en la materia, denominados crímenes de guerra; además de efectivamente dar cumplimiento a los postulados del DIH en contextos de conflicto armado.

Para finalizar, los órdenes jurídicos transnacionales pretenden regular o gestionar relaciones sociales, conflictos, intereses o problemáticas, mediante el uso de instrumentos o herramientas jurídicas producidas en organismos transnacionales, que permean la agenda internacional, poniendo el fenómeno, en este caso la guerra en mesa de discusión, con la intención de manejar adecuadamente la problemática con la participación de actores públicos y privados, más aún, cuando abundan las violaciones al DIH. Es entonces fundamental respetar este orden jurídico transnacional, para la protección de los más indefensos en periodos de violencia extrema.

---

17 El estatuto jurídico de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna, 31-12-2000 Artículo, Revista Internacionales de la Cruz Roja, por Christophe Lanord; Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpby.htm>



## Bibliografía

Bobbio, N., “La idea de la paz y el pacifismo”, en: *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 162 y ss.

Chapman, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario: Respuesta a sus preguntas. Cartilla. Ginebra. CICR Publicaciones.

Curso básico en Derecho Internacional Humanitario; Módulo 1: El origen del DIH; Cruz Roja Colombiana.

David, Éric, *Principes de droit des conflits armés*, 3.ª ed., Brussels, Bruylant, 2002, p. 921-922.

Gallego García, Gloria María, “Las restricciones a la guerra”, en: *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores; Universidad EAFIT; Universidad de Zaragoza; AECID, 2011, pp. 83 y ss.

Pictet, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986 p. 93.

Sassolí, Marco, et al., *How Does Law Protect In War? Cases, Documents And Teaching Materials On Contemporary Practice In International Humanitarian Law*. 2.ª Ed., International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, Vol. 1.

Swinarski, Christophe, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, , 1991

Terence, C., Halliday, Gregory Shaffer: *Transnational legal orders*, Cambridge University Press, 2014.

# NEW DRUG TRAFFICKING ARMED GROUPS IN COLOMBIA AND THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

---

LOS NUEVOS GRUPOS ARMADOS NARCOTRAFICANTES EN COLOMBIA  
Y LA APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

---

✉ By: Marcela Barón-Soto<sup>1</sup> and Alejandro Gómez-Velásquez<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 6 de mayo de 2015

## Abstract

*Colombian's new drug trafficking groups show us a violent scenario that must be carefully analyze. The level of violence and deathly consequences that can be attributable to them must make us pay attention of the law that is applicable to them and to the Colombian armed forces when they are acting against those groups. In Colombia, the government and authorities have admitted an easy position, establishing that these new groups –called BACRIM- are simply gangs or common delinquency, while they in many occasions act as something else. Accordingly, the purpose on this paper is to analyze the particular case of one of these groups in relation to the applicability of International Humanitarian Law rules of non-international armed conflicts, seeking to contribute to the discussion about which regulatory framework is applicable to this phenomenon.*

**Key words:** *Non-international armed conflict, BACRIM, International Humanitarian Law, combatants*

---

1 LL.M in International Legal Studies (American University, Washington D.C), Specialist in Human Rights (Universidad Complutense, Madrid), Attorney and Political Scientist (Universidad EAFIT, Medellín). mbaronso@eafit.edu.co

2 LL.M in International Legal Studies (American University, Washington D.C), Master in Constitutional Law (CEPC, Madrid ), Attorney, Political Scientist and Specialist in Public Law (Universidad EAFIT, Medellín). Associate Professor on Public law at Universidad EAFIT- Medellín. agomezv1@eafit.edu.co



## Resumen

*Los nuevos grupos narcotraficantes en Colombia plantean un escenario violento que merece ser analizado cuidadosamente. El nivel de violencia y el número de muertes atribuibles a estos grupos ameritan analizar con sumo rigor jurídico el marco normativo aplicable para su combate por parte de las autoridades colombianas. En Colombia, el gobierno y las demás autoridades han asumido una posición simple al respecto considerando que muchos de estos nuevos grupos, denominados indistintamente BACRIM, son solo bandas de delincuencia común, mientras que en muchas ocasiones actúan como algo más. En este sentido, el propósito de este artículo es analizar el caso particular de uno de estos grupos denominados como BACRIM y analizar según su accionar la aplicabilidad de las normas del Derecho Internacional Humanitario de los conflictos no- internacionales, buscando con ello contribuir de alguna manera a la discusión sobre los marcos jurídicos aplicables a dicho fenómeno criminal.*

**Palabras clave:** *Conflicto armado no internacional, BACRIM, Derecho Internacional Humanitario, combatientes.*

## Introduction

The existent international legal framework on non-international armed conflicts is now an evolving framework and it is facing new realities. Its complexity is evident in the rules that have been established, but mainly in its application. Constantly we have to face political discussions concerning the applicability of international humanitarian law, when what is really need and is required is legal analysis about it. Thus, the world will see in coming years how the new realities and conflicts will necessarily generate the creation of new regulatory changes in this topic or at least new interpretations of the existing law by case law development.

Colombian's new drug trafficking groups show us a violent scenario that must be carefully analyze. The level of violence and deathly consequences that can be attributable to them must make us pay attention of the law that is applicable to them and to the Colombian armed forces when they are acting against those groups. In Colombia the authorities have admitted an easy position, establishing that these new groups –called BACRIM- are simply gangs or common delinquency, while they in many occasions act as something else. Accordingly, the purpose on this paper is to analyze the particular case of these groups in relation to the international humanitarian law rules of non-international armed conflicts, seeking to contribute to the discussion about which regulatory framework is applicable to this phenomenon.



To develop this topic, the paper will be divided in four sections. First, it will present the historical background of the Colombian's armed conflict, introducing to the reader some of the causes that lead us to face today with these new armed groups. The analysis of these new armed structures is not possible if we do not understand the past that gave them life. Consequently, as a background, this first part will describe the most important facts, but will not constitute an exhaustive analysis of the armed conflict in Colombia.

Second, the analysis will be focus on these new armed groups known as BACRIMs or neo-paramilitaries. It will expose the reasons of their emergence, the way they were understood by the government of president Alvaro Uribe Velez, and their presence and activities in the territory. This analysis will be carried out in a general way, thus, even though today we can speak of different groups that act in different ways, this part of the paper will be focused on their similarities.

The third part of this paper will present the most important aspects of the regulatory framework applicable to non-international armed conflicts. To do this, it will analyze the provisions of common Article 3, the decision in the *Prosecutor v. Tadic* case and the Additional Protocol II to the Geneva Conventions. There will be a special emphasis on the complementarity of these rules and the most important aspects and consequences of them.

Fourth, this paper will compare the facts presented about the BACRIMs with the existing framework relative to non-international armed conflict. To do this, it will use the example of Los *Urabeños* or *Clan Usuga* a dangerous BACRIM in Colombia that have many similarities with the other BACRIMs. With this comparison it will be possible to determine if it is likely to understand BACRIM as parties to Colombian conflict. Finally, the conclusions will set out the consequences and impacts of a possible application of international humanitarian law to the actions of these kinds of groups. Three fundamental aspect will be describe: (i) changes in the way the Colombian state has been fighting these groups, (ii) implications for the victims of these groups and (iii) the law of transitional justice.

## **Armed conflict in Colombia: Multiple actors, multiple stages**

### **1. The roots of the armed conflict and the guerrillas' emergence**

Colombia has experienced in the last sixty years -more or less- the progressive advancement of a complex non-international armed conflict. This conflict grew from the periphery of its territory to the center of the country. During a first phase, the guerrillas became strong in rural areas with limited government presence, where they imposed a local order marked by their political ideals. Accordingly, Liberal guerrillas were the beginning of many current subversive groups, which were born because of the traditional bipartisan fight between conservatives and liberals.



These two political parties-consumed by their lust for power- forgot their principles and ideologies and waged a war against each other for at least 60 years, ending with a political agreement called *Frente Nacional*. This arrangement was an electoral and political coalition between liberals and conservatives since 1958 to 1974, years in which within the Colombian democracy it was only possible to elect candidates from these two parties. The agreement involved the alternation of the presidency over these 16 years and an identical number of liberal and conservative members in Congress and other public offices. Clearly, other political parties or movements were excluded from the political and electoral platform. In consequence, during this period the idea of fundamental plurality in democracy was refused, leaving little or no spaces for the opposition.

During these years, different ideas were never heard, diversity was never respected and political opposition of social movement was closed. This situation led many people to join and strengthen the rebels, seeing arms as the only source of political opposition.<sup>3</sup> On this point, it is necessary to emphasize that exactly during these years the communist movements were growing in Latin America. Thus, Colombia was witness of the creation of new illegal movements including some that are still in the conflict, like it is the case of the *Ejército de Liberación Nacional* (from now on ELN) and the *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (from now on FARC). However, political exclusion was not the only cause for the development of the armed conflict in Colombia. In addition, Colombia has been historically a country with huge social inequalities, with a continuous land concentration in the hands of a few, with weak institutional presence and with a development model that has primarily benefited large economic groups.

As a result, at the beginning of their existence, the guerrilla movement's motivation was to achieve a just agrarian and land reform and the equitable redistribution of national resources. In sum, they intended to achieve a significant social transformation. But as their financing capacity grew, they became more autonomous with respect to local communities and also less dependent on ideological or political justifications for their violent actions.

## 2. Drug-Trafficking and counterinsurgency groups

Within this scenario, another event took active part of reality in the late seventies: the rise of marijuana and cocaine plantations. The incredible revenues from the illegal activities and the drug trafficking business-in addition to the delegitimization and absence of governance by the State- increased the problem of violence in the country. Thus, the drug trafficking illegal business permeated all spheres of Colombian society. The ethics of each sector in the country fell in an unprecedented way. In the lower classes, the phenomenon of being paid for

---

3 Daniel Pecaut and Liliana González, *Presente, pasado y futuro de la violencia en Colombia*, *Desarrollo Económico*, Vol. 36, No. 144, [online], available in: <http://www.jstor.org/stable/3467131>, (Last visited June 29, 2015)



killings converged with the culture of opportunism and drug selling; while the political class was tempted by the capital fund of the mafia, placing the country in a political situation that was called “narco-democracy”.

The expansion of guerrilla’s domains coincided with the accumulation of the first capital of drug trafficking. The generalization of kidnapping and attacks add new characters to the conflict and affected all sectors of the Colombian society. The reaction from some guerrilla’s victims, some business men and from the same drug trafficking groups was to support the creation of private paramilitary groups, whose organization was promoted initially by the army and government. Accordingly, the Colombian government authorized the creation of self-defense groups which in theory would execute preventive actions to alert the authorities about possible guerrilla attacks, but which in practice acted in different ways.<sup>4</sup> The idea of the self-defense groups against the guerrillas – counterinsurgency- was materialized with the creation of the *Autodefensas Unidas de Colombia* (from now on AUC) which rapidly absorbed the members of the initial legal peasant self-defense groups and the illegal ones that have begun to operate.<sup>5,6,7</sup>

Like the guerrillas, the AUC were financed mainly from their drug-trafficking business and the extortions to business men and land owners. This criminal group was known by their brutality and violent actions. It can be said that the AUC did not have a specific political ideology or discourse, but they were clearly recognized as an organization towards the principles of the right oriented ideology. The reality is that they did not express a concrete ideology or desire for political reforms, but they directly oppose and fight against the guerrillas, especially against the FARC.<sup>8</sup>

By the years of appearance of these groups, the guerrillas had intensified their actions against all civil society, so paramilitaries took advantage of the weakness of the state to “legitimize” their actions against these guerrillas. Sadly they received approval and support from many sectors of Colombian society. But, although they based their actions on the idea of counterinsurgency, it is clear at this point that drug-trafficking was one -if not their first- purposes.

---

4 D. 3398/1965, diciembre 24, 1965, Diario Oficial [D. O. 31.842, enero 25, 1966] (Colom.). and L. 48/1968, diciembre 16, 1968, Diario Oficial [D.O. 32.679, diciembre 26,1968] (Colom.).

5 Colombian Government withdrew its sanction of self-defense groups in 1989. D. 815/1989, abril, 19, 1989 Diario Oficial [D. O.38.785, abril, 19, 1989] (Colom.).

6 Katie Kerr, *Making Peace with Criminals: An Economic Approach to Assessing Punishment Options in the Colombian Peace Process*, The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 37, No. 1, p.58, [online], available in: <http://www.jstor.org/stable/40176604>, (Last visited June 29,2015). I/A Court H.R., Case of the Rochela Massacre v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 11, 2007. Parr.82.

7 Cynthia J. Arnson, *The peace process in Colombia with the Autodefensas Unidas de Colombia-AUC*, Woodrow Wilson Center Reports on the Americas #13, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington DC, 2005. p. 2.

8 David E. Spencer, *Colombia camino a la recuperación: Seguridad y gobernabilidad 1982-2010*, Center for Hemispheric Defense Studies, National Defense University, Washington DC, 2011.p.50.



Paramilitary groups become part of the conflict and established themselves as highly structured groups with a responsible command and a permanent struggle for territorial control. The presence of the AUC increased from approximately 279 municipalities in 1997 to 455 in 2002. Their structure was divided into blocks, among which highlights the ones called: Norte, Centauros, Tolima, Calima, Élder Cárdenas, Metro, Cacique Nutibara, Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, Autodefensas Campesinas de Cundinamarca and Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá.<sup>9</sup> All these blocks, -through violence- achieved territorial control in many regions of the country. Massive displacement of peasants, terror against the leaders of organizations, massacres and land grabbing, are only examples of their terrible means to achieve their goal: territorial control.

### 3. The demobilization process of the paramilitaries

Since 2002 and during the presidency of Alvaro Uribe Velez, public security became the main topic in the public agenda. Thus, Uribe's government established as priority the security policy named as "democratic security", which was based on the idea of strengthening institutional capacity to the fight against illegal armed groups and regain control over all national territory. As part of the execution of this strategy, between 2003 and 2006, the government promoted and developed the process of demobilization of the paramilitary groups. This process of three years negotiations ended with the collective demobilization of 31,689 members of the AUC, 3.554 individual demobilization, 1.579 deaths in combat of members of these groups and the capture of 12,100 more.<sup>10</sup>

Also, as a result of the negotiation, the National Congress enacted the Law No. 975 of 2004, named as the "Justice and Peace Law". This law was enacted as a typical measure of transitional justice, but today, seven years later, its balance is quite complex. One of the most important problem of this transitional process is that some of those demobilize people continued committing crimes and they have also formed new drug-trafficking armed groups that right now could be even consider as parties in the currently armed conflict. Only as an example the top leaders of the paramilitary groups were extradited to the United States under charges of drug- smuggling because of the government of Colombia's allegations according to which they continued committing crimes from their cells.

A second big problem of this process is related with impunity, because although within this process, 39.546 presumable crimes with 51.906 presumed victims have been revealed or confessed, today only few judgments have been pronounced.<sup>11</sup> Accordingly, this groups' demobilization had some success because violence in the country decreased in some

---

9 Fundación Ideas para la Paz, *Narcotráfico: Génesis de los paramilitares y herencia de bandas criminales*, Informe numero19, p.11, [online], available in: [http://www.ideaspaz.org/images/Info%2019%20dimensiones%20geograficas\\_final%20web.pdf](http://www.ideaspaz.org/images/Info%2019%20dimensiones%20geograficas_final%20web.pdf), (Last visited June 29, 2015)

10 *Ibíd.* p.19

11 Fiscalía General de la Nación, República de Colombia, Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, Estadísticas, [online], available in: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>, (last visited June 29, 2015)



point. But, its results fell short because while it stopped most of the violence based on counterinsurgency purpose, the process left intact the drug-trafficking structure of these paramilitary groups.<sup>12</sup> Now, members of the paramilitary that backslider the process or those who never demobilized do not commit acts of violence against guerillas, but they are committing innumerable violent actions to gain control of the drug trade business. As a result, today the guerrillas stop being their enemy and have become their partner or competition for the drug trafficking business.

Since 2005, the persistence of armed groups related with the ex-paramilitaries become evident. These new armed groups which are dedicated to drug-trafficking have received the name of BACRIM –*Bandas criminales*- or *neoparamilitares*.<sup>13</sup> In consequence, the demobilization process failed to completely deactivate the AUC “military” apparatus and nowadays the territories that were in hands of the paramilitaries are controlled by different groups of BACRIM.

## BACRIM: Concept and structure

### 1. Emergence and definition

As announced, after the demobilization of the paramilitaries groups in Colombia, new armed structure appeared and become one of the most challenging risks for the State. These new groups are dedicated to the drug-trafficking business and other illegal economies such as illegal mining and extortion. At this moment, there are different kind of these groups with different capacities and activities, but all of them are similar in brutality, desire of territorial control and the violation of civil society’s rights.

After demobilization and the continuous proliferation of this reality, the government of Alvaro Uribe gave the name of BACRIM –*Bandas criminales*- to the biggest of these new armed groups and defined them as emerging criminal gangs groups which are formed in areas where demobilized paramilitary groups used to exercise territorial control. These groups have members who were paramilitaries and did not enter in the demobilization process, but also some demobilized ones who were rearmed and some of the existing common delinquency gangs. Accordingly BACRIMs had been defined as macro-criminal organizations that are significantly armed and that develop control over illegal activities. Also, a very important

---

12 Jorge Giraldo, et al., *Medellin: El complejo camino de la competencia armada*, Parapolítica, La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos, Corporación Nuevo Arco Iris, p. 109-164, [online], available in: [http://www.semana.com/documents/Doc-1493\\_200796.pdf](http://www.semana.com/documents/Doc-1493_200796.pdf), (last visited June 29, 2015)

13 “no hay claridad acerca de la naturaleza del fenómeno. Las Fuerzas Armadas y el Gobierno Nacional denominan estos grupos como *bandas criminales (bacrim)* o *bandas que son inherentes al problema del narcotráfico (bandas al servicio del narcotráfico)* (Policía Nacional, s.f.; Ministerio de Defensa Nacional, s.f.). Soledad Granada and others. *Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. Guerra y violencias en Colombia: Herramientas e interpretaciones*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009.p.468.



characteristic is that normally they use violence as a mean to achieve and improve their internal discipline, their territory control and to increase their spheres of influence.

The emergence of the term BACRIM during the Alvaro Uribe's mandate has enormous relation with their general speech about violence in Colombia. With the public policy of Democratic Security, the government continuously affirmed that Colombia was facing only a fight against terrorism, a problem that could not be resolved under the international humanitarian law. By his statements, he put in the same sac: FARC, ELN, paramilitaries, new emerging armed groups and common delinquency. As a result, under that view all of them were terrorists that need to be combated in new ways and under new rules. But it is easy to know that putting all of them in the same sac makes really difficult to accomplish their real understanding. It was more easy to define all them as gangs or terrorist related with the drugs trafficking business than analyze their particular characteristics.

The ex-president Uribe position was clearly influenced by United States and others which understood that new realities and terrorism risks must be face in a different way of which the laws of international humanitarian law and international human rights law proposed. These discourses seem to establish that today's terrorism is not combatable under any existing model or legal framework. Clearly, United States created under the Bush administration their own unfounded rules to combat Al Qaida and Taliban, but completely ignore the existence of an international framework that must be respected.<sup>14</sup>

In Colombia, albeit the government had the same speech, the reality was that at the Defense Department everybody understood that the FARC and the ELN –*guerrillas*- were organized armed groups. Consequently, rules of international humanitarian law were applied to them in combat. But, the public policy of Democratic Security was focus on combating the guerrillas and the demobilization of paramilitaries groups, and paid less attention to other violent actors –existent and emerging ones-. Thus, under a generalized point of view they were all understood as “common delinquency” as criminal gangs, but their structure and modus operandi was not deeply analyzed. Also, the idea of all of them as terrorists domestically created the idea that not law was proper to govern their combat. This situation had the terrible consequence of making people think that those who committed terrorist acts could only be understood as delinquency, never as organized armed groups which are part of the an armed conflict.<sup>15</sup>

---

14 President Issues Military Order: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, [online], available in: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/print/20011113-27.html>, (Last visited June 29, 2015).

15 The reality is that “terrorism is more appropriately regarded as but one method of conducting hostilities rather than as a type of warfare in itself.” Elizabeth Wilmschurst (ed.), International Law and Classification of Conflicts, Oxford University Press.UK. 2012. P. 27



Juan Manuel Santos government has changed its point of view about guerrillas. Now his government recognized FARC and ELN as armed groups which are part of an internal armed conflict. But, he has maintained the same position about BACRIM describing their acts as actions committed by common delinquency.

## 2. Structure and territorial presence

The emerging groups which appeared after the demobilization of the AUC were at the beginning small concentration of dissidents from the process. But when the highly commanders of the AUC were extradited to United States, the violent episodes began to rise. With this weakness of the general command of the paramilitaries' "military" structure -that was not deactivated by the demobilization process-, the middle-ranking commanders began to fight with each other's. Thus, these middle-ranking commanders moved by the desire of more power and more control over their business, were actors of terrible confrontations. And as it could be expected, our country began to lived again violent clashes and the constantly use of civil society for their purposes. Nowadays, after almost 6 years of confrontations and new alliances between them, the biggest BACRIM armed groups in Colombia are: *Los Rastrojos*, *Los Urabeños also called Clan Úsuga or Autodefensas Gaitanistas*, *Los Paisas*, *ERPAC* and *Águilas Negras*.<sup>16</sup>

BACRIM groups are present in at least 200 Colombian municipalities (*Municipios*) and 20 territorial departments (*Departamentos*). These structures have a strong presence in urban areas in which they exercise control over illegal economies and perform intelligence work. Nevertheless, they maintain territorial presence and control in rural areas in order to maintain their power over the most important routes for drug trafficking. In these territories they fight for the control of the illegal business and impose different conducts and activities to civilians. They have executed massacres, conducted forced recruitment of minors, produced internal force displacement, done selective killings and confronted directly the national security forces. The national government has used its police's forces against them, but in many cases they used also military forces because of the intensity of the confrontation with this armed groups.<sup>17</sup>

---

16 Fundación Ideas para la Paz, *Narcotráfico: Génesis de los paramilitares y herencia de bandas criminales*, Informe nro.19, p.21, [online], available in: [http://www.ideaspaz.org/images/Info%2019%20dimensiones%20geograficas\\_final%20web.pdf](http://www.ideaspaz.org/images/Info%2019%20dimensiones%20geograficas_final%20web.pdf) ( Last visited June 29, 2015) "Entre 2013 y 2014, Los Urabeños o 'Clan Úsuga' han cobrado mayor poder, Los Rastrojos se han debilitado y las disidencias del ERPAC (Bloque Meta y Bloque Libertadores del Vichada) se han reacomodado. A esto se suma que se despliegan otras organizaciones de alcance exclusivamente local o regional con bajo perfil. En algunas zonas analizadas por la FIP, las BACRIM han sostenido disputas entre ellas, especialmente en algunos municipios de La Guajira, el Nudo de Paramillo, Nariño y Valle del Cauca". [online], available in: <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1053> also see: <http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/bandas-criminales-en-colombia/14853835/1>, ( Last visited June 29, 2015)

17 UN, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Colombia*. 2013, [online], available in: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/100/91/PDF/G1310091.pdf?OpenElement>, (Last visited June 29, 2015)



Despite these new drug-trafficking groups are really related with the paramilitary's structures, there are differences between them and the demobilized groups. The AUC paramilitaries had the goal or at least the "excuse" of being counterinsurgency groups and the drug-trafficking business was a mean to achieve their goal. So, guerrillas were they enemy. The new BACRIM, do not have neither the goal nor the excuse of combating against the guerrillas, so these insurgency groups are not their enemy, they are -as already said- their competition or allies in the illegal drug world.<sup>18</sup> Also, it is important to recognize that these groups do not operate as paramilitaries -in the sense of the word- because they do not operate in coordination or cooperation with the Colombian armed forces against guerrillas. This is a new context, even though in the minds of civilians they are still paramilitaries. It is not weird that the society considers them as paramilitaries because BACRIM groups are still using similar methods and means.

## International standards and rules about non-international armed conflict

Generally, States address the question about the recognition of the existence or not of a non-international armed conflict as a political issue. The reality is that at this moment the applicability or not of the international humanitarian law related to non-international armed conflict does not depend of the State recognition or will, because it only depends on the fulfillment of some factual conditions that are describe by the law. Hence, according to international law this is not a political decision but a legal recognition.

But, even though the International Humanitarian Law applies regardless of the State position, State's persistent reluctance—normally based in political interests- to accept its existence generally creates terrible consequences in the internal interpretation and application of the law. The application of International Humanitarian Law as *lex specialis* is itself complicated, so it is terrible that States add more darkness to its interpretation because of political issues.

The idea of analyzing and cover the problem of the existence or not of an armed conflict from a political point of view is not a whim or an unfounded rationality of the States. Traditionally, the international community has analyzed non-international armed conflicts based primarily or exclusively on political reasons, acts or demands. The development of the law of war which applies to non-international armed conflict began base on conflicts that emerged because of political differences. Nevertheless, the new evolving criminality around the world raised many questions to this perspective. The new kind of actors in conflict have been changing during the years, now we have to face new phenomenon such as those criminal structures that are not seeking for a political power but for an economical one. This change is very

---

<sup>18</sup> Media report, [online], available in: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/alianza-farc-bacrim-para-pacto-de-no-agresion-14583036>, (Last visited June 29, 2015)



significant because even though they have changed their way of operating, the consequences of intensity of confrontation, damage and territorial control under their command are similar. All these changes are reflected on the difficulty to establish the line between the applicability or not of the International Humanitarian Law in specific scenarios. Today's Mexican situation is a good example of this.<sup>19</sup>

The criteria for the establishment of the existence or not of a non-international armed conflict have not universal acceptance. The existing rules are ambiguous and not well define, but the practice and jurisprudence give us guide to a correct interpretation. This difficulty must not be an excuse to enforce the fulfillment of the specific rules of non-international armed conflict and to deeply analyze the different actors that cause big loses to a Country because of the use of violence.

## 1. Origins of the non-international armed conflict framework

To have a better understanding about today's non-international armed conflict rules and the behavior of the States before them, it is important to analyze where those rules came from. Especially, it is relevant to review the concept of recognition of belligerence. As Anthony Cullen said in his book *The concept of Non-international Armed Conflict in International Humanitarian Law*, "it is important to view the current concept in the context of its historical evolution".<sup>20</sup> Accordingly, this historical evolution explains why many states deny the existence of an armed conflict -even though the conditions are obvious-, because of the fear of legitimating the actions of the opposite organized armed group and giving them privileges.

The rules of armed conflict began to by subject of international regulation because of the existence of armed confrontations between states. Accordingly, at the beginning, the sources of the international law of war were exclusively related with international armed conflicts. However, because of the great atrocities that began to appear in the internal conflicts, the practice of states began to look forward the application of existing rules of war to this kind of conflict. Here, the States and the international lawyers began to talk about belligerence recognition as a doctrine which extends the applicability of the rules of international armed conflict to those of non-international character.

Similar to this recognition, in traditional international law scholars talk about the insurgency recognition. States used this recognition because of necessity in the context of their difficulty to maintain public order because of the violent actions of armed revolt groups. The consequences of this recognition were not concrete and unique, but it have been understood that under this recognition rebels -now call insurgency- were legal contestants of

---

19 Some articles about this topic: Craig A. Bloom, Square Pegs and Round Holes: Mexico, Drugs, and International Law, 34 *Hous. J. Int'l L.* 345, 348 (2012) and Carina Bergal, The Mexican Drug War: The Case for A Non-International Armed Conflict Classification, 34 *Fordham Int'l L.J.* 1042, 1043-46 (2011).

20 Anthony Cullen, *The concept of Non-international Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2010. p. 7



the state, and not simple lawbreakers or criminals.<sup>21</sup> However, this act of recognition did not automatically make humanitarian standards applicable. For its application it was necessary an express provision in the act of recognition. Meanwhile, the belligerency recognition demands the application of humanitarian standards immediately.

Belligerence recognition was generally based on four criteria: “first there must exist within the State an armed conflict of a general (as distinguished from a purely local) character; secondly, the insurgents must occupy and administer a substantial portion of national territory; thirdly, they must conduct the hostilities in accordance with the rules of war and through organized armed forces acting under a responsible authority; fourthly, there must exist circumstances which make it necessary for outside States to define their attitude by means of recognition of belligerency”.<sup>22</sup>

Thus, this recognition was a political act and not a legal definition. But this doctrine is different to the existing rules of non-international armed conflict, affirmation that seems obvious but apparently not so clear to some states or governments. Furthermore, these two types of recognition gave to rebels some international legitimacy.<sup>23</sup> Now, the rules that apply to non-international armed conflict are neutral about purposes and political interests and also do not create new status to the parties.

## 2. Geneva Conventions: Common article 3 and II Additional Protocol.

After the World War II and the extreme brutality of the Nazi forces, the international community was unanimous in favor of establishing rules for the protection of the humanity principle under the international law -especially in relation to civilians- during time of war. Thus, the Geneva Conventions appear as an answer to that demand. Within these Conventions appeared the first written humanitarian rules for the non-international armed conflicts, although they are still limited and ambiguous. Hence, the Geneva law introduced common article 3 to regulate non-international armed conflicts. This article is the only one in the fourth Geneva conventions that covert non-international armed conflicts and it is generally said that Common article 3 raises more questions than answers.

The first difficulty of this provision is that it does not define the concept of armed conflict. It only establishes that it applies to those armed confrontations within the territory of a state and determines some minimums obligations to all parties on the confrontation. But the article neither describes nor defines what it means to be party to the conflict. Common article 3 makes only a superficial differentiation between those who are part of the conflict and those who do not because they are not taking active part on the hostilities.

---

21 *Ibid*, p. 11

22 Hersh Lauterpacht, *Recognition in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1947) p. 176.

23 “Among the important consequences of the recognition of belligerency was that rebels who fell into the hands of the lawful government would be treated as prisoners of war rather than criminals.” R.R. Baxter, *Jus in Bello Interno: the present and the future law*, in *Law and Civil War in the modern world* 518-36 (J.B Moore ed. 1974) p. 519.



About this lack of definition, the International Committee of the Red Cross –ICRC– in its commentary to Common Article 3 stated that: “the scope of application of the Article must be as wide as possible. There can be no drawbacks in this, since the Article in its reduced form, contrary to what might be thought, does not in any way limit the right of a State to put down rebellion, nor does it increase in the slightest the authority of the rebel party. It merely demands respect for certain rules, which were already recognized as essential in all civilized countries, and embodied in the national legislation of the States in question, long before the Convention was signed.[...] Speaking generally, it must be recognized that the conflicts referred to in Article 3 are armed conflicts, with ‘armed forces’ on either side engaged in ‘hostilities’ -- conflicts, in short, which are in many respects similar to an international war, but take place within the confines of a single country”.<sup>24</sup> This is an important assumption and generally, international jurisprudence has interpreted this article in the same way.

The most important judicial decision about this interpretation is *Prosecutor v. Tadic*. In this decision the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia-ICTY- define that an armed conflict exists “whenever there is a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.<sup>25</sup> This definition gives a broad interpretation of common article 3 and today it is the most authoritative formulation. The ideas developed in this decision are known as the Tadic formula or test, which establishes two elements for determining the applicability of international humanitarian law to a specific situation: (i) Organization of the parties and (ii) intensity of hostilities.<sup>26</sup> Some will say that duration is also an aspect that may be taken into account and that was proposed in the decision. These aspects or conditions differentiate armed conflicts from what is known as internal disturbances.

But, it is not clear what level of violence is required to determinate the existence of an armed conflict and it is neither answered if an important duration must be alleged. Also, the sufficient evidence or conditions for determining the organization of the parties are not defined or concrete established. Therefore, the application of this test is an exercise case by case. In addition to this test, the Tribunal made this useful precision about the temporal and geographical applicability of international humanitarian law: “the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities”.<sup>27</sup> In sum, the *Tadic* decision generated the following advances in the interpretation of Common Article 3: (i) the test based on the intensity and organization of the parties, (ii) the clarity of the possibility of the existence of a non-international armed conflict in which the confrontation is not against the state but between two organized armed groups

---

24 Jean S. Pictet (ed.), ICRC Commentary to article 3. Conflicts not of an international character on the Fourth Convention, [online], available in: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/375-590006?OpenDocument>, (Last visited June 29, 2015).

25 Prosecutor vs. Tadic decision.Parr.70. [online], available in: <http://www.ijl.org/courses/documents/Prosecutorv.Tadic.pdf>, (Last visited June 29, 2015).

26 UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, [online], available in: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3a84.html>, (Last visited June 29, 2015).



within the territory of the state, and (iii) the understanding that international humanitarian law applies all time during conflict and in all the territory of the state.

This broad interpretation of Common Article 3 seeks to cover different situations of conflict in which great risks to civilians are generated. “The primary purpose of article 3, is to absolutely insure human treatment of those persons who do not or no longer actively participate in the hostilities when they are in the power of a party to the internal conflict”.<sup>28</sup> Accordingly, even the article is not completely clear and does not use the name civilians, its purpose in writing is to condense the existing rules of customary law under which it is prohibited to attack civilians who are not involved in hostilities during a non-international armed conflict.

In addition to common article 3, today some States had ratified the Additional Protocol II to the Geneva Conventions. Colombia is one of them. By express provision of Article 1, Protocol II should be treated as developing and supplementing common Article 3, not as additional requirements for the applicability of this article. That means that it does not amend or change the provisions in the conventions, it only complemented them. Then, the idea of the creation of an additional Protocol was to strengthen and extend the protection that already existed under the conventions, instead of decreasing it in any sense.<sup>29</sup> This Protocol attempts to resolve the ambiguity of common article 3 by defining organized armed groups. For this, it established the following objective qualifications: (i) A responsible command and (ii) a territorial control that enable them to (iii) carry out sustained and concerted military operations and to implement the Protocol. Nevertheless, as it was explained, these qualifications are not necessary for the application of common article 3. Accordingly, all protocol II conflicts are in definition common article 3 conflicts but not all common article 3 conflicts fit within the scope of application of Protocol II.

In consequence, Protocol II does define the parties that must be present in a violent situation to name it as a non-international armed conflict and therefore apply International Humanitarian Law: (i) Forces of the state in one side and (ii) dissident armed forces or organized armed groups on the other. Unlike common article 3, Protocol II does not apply for actions between organized armed groups within the territory of a State, it is necessary to be in front of a confrontation against the state. Hence, the establishment of objective qualifications to be consider an organized armed groups and this last restriction of applicability, clearly limited the threshold of application of the Protocol in comparison with common article 3. Also, additional to the definitions of the parties, the Protocol also talks about civilians and make the differentiation between those who participate directly in the hostilities and those who do not.

---

27 Prosecutor vs. Tadic decision, Parr.67, [online], available in: <http://www.ijl.org/courses/documents/Prosecutorv.Tadic.pdf>, (Last visited June 29, 2015).

28 Robert K. Goldman, Characterization and Application of International Humanitarian Law in Non-international and other kinds of armed Conflicts, Supplementary Materials Volume 1, International Humanitarian Law Course, American University, Spring 2013. p. 3

29 Prosecutor vs. Tadic decision. Parr.117, [online], available in: <http://www.ijl.org/courses/documents/Prosecutorv.Tadic.pdf>, (Last visited June 29, 2015).



Like Common article 3, the Protocol applies when the objective qualifications are fulfilled, and as a result its application does not depend on the will or recognition of the parties. The ICRC in its Commentary to the Additional Protocols affirmed: “The threshold where Protocol II becomes applicable is determined by the criteria expressed in Article 1 ‘ (Material field of application), ‘ (3) which means that it is intended to apply only to conflicts of a certain degree of intensity. The principle that it will automatically apply is based on humanitarian requirements, for the implementation of rules for the protection of victims should not be dependent on the subjective judgment of the parties”.<sup>30</sup>

Then, the analysis of its applicability must focus on the degree of organization of the dissident groups, its control of part of the state’s territory and its capacity to plan and carry out concerted and sustainable operations and to impose discipline between its members. This framework does not describe the level of organization that is needed, so it is a matter of interpretation in particular cases.<sup>31</sup>

A very important aspect of the Additional Protocol II is that it gives a more deep protection of the humanity principle and describes more in detail its protections. So, even being more restrictive in its threshold, it is very useful for the protection of civilians and fighters that are no longer involved in hostilities. The application of this rules with common article 3 in a complementary way give wonderful bases for a more pertinent used of the military necessity in respect of the humanity principle.

Finally, after all these explanations, it is clear that the existence of a non-international armed conflict and the applicability of International Humanitarian Law does not depend on the State’s recognition of that situation. It is understood that its existence responds to factual matters. Furthermore, it is also evident that the recognition of the existence of an armed conflict of this kind never means standing the legitimacy of the actor who acts against the state. The regulations on non-international armed conflicts are neutral to the reasons, motives or causes of the conflict.

Consequently, the existence and recognition of an internal armed conflict does not change the legal status of the parties to the conflict, as it does in international armed conflicts. Thus, the state where the conflict arises does not lose authority to use its domestic law against the other party and its members. As a result, there is no combatant privilege recognized in the conflict of non- international character and thus the status of prisoner of war does not apply.<sup>32</sup>

---

30 ICRC, Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. [online], available in: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760003?OpenDocument>, (last visited June 29, 2015)

31 ICRC, Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. [online], available in: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760004?OpenDocument>, (last visited June 29, 2015)

32 Anthony Cullen, *supra* note 32, at 55-56



## Does the BACRIM meet the elements to be considered armed groups?

### 1. Los Úsuga as a case study

In Colombia different violent groups have generated terrible risks and losses for the society. In the last five years Colombia lost approximately 76,000 people because of homicides.<sup>33</sup> Also, the country was witness of 143 massacres during this time. It is very difficult to identify how many of these homicides were committed by the new drug trafficking armed groups called BACRIM, but it is clear that the regions where they are present are the ones with mayor rates of homicide. As we saw in the second part of this paper, the BACRIM structures can be considered as today's greater risk to Colombia's security policies. In this section, we are going to compare one of those armed structures: *Los Urabeños* or *Clan Úsuga*, with the existing framework for non-international armed conflict to identify a possible applicability of International Humanitarian Law to this situation.

*Los Usuga* also known as the *Los Urabeños*, *Autodefensas Gaitanistas* or *El Clan Úsuga* is at this moment the most dangerous BACRIM in Colombia. This drug-smuggling armed group was created in 2006 in Urabá-Antioquia by Daniel Rendón Herrera alias "Don Mario". The first members of this group were from the demobilized AUC Elmer Cardenas Block, which was under his brother command Fredy Rendón alias "el Alemán". At the beginning they called their self as *Héroes de Castaño*, but then as *Autodefensas Gaitanistas de Colombia*. After waging an intense battle with "Los Paisas" –other BACRIM- to gain control of the major drug export routes through the south of Cordoba and the lower Valle del Cauca, "Don Mario" was captured by police in 2009.

After he was captured, the Usuga brothers –Otoniel and Gionvanni- took control of the group and in 2011 they made an alliance with alias "Mi sangre"-high commander of other BACRIM- and adopted the name by which they are known today: *Los Usuga*. Now, alias Giovanni is death and alias "Mi sangre" was captured, so the responsible command and most visible head is alias Otoniel. In these years, even though the group has suffered attacks from the government, their presence in the country's territory has grown. They are present in many municipalities, especially in Antioquia, Chocó, Cordoba, Sucre, Bolivar, Magdalena, Cesar and Valle del Cauca.

---

33 Logros de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad – PISDP. April 2015, [online], available in: [http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info\\_estadistica/Logros\\_Sector\\_Defensa.pdf](http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info_estadistica/Logros_Sector_Defensa.pdf), (last visited June 29, 2015)



## 2. Applicability of common article 3 and Additional Protocol II

Before comparing the objective elements or aspects according to which it could be established the applicability of the International Humanitarian Law for the case of the Usuga's Clan, two clarities must be submitted. First, International Humanitarian Law does not make a restriction on its applicability because of the motives of the confrontation. Generally, neither common article 3 nor protocol II apply to common criminality and purely criminal groups do not constitute parties to the non-international armed conflict. But nowadays realities are proving that some structures of common criminality are becoming such a threat to the State's public order that requires a detailed study of the extent to which they have passed the barrier of what is understood as party of an armed conflict.<sup>34</sup>

*Los Usuga* as the others BACRIMs are exclusively criminal groups dedicated to the illegal drug business. They do not have political motivations and were not created as armed groups against the state government or the guerrillas. But the intensity of their violent actions and its organization must be studied to understand if they are still common criminality or they are becoming an organized armed group under the international law. Remember, international humanitarian law does not care if the motives of the confrontation are lawful or unlawful.

The second clarity is that if this Colombian new armed group and others of the BACRIM met the objective qualifications, International humanitarian law applies automatically even if the government does not recognize them as a party. As a result, the application of the Geneva protection rules does not depend on the will or interest of any of the parties. Now, with these two clarities, let's begin the analysis of the objective elements of the Geneva Law. In the first place, this exercise will analyze the intensity and degree of organization of *Los Urabeños* to determine the applicability of common article 3 based on the *Tadic* test -Organization of the parties, plus intensity-.

### 2.1 Tadic formula and common article 3

*Los Usuga* as the other visible BACRIM in Colombia has embroiled in hostilities against other BACRIMs as well as with the security forces of the State. They are not in constant confrontation with the State but they do fight against State's forces seeking to protect their illegal business.<sup>35</sup> In consequence, the confrontation between each other is more frequent

---

34 Michael N. Schmitt, *The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict*. In *Non-International Armed Conflict in the Twenty-First Century*, Kenneth Watkin and Andrew J. Norris Editors, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2012. Vol.88.pg. 122-123.

35 The case of the killing of a soldier by the Usuga members during eradication labors of illegal crops in Briceño- Antioquia days ago is a clear example about it, [online], available in: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/confirman-muerte-de-un-soldado-manos-del-clan-usuga-articulo-567310>, (Last visited June 19, 2015)



that the confrontation against the State.<sup>36</sup> When they attack the state's officers generally they use ambushes that end on several killings but the motives are usually related with the protection of its illegal activities.<sup>37</sup> Their actions are not impulsive; they use violence as a mean, having the capacity of planning coordinated and concerted attacks to their enemies. They do not always use distinctive cloths but its members recognized their self as part of an organization with tactical strategies and visible responsible commanders. Sometimes they use military cloths for some of their actions especially in rural areas and they are an estimate of 1.800 members.<sup>38</sup> Like most of the BACRIM, unlike the paramilitaries, rarely move in platoons or companies. They generally operate in civilian clothes and camouflage themselves among the civilian population.

From the public information available about this BACRIM it can be said that this armed group have an important degree of organization. The existence of a top leader, finances, military, logistics and other commanders in the organization chart made by the official intelligence agencies are sufficient proofs about the fulfillment of this requirement.<sup>39</sup> Therefore, determining the intensity of the violent actions and confrontation that *Los Usuga* are committing, will allow us to understand if we are in front of organized common delinquency within an ongoing armed conflict or rather in front of a new party of the conflict. "It is important to understand that application of Common article 3 does not require the existence of large-scale and generalized hostilities or a situation comparable to civil war".<sup>40</sup>

In this regard, it could be argued that today the intensity of the confrontation between *Los Usuga* and the Government forces, both police and military forces, is not clear to exceed the threshold level of violence that would qualify it as armed conflict under common article 3. Although, it cannot be hold that there is no casualties or human harm during the operation of this BACRIM, the intensity of the confrontation especially from this illegal group against the State authorities or other parties of the existing armed conflict is not sufficiently intense and it seems to be restricted and limited to the necessity to protect their illegal business like drug trafficking, among others. On the other hand, from the Government authorities the

---

36 Years ago Clan Usuga waged an armed confrontation against *Los Rastrojos*, another BACRIM for territorial and routes for drug- trafficking. [online], available in: <http://colombiareports.com/how-the-urabenos-beat-los-rastrojos/>, (Last visited June 19, 2015)

37 As an example the ambush committed against police officers in Puerto Libertador- Córdoba on 2014. [online], available in: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-matrimonio-diabolico-entre-las-farc-los-usuga/403466-3>, (last visited July, 2015)

38 [online], available in: <http://www.semana.com/nacion/articulo/alias-otoniel-jefe-del-clan-usuga-el-hombre-mas-buscado-en-el-pais/412818-3>, (Last visited June 19, 2015)

39 About the commanders of the Usuga's Clan capture by the police and their places in the organization chart, [online], available in: <http://www.semana.com/nacion/galeria/jefes-caidos-de-la-banda-de-narcotraficantes-los-urabenos/420673-3>, (Last visited June 23, 2015)

40 I/A Court H.R., Juan Carlos Abella v. Argentina, Case No. 11.137, ANNUAL REPORT 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7 rev (13 April 1998), ("La Tablada" Case), par. 152.



strategy have been to pursuit and to fight *Los Usuga* through an exclusive law enforcement paradigm in which the role of the police forces and criminal law are features.

This assertion was also held by the Office of the Prosecutor of the International Court of Justice whom revising the Colombian situation on the end of 2013 established in this regard that,

*There is a reasonable basis to believe the Urabeños group is sufficiently organized because, inter alia, its members are well-disciplined; there is a hierarchical structure; effective control is exercised over its members; it exercises control over territory; it has the capacity to recruit and acquire weapons; and it has a significant number of personnel. However, the available information about the intensity of violence between the Urabeños and any of the parties to the existing armed conflict (the Government, FARC and the ELN) indicates that such confrontations are not sufficiently intense for the Urabeños to qualify as a party to the conflict.<sup>41</sup>*

Consequently, because of the today's insufficient intensity of the hostilities in which the Usuga's clan participate, especially against the State, from an interpretation of Common Article 3, it could be argued that today they are not in an armed conflict against the State or any other party of the Colombian non- international armed conflict and therefore they cannot be considered as a "organized armed group" for the application of the International Humanitarian Law. However, it should be warned that the basis of this assertion could rapidly change and therefore the qualification, nature and legal framework applicable to the confrontation against this BACRIM.

## 2.2 Additional Protocol II of the Geneva Conventions

As it was explained in the third part of this paper, Article 1 of the Additional Protocol II established some objective qualification to determinate if a group could be consider an organized armed group and consequently the existence of a non-international armed conflict. Those objective aspects can be divided on three: (i) existence of a responsible command, (ii) control of territory and (iii) a degree of organization that enables them to plan concerted and sustained military operations and apply the Protocol.

First, in relation with the existence of a responsible command it must be said that it is undeniable the capacity that *Los Usuga* have to maintain a hierarchical command. As was said above they have a top leader and military, finances and logistics commanders. The existence of responsible commanders is so clear that the state's armed forces, prosecutor's office and even foreign prosecutor offices know who the commanders are and some of them

---

41 ICC- The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2013, November, 2013. Parr. 129.



have indictments and requests for extradition.<sup>42</sup> Also, another important indication of the existence of these responsible commands is the notorious fact that the communities where they act recognized a specific individual as the leader of the armed group.

Second, in the development of this paper it was shown that *Los Usuga* exercises territorial control in different regions and municipalities of the State. Their main base is at the Gulf of Urabá, near Cordoba and Antioquia departments. From this place they control all activities of the group, from the training of those who are recruited to the execution of attacks. With the time, they have deployed to other areas where they have imposed their control after winning the territory generally in a confrontation with other BACRIM. In those new places, *Los Usuga* generates regional alliances with other small BACRIM and common criminal gangs and grows on members through forced or volunteer recruitment strategies.

Today, they have partial control of many zones of at least nine departments. As a result, these “gangs” are in effective control of significant areas of territory and have a great influence in the civil society. The best proof of their territorial control is the armed strike that they ordered to transporters in retaliation for the death of their leader alias Giovanni. In January of 2012 this BACRIM managed to surprise and horrify the country. The fear of their actions and control over the population, led the transporters and carriers to comply with the strike in 16 municipalities of the 9 departments in which they are present. Transportation was completely paralyzed in these municipalities.<sup>43</sup> Accordingly, these groups seek to occupy Colombian territory not only to be able to conduct their illegal activities, but also to influence the economy of its people and its way of acting and thinking. This social control gives them the possibility of win their support or they constrain them to be part directly or indirectly of their hostilities. In consequence, at this point, we can say that *Los Usuga* have a responsible command and a territorial control; let’s continue to analyze the third objective qualification or criteria.

This degree of organization has enabled them to plan and execute actions which are concerted and sustained; they have an important control over their actions and use violence as premeditated means. Their acts are not sporadic or impulsive. This is clearly possible because they have control of areas of the national territory and also a significant control over the population. Finally, because of the existence of responsible commanders and also the training phases, this group has the capacity to apply International Humanitarian Law. To have the capacity is different from actually applying it.

---

42 Recently a group of prosecutors for the south district of Florida and east district of New York presented jointly with the Colombian President some indictments against the top leaders of the Usuga clan, [online], available in: <http://www.semana.com/nacion/articulo/urabenos-ee-uu-ofrece-us5-millones-por-otoniel/432312-3>, (Last visited June 23, 2015)

43 Media report: Los Urabeños, un poder subestimado: analistas, [online], available in: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/50-rearmados/3774-los-urabenos-un-poder-subestimado-analistas>, (Last visited March 7, 2015)



A final question about the applicability of Additional Protocol II could be raised: Does *Los Usuga* plan and execute sustained and concerted military operations against Colombian armed forces or any other armed groups? As was explained above, currently there are several doubts about the purpose of *Los Usuga* to confront directly the State's institutions of armed forces, and because of that it could be argued that the intensity of the armed confrontations do not seem to be sufficient today to exceed the threshold that triggers the application of the International Humanitarian Law between the governmental forces and this BACRIM. Hence the current debates must focus on this element because the evolution in this regard could change quickly the fulfillment of it and, as was held above, this will imply several consequences from the legal point of view.

## Conclusion

Today it is recognized that the BACRIM are the biggest threat to Colombia's security and thus, a major threat to the rights of its inhabitants. These structures act according to an armed and violent organizational model which they inherited from demobilized paramilitary groups. Hence, their continuous rise is mainly due to the failure of the State in the total deactivation of the military apparatus of the AUC, especially in relation to drug trafficking structures. The great incomes gained through the illegal economies has enabled these armed groups to grow in power and territorial control. Also, their methods based on fear and brutality have allowed them to have important social control in their areas of impact. Consequently, this problem has led the country to live again a great intensity of violence with serious consequences on the effectiveness of compliance with human rights.

As explained, the application of the International Humanitarian Law depends on objective criteria. On one hand, according to the interpretations of common article 3 of the Geneva Conventions an important degree of organization and sufficient intensity is needed to consider the existence of an armed conflict and "organized armed groups". On the other hand, the Additional Protocol II requires that existence of a responsible command, control of territory, and a degree of organization that enables them to plan concerted and sustained military operations and apply the Protocol.

Applying those criteria to the BACRIM groups are not clear or easy. As was shown in the *Los Usuga* case, although the organization requirement could be accomplished there are serious doubts about the currently level of the intensity of the confrontation and the existence of sustained military operations from this illegal group, especially against the Colombian authorities. It seems that the currently use of force by this organization is limited to protect their illegal business and therefore the threshold of the intensity in the confrontation is not exceeded to hold the existence of an armed conflict between this BACRIM and the State and therefore to trigger the application of International Humanitarian law.

However, as the history of the Colombian armed conflict teaches, the dynamics of the confrontations could change rapidly and therefore the nature, actors and legal framework applicable to the conflict. In this sense, the today's behavior of the BACRIM's in the confrontation against the government authorities could increase easily the level of intensity



and accordingly change a typical fight against a criminal organization to an armed conflict under the International Humanitarian Law. This fundamental change, have at least three mayor consequences that should be thought out carefully. First, the change in the paradigm to use force, passing from a law enforcement to a war model in which the military and the use of lethal force against combatants plays the main role. Second, the possibility to use transitional justice as an eventual strategy to end an armed conflict not only through ordinary criminal law. And finally, the effects that this change of legal framework could have to the rights of the victims of the confrontations. None of those three issues are easy to solve but they are on the essence on the relation between the new drug trafficking armed groups and the applicability of the International Humanitarian Law on Colombia, and this is what is at stake.

## Bibliography

- Arnsion, Cynthia J. The peace process in Colombia with the Autodefensas Unidas de Colombia-AUC, Woodrow Wilson Center Reports on the Americas #13, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington DC, 2005. p. 2.
- Baxter, R.R., Jus in Bello Interno: the present and the future law, in Law and Civil War in the modern world 518-36 (J.B Moore ed. 1974) p. 519.
- Bergal, Carina, The Mexican Drug War: The Case for A Non-International Armed Conflict Classification, 34 Fordham Int'l L.J. 1042, 1043-46 (2011).
- Bloom, Craig A., Square Pegs and Round Holes: Mexico, Drugs, and International Law, 34 Hous. J. Int'l L. 345, 348 (2012)
- Cullen, Anthony, The concept of Non-international Armed Conflict in International Humanitarian Law, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Giraldo, Jorge Alberto, et al., *Medellin: El complejo camino de la competencia armada, Parapolítica*. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos. Corporación Nuevo Arco Iris. p. 109- 164
- Goldman, Robert K., Characterization and Application of International Humanitarian Law in Non-international and other kinds of armed Conflicts, Supplementary Materials Volume 1, International Humanitarian Law Course, American University, Spring 2013. p. 3
- Gomez, Juan Carlos, Twenty-First-Century Challenges: The use of military forces to combat criminal threats. In Non-International Armed Conflict in the Twenty-First Century, Kenneth Watkin and Andrew J. Norris Editors, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2012. Vol.88.p. 281.
- González Posso, Camilo, *Los grupos narcoparamilitares avanzan*, Sexto informe sobre paramilitarismo INDEPAZ. [online], available in: [http://viva.org.co/cajavirtual/svc0278/pdfs/articulo632\\_278.pdf](http://viva.org.co/cajavirtual/svc0278/pdfs/articulo632_278.pdf) (Last visited March 7, 2013).



Kerr, Katie, *Making Peace with Criminals: An Economic Approach to Assessing Punishment Options in the Colombian Peace Process*. The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 37, No. 1.p.58 <http://www.jstor.org/stable/40176604> (Last visited March 7,2013).

Lauterpacht, Hersh, *Recognition in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1947) p. 176.

Massé, Frédéric, *¿Bandas criminales o neoparamilitares?*, *ForeignAffairs Latino America* . vol. 11. Nro. 2. p. 45. <http://www.revistafal.com/historicopdf/2011/2/bandas.pdf> (LastvisitedMarch 7, 2013)

Pecaut, Daniel, and Liliana González, *Presente, pasado y futuro de la violencia en Colombia*, *Desarrollo Económico* Vol. 36, No. 144 <http://www.jstor.org/stable/3467131> (Last visited March 7, 2013)

Pictet, Jean S, (ed.), *ICRC Commentary to article 3. Conflicts not of an international character on the Fourth Convention*.<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/375-590006?OpenDocument> (Last visited March 7, 2013).

Schmitt, Michael N., *The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict*. In *Non-International Armed Conflict in the Twenty-First Century*, Kenneth Watkin and Andrew J. Norris Editors, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2012. Vol.88.pg. 122-123.

Spencer, David E., *Colombia camino a la recuperación: Seguridad y gobernabilidad 1982-2010*, Center for Hemispheric Defense Studies, National Defense University, Washington DC, 2011.p.50.

Wilmschurst, Elizabeth, (ed.). *International Law and Classification of Conflicts*. Oxford University Press.UK. 2012. P. 27

# EL JUEZ DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL

---

## THE JUDGE IN THE INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEDURE

---

✉ Por: Daniel Restrepo-Soto<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 7 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 2 de junio de 2015

### Resumen

*El arbitraje internacional se ha convertido en el método alternativo en la resolución de conflictos más importante en el ámbito del comercio internacional. Lo anterior obedece a diversos factores, como la neutralidad que tiene un tribunal arbitral en comparación con un juez nacional para dirimir una controversia internacional, la eficiencia y la eficacia a la hora de resolver los conflictos, seguridad jurídica para las partes, entre muchas otras razones. No obstante lo anterior, las partes en conflicto al momento de suscribir un pacto arbitral, son positivas sobre el hecho en que la intervención de la justicia ordinaria no va a ser requerida, y que sus conflictos van a ser eventualmente resueltos sin la participación de la misma.*

*El objetivo del presente artículo es reflejar la frecuente e importante participación que puede llegar a tener un juez nacional dentro del procedimiento arbitral internacional, la cual no solo se ve reflejada al momento del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sino también durante toda la etapa procedimental. En este sentido pretendo abarcar de manera sucinta los diversos escenarios en los cuales el juez nacional intervendrá o facilitará el buen andar del proceso arbitral internacional, teniendo como punto de partida la Ley 1563 de 2012, así como diversas disposiciones internacionales que regulan la materia.*

**Palabras clave:** *Arbitraje internacional, medidas cautelares, pruebas, laudo, reconocimiento y ejecución de laudos.*

---

1 Abogado de la Universidad EAFIT, Candidato a Magister en Derecho Internacional de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Colombia. [drestre90@gmail.com](mailto:drestre90@gmail.com).



## Abstract

*International arbitration has become the alternative method of conflict resolution more important in the field of international trade. This is due to several factors, such as neutrality having an arbitral tribunal compared to a national court to settle an international dispute, efficiency and effectiveness in resolving conflicts, legal certainty for parties, among many other reasons. Notwithstanding the foregoing, the parties to the conflict at the time of signing an arbitration agreement are positive about the fact that the intervention of the ordinary courts will not be required, and that the conflict will eventually be resolved without the involvement of itself.*

*The purpose of this article is to reflect the frequent and significant participation can have a national judge in the international arbitration proceedings, which not only reflected upon the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, but also throughout the procedural steps. In this sense I intend to briefly cover different settings in which the national court be involved and facilitate the proper ride of international arbitral process.*

**Key words:** *International arbitration, precautionary measures, evidence, award, recognition and enforcement of foreign arbitral awards.*

## Introduction

La Constitución Política de Colombia de 1991 señala claramente en su artículo 116 la función jurisdiccional, estableciendo quienes cumplen tales funciones: “*La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado (...) los jueces, administran justicia (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición (...) de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”.

Atendiéndonos al texto, puede inferirse de la disposición constitucional precitada la inminente coexistencia entre el árbitro y el juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la diferencia en que el primero solo interviene de manera excepcional y a petición de parte a través del pacto arbitral, mientras que el segundo cumple esta función de manera habitual o constante, y no requiere de la manifestación expresa por las partes en conflicto.

Es así como estamos frente a dos métodos de resolución de conflictos de heterocomposición en donde se evidencia la participación de un tercero diferente a las partes, con facultades



decisorias vinculantes para las mismas.<sup>2</sup> A pesar de ser dos métodos de resolución de conflictos heterocompuestos, sobre los cuales pueden predicarse diferencias y similitudes, hay escenarios dentro del proceso arbitral en el que confluyen y se relacionan directamente el juez y el árbitro.

En este sentido, y partiendo de la base de que es procedente la participación de un juez dentro del proceso arbitral internacional, es necesario analizar la competencia de tales jueces para realizar su intervención dentro de referido proceso. Para esto, es necesario analizar la disposición 68 de la Ley 1563 de 2012, en donde se establece expresamente que:

*ARTÍCULO 68. AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. La autoridad judicial competente para ejercer las funciones a que se refieren los artículos (...) será el juez civil del circuito. No obstante, cuando se trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, lo será el juez administrativo. La anulación (...) y el reconocimiento y ejecución previstos en el (...) serán de competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia (...) corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.*

De la anterior disposición, puede realizarse las siguientes conclusiones sobre la competencia de los jueces: (i) el juez civil del circuito será competente para conocer y participar en procesos arbitrales en donde las partes del litigio sean personas naturales o jurídicas privadas, así por ejemplo, en la ejecución de una medida cautelar o practica de pruebas; (ii) en aquellos casos de reconocimiento y ejecución del laudo, y anulación de laudos entre privados, la competencia recaerá sobre la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y (iii) frente al recurso de anulación del laudo en donde intervengan Entidades Estatales, será competente para conocer sobre dicha impugnación el Consejo de Estado.

Puede observarse claramente que la Ley 1563 de 2012, faculta expresamente a la justicia ordinaria y a la de lo contencioso administrativo a participar dentro del proceso arbitral internacional, dándole competencia para el efecto.

Una vez establecido con claridad la competencia de la justicia nacional en algunas etapas del proceso, especialmente en lo relacionado con las impugnaciones y reconocimiento de laudos, es necesario revisar otros escenarios en los cuales pueden concurrir los jueces locales dentro del procedimiento arbitral a la luz de la Ley 1536 de 2012. Estos escenarios son: (i) la designación de árbitros, (ii) medidas cautelares, (iii) practica de pruebas, e (iv) impugnación de laudos (reconocimiento y ejecución, anulación y acción de tutela).

---

2 Eugenio Prieto y Beatriz Quintero, *Teoría General del Derecho Procesal*, 4ª ed., Bogotá, Colombia. Temis., 2008, pp. 15-16.



## Frente a la Designación de Árbitros

En el primer escenario en donde podemos observar la participación del juez nacional en el arbitraje internacional es en la designación de los árbitros, cuando no haya acuerdo entre las partes para dicha elección. En este sentido, el artículo 73 de la Ley 1563 de 2012 señala que se debe recurrir a la justicia ordinaria, para que sea esta quien elija a los árbitros encargados de dirimir la controversia. Dicha disposición reza así:

*Artículo 73. (...) 5. A falta de acuerdo: a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes; b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero dentro de los treinta (30) días contados desde la comunicación de su nombramiento, la designación será hecha por la autoridad judicial, a petición de cualquiera de ellas. (...) 7. Al nombrar un árbitro, la autoridad judicial tendrá en cuenta las condiciones de este requeridas por las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de persona independiente e imparcial (...)".<sup>3</sup>*

De la anterior disposición puede concluirse que las partes, con base en su autonomía de la voluntad privada reflejada a través del pacto arbitral, pueden señalar la forma de designación del (los) arbitro(s) que vaya(n) a dirimir el conflicto, no obstante a falta de acuerdo o de regulación dentro de dicho pacto, se permite que de acuerdo con la norma descrita anteriormente, el juez nacional sea quien designe los árbitros que entrarán a dirigir el procedimiento y a dirimir el conflicto presentado. En otras palabras, "la intervención del juez está sujeta a que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento no se hayan previsto otros medios para proceder a la designación de los árbitros".<sup>4</sup>

Así como sucede en Colombia, podemos observar que algunos Estados dentro de su ordenamiento jurídico, han consagrado la posibilidad de que el juez nacional intervenga en el proceso arbitral en cuanto a la designación de árbitros se refiere:

En primer lugar podemos revisar la Ley Española sobre Arbitraje Ley 60 de 2003 modificada por la Ley 11 de 2011 que en su artículo 8º numeral 1 afirma lo siguiente: "(...)1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo

<sup>3</sup> Este artículo fue tomado del artículo 6º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>4</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Colaboración de los Jueces en el Arbitraje Internacional*, Legis, Bogotá, Colombia, 2013, p. 489.



*Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje. No obstante lo anterior, para un sector de la doctrina, cuando los jueces cuentan con la facultad nominadora, no están ejerciendo función jurisdiccional, es decir “en tal intervención, en sentido estricto, los jueces no ejercen ninguna función jurisdiccional, tan solo utilizan su autoritas para convocar a los candidatos (...). Partiendo de lo anterior, debemos buscar el fundamento jurídico que permite a los jueces realizar como apoyo”.<sup>5</sup>*

Adicionalmente, La Ley General de Arbitraje No. 26572 del Perú, en su artículo 21 reza que “(...) A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez (...).”

Por último, podemos hacer referencia a la Ley Federal de Suiza de Derecho Internacional Privado, en el numeral 2 del artículo 179 reza “(...)2. A falta de tal acuerdo, podrá recurrirse al juez del lugar donde el tribunal arbitral tenga su sede (...).

En conclusión puede establecerse con claridad que es inminente la intervención del juez nacional dentro del arbitraje internacional, cuando las partes no han designado al o los árbitros competentes para dirimir el conflicto, lo cual, deja entrever un primer escenario en el cual tanto el arbitraje internacional como la jurisdicción ordinaria confluyen.

## **Frente a las Medidas Cautelares**

Si bien la posibilidad de que el tribunal arbitral decreta medidas cautelares, en principio fue discutido, distintas disposiciones internacionales que regulan el arbitraje han consagrado expresamente esta posibilidad. En este sentido podemos observar que entre estas normas internacionales, el estatuto de la American Arbitration Association, en su artículo 34 señala la potestad del árbitro para salvaguarda la propiedad que se discute, sin perjudicar los derechos de las partes en conflicto: “*Conservation of property. The arbitrator may issue such orders as may be deemed necessary to safeguard the property which is the subject matter of the arbitration without prejudice to the rights of the parties or to the final determination of the dispute*”.

En concordancia con lo anterior, la Ley 1563 de 2012 ha consagrado expresamente la facultad que tienen las partes para pedir ante el tribunal arbitral la adopción de medidas cautelares. En consecuencia, y para efectos del presente artículo no analizaremos las

---

5 Marcela Rodríguez Mejía, *Procedimiento de Designación de los Árbitros en la ley de arbitraje española. Ley 60 de 2003*, Derecho Internacional de los Negocios Tomo IV, Compilador: Andrés Cárdenas Muñoz, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2012. p.124.



posiciones respecto a la procedencia de las medidas cautelares o no por parte de un tribunal arbitral, sino que partiremos de la real existencia de dicha potestad.

De acuerdo con la Ley 1563 de 2012, los jueces nacionales pueden intervenir en la práctica de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral en los siguientes dos escenarios:

1. Cuando las partes en conflicto acudan a la jurisdicción ordinaria a solicitar la adopción de medidas cautelares previo al inicio del proceso arbitral, sin que se entienda que están renunciando al acuerdo arbitral (art. 70 Ley 1563/2012).
2. Cuando una de las partes soliciten al tribunal arbitral la adopción de medidas cautelares de acuerdo con lo consagrado en los artículos 80 y siguientes de la Ley 1536/2012.

Para efectos del presente artículo, nos vamos a detener en analizar el escenario dos (2), toda vez que lo que se pretende revisar en el mismo es la intervención del juez en el transcurso del proceso arbitral, y no actuaciones de la autoridad nacional previas al arbitraje.

Dicho esto, es claro que el tribunal arbitral goza de facultades expresas para decretar medidas cautelares, salvo que las partes en el pacto arbitral lo hayan prohibido, y siempre cuando encuentren que las mismas son conducentes, pertinentes, razonables y oportunas, de acuerdo con lo expresado en el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012. En consecuencia, una vez corroborado los requisitos precitados, el tribunal arbitral adoptara las medidas que considere necesarias para el desenvolvimiento del proceso arbitral internacional.

Luego de establecer la procedencia de otorgar y decretar medidas provisionales durante el proceso arbitral, es necesario analizar cómo estas se pueden ejecutar dentro de un territorio. En este sentido, el artículo 88 de la Ley 1563 de 2012, consagra:

*ARTÍCULO 88. EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada. Para este efecto, la autoridad judicial procederá a la ejecución en la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas y dentro de dicho proceso solo podrán invocarse como excepciones las previstas en el artículo 89 de esta sección.*

De acuerdo con la disposición precitada, puede observarse la necesidad de recurrir a la autoridad judicial nacional para que ejecute la medida cautelar. Además, se desprende que toda medida cautelar decretada por la jurisdicción arbitral, tiene carácter vinculante, sin embargo, es necesario ejecutarla a través del procedimiento legal establecido en el ordenamiento jurídico nacional para tal efecto. Por ende, la autoridad deberá hacer un análisis de la medida y establecer la procedencia de su ejecución o no en el Estado colombiano,



quien podrá denegar dicha ejecución bajo las causales expresadas en el artículo 89 de la Ley 1563 de 2012, causales que tienen gran similitud con las señaladas para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

De acuerdo con lo anterior, un sector de la doctrina considera que *“las medidas cautelares decretadas por el tribunal, serán plenamente vinculantes, sin tramite adicional alguna y, salvo que este disponga otra cosa, serán ejecutables por la autoridad judicial sin importar en qué estado ha sido decretada”*,<sup>6</sup> siendo pertinente concluir que el tribunal arbitral es competente para decretar medidas preventivas, pero estas deben ser ejecutadas por la justicia ordinaria.

Revisando otras disposiciones internacionales relacionadas con la procedencia de decretar las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, podemos observar lo siguiente:

La Ley Federal de Suiza sobre Derecho Internacional Privado, en su artículo 183 No. 2 afirma que *“Si la parte concerniente no cumple voluntariamente con dichas medidas, el tribunal arbitral podrá solicitar la asistencia del juez competente; el juez aplicará su propio derecho”*, permitiendo la posibilidad de recurrir al juez nacional competente en donde se vaya a ejecutar la medida provisional, para que este ordene su cumplimiento.

En el mismo sentido, la Ley Española de Arbitraje 60 de 2003 modificada por la Ley 11 de 2011, en su artículo 8 No. 3 afirma que *“Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, lo cual corrobora la participación del juez nacional en la ejecución de medidas cautelares.

Con base en lo anterior, podemos concluir que el juez nacional también tiene gran injerencia en el proceso arbitral internacional, en lo que a medidas provisionales o cautelares se refiere, ya que la ejecución de las mismas, depende del análisis que realice la jurisdicción ordinaria para el efecto, y así lo reconoce no solo las disposiciones colombianas, sino también, como se ha anotado, normas de diferentes Estados.

## Frente a la Práctica de Pruebas

En cuanto a la práctica de pruebas dentro del procedimiento arbitral, se ha establecido en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la posibilidad de que el tribunal arbitral recurra a solicitarle a la justicia ordinaria colaboración a la hora de realizar o practicar alguna clase de pruebas. En este sentido, podemos observar ciertas disposiciones que así lo comprueban:

---

6 Rafael Gutiérrez Bernal, *Estatuto Arbitral Colombiano: Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares en la Nueva Ley de Arbitraje Internacional Colombiana*, Bogotá, Colombia, Legis, 2013, p. 508.



El artículo 100 de la Ley 1563 de 2012, que se deriva del artículo 27 de la Ley modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, señala lo siguiente:

*ARTICULO 100. Tanto el tribunal arbitral como cualquiera de las partes con la aprobación de aquel, podrán pedir la colaboración de la autoridad judicial de cualquier país para la práctica de pruebas. La autoridad judicial atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia territorial y con arreglo al régimen del respectivo medio probatorio. La autoridad judicial colombiana procederá al efecto de la misma forma que si se tratara de una comisión judicial.*

De manera similar la legislación Chilena en la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 27 afirma que *“Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.”*

En concordancia con lo anterior, el numeral 2 del artículo 8 de la Ley Española de Arbitraje 60 de 2003, reza que *“Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia”,* y así mismo lo establece la Ley Federal de Suiza sobre Derecho Internacional Privado, en su artículo 184 *“Si la asistencia de autoridades judiciales es necesaria para la recepción de pruebas, el tribunal arbitral o una de las partes por acuerdo del tribunal arbitral, podrá solicitar la asistencia del juez del lugar en donde el tribunal arbitral tenga su sede; el juez aplicará su propio derecho.”*

De lo expuesto anteriormente, queda claramente expresada la facultad de asistencia con que cuenta el juez nacional en la práctica de pruebas dentro del procedimiento arbitral, no obstante lo anterior, se ha señalado por parte de la doctrina sobre la finalidad de esta colaboración que *“aunque en la práctica esto no resulta muy recurrido, es importante siempre contar con la herramienta, en especial para los casos de terceros que se niegan o son renuentes a colaborar con el tribunal arbitral y este carece de poderes coactivos para persuadir al tercero a colaborar con la justicia”*.<sup>7</sup>

Esta colaboración, puede observarse dependiendo del tipo de prueba a practicarse, como por ejemplo:

Sobre las pruebas documentales que no se encuentren en posición de alguna de las partes, estas pueden solicitarle al tribunal arbitral solicite la intervención de la autoridad judicial nacional para que intervenga y adopte las medidas necesarias para que dicho tercero proceda con la exhibición de estos documentos.

---

<sup>7</sup> Clara Lucia Uribe Bernate, *Estatuto Arbitral Colombiano: Las Pruebas En El Arbitraje Internacional*, Bogotá Colombia, Legis, 2013, p. 474.



Lo mismo soluciona con la prueba testimonial, cuando el testigo tiene una actitud renuente frente a la rendición del testimonio. Esto puede observarse de acuerdo con el artículo 4.10 de las reglas de la Internacional Bar Association<sup>8</sup> (Reglas IBA), en donde se señala que “*Si una Parte desea ofrecer como testigo a una persona que no comparecerá voluntariamente cuando así se le solicite, la Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, solicitarle que adopte cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener el testimonio de esa persona*”, dentro de estas medidas el tribunal puede solicitarle al juez nacional que colabore en la ejecución de dicho testimonio.

De esta manera podemos observar como la autoridad nacional judicial tiene la obligación de estar a predisposición del tribunal arbitral internacional para proceder con las diferentes vicisitudes que puedan presentarse dentro del proceso arbitral en cuanto a la práctica de pruebas.

## Frente a la impugnación de laudos

Una vez finalizado el proceso arbitral, los laudos que dirimen la controversia podrán ser sujetos de impugnación por las partes, quienes los someterán a la discusión sobre su validez o el reconocimiento o ejecución del laudo dentro del territorio colombiano. Para estos efectos, se han establecido dos causas procesales para determinar la forma en que las partes pueden objetar u oponerse a la validez o la ejecutabilidad del laudo dentro del territorio colombiano: (i) la nulidad y, (ii) el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Dentro del presente artículo, nos encargaremos de analizar el papel del juez única y exclusivamente frente al reconocimiento y ejecución del laudo, toda vez que las causales establecidas en la Ley 1563 de 2012 para la procedencia de uno u otro c son similares en su contenido, operando así la expresión latina de *mutatis mutandi*. Así mismo, analizaremos brevemente si el juez de tutela también puede intervenir dentro del proceso arbitral internacional y cuál es su alcance en dicha intervención, para así corroborar que los jueces locales pueden llegar a intervenir de manera permanente y bajo diferentes circunstancias, dentro del proceso arbitral, incluso cuando el mismo vulnera derechos fundamentales, como lo veremos a continuación.

## 1. Reconocimiento y Ejecución de Laudos

La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958<sup>9</sup> (Convención de NY) introdujo un marco normativo aplicable para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, dentro de ordenamientos jurídicos nacionales, para lo

---

8 “La versión actual de las reglas IBA fue aprobada el 29 de mayo de 2010 (...) el propósito fundamental de estas reglas es otorgar a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de pruebas en el arbitraje internacional” Clara Lucia Uribe Bernate, *Estatuto Arbitral Colombiano: Las Pruebas En El Arbitraje Internacional*, Bogotá, Colombia, Legis, 2013, p. 474.

9 Convención Ratificada por Colombia el 25 de septiembre de 1979, con entrada en vigor el 24 de diciembre de 1979



cual deberá agotarse un procedimiento ante la autoridad nacional para la obtención de dicho reconocimiento.

De entrada la Convención de NY hace referencia a que es necesaria la intervención de la rama del poder público competente para los asuntos jurisdiccionales para que esta se pronuncie sobre el reconocimiento de la sentencia arbitral internacional y proceda a ejecutarla dentro del territorio. Para el caso colombiano, será la rama judicial quien se pronunciara al respecto y definirá la procedencia o no del reconocimiento de los pronunciamientos arbitrales internacionales.

Ahora bien, previo a revisar las normas colombianas sobre el procedimiento para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el territorio, es trascendental establecer frente a cuales laudos procede o no este reconocimiento. Para lo cual es importante señalar que el numeral del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012, proveniente del artículo 1° de la Convención de Nueva York, establece que laudos son considerados internacionales para que sean objeto del proceso de reconocimiento, así:

*“Los laudos dictados en arbitrajes internacionales, cuya sede sea Colombia, se consideran laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente, sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento”.*

De la anterior disposición se derivan varias conclusiones de gran relevancia. En primer lugar, hay que aclarar que no todo laudo cuya sede sea Colombia, y que obedezca a un arbitraje internacional de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, es objeto de reconocimiento y ejecución, pues se consideran nacionales y pueden ejecutarse directamente. No obstante, si las partes en su pacto arbitral renuncian al recurso de anulación, se es necesario que procedan con su reconocimiento dentro del territorio colombiano, para garantizar así la seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Una vez establecido que estamos frente a un laudo internacional, o nacional en donde las partes hayan renunciado a la anulación, es procedente realizar el proceso de reconocimiento y ejecución, cuya autoridad competente, como lo establecimos previamente en el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, es la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, o excepcionalmente, El Consejo de Estado.

De esta manera, es posible establecer que aunque las partes en un conflicto internacional hayan celebrado un pacto arbitral, con miras a buscar imparciales, eficiencia y eficacia a la hora de dirimir las controversias, no deben obviar que para que las decisiones que se tomen por parte del tribunal arbitral competente, requiere cumplir con el trámite del reconocimiento y ejecución del laudo dentro de un territorio determinado, y para ello es necesaria la intervención del juez nacional competente para el efecto. Por lo tanto, aquellas razones por las cuales se pretende acudir a la justicia arbitral para dirimir un conflicto



pueden verse afectadas en mayor o menor medida dependiendo del ordenamiento jurídico, y del sistema judicial, en donde se pretenda hacer exigible un laudo arbitral.

## 2. Acción de tutela

La Constitución Política de Colombia de 1991, buscando cumplir con los preceptos del Estado Social de Derecho, incorporo una herramienta legal en busca de proteger de manera expedita, subsidiaria y eficaz los derechos fundamentales de los nacionales colombianos. Dicha acción está expresamente regulada en el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991.

A partir del uso de dicha acción, los particulares sobre los cuales se esté causando un perjuicio irremediable sobre sus derechos fundamentales, quienes requieran de manera urgente la guarda de tales derechos y no tengan otro medio judicial a que recurrir, pueden hacer uso de dicha acción con miras a obtener su protección institucional.

A través de la jurisprudencia constitucional, se han establecido ciertos parámetros frente a los cuales se puede recurrir a dicha acción para atacar decisiones judiciales.<sup>10</sup> Lo cual ha permitido permear los asuntos arbitrales, y así lo corrobora el Dr. Juan Antonio Gaviria Gil, al señalar que *“El segundo reto se relaciona con la acción de tutela. Cualquier persona natural o jurídica puede interponer una acción de tutela solicitando una orden judicial encaminada a la protección de sus derechos fundamentales. Así, una persona natural o jurídica que haya sido vencida en un proceso arbitral y cuyo recurso de anulación del laudo haya sido infructuoso podría interponer una acción de tutela alegando que el laudo arbitral viola cualquiera de sus derechos fundamentales.”*<sup>11</sup>

En el ámbito del arbitraje nacional, existe un caso que sentó un precedente frente a la procedencia o no de la acción de tutela frente a un laudo arbitral nacional, *en caso entre ETB y Telefónica Móviles de Colombia S.A, en donde la Corte Constitucional en Sentencia T-058 de 2009 afirmó que “(...) aunque la ETB interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido y éste aún no ha sido decidido, la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados. En efecto, como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros. En este sentido, es claro que las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas y prevén la posibilidad de atacar*

10 *“(...) reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, para lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho”* Colombia, Corte Constitucional en Sentencia T-152 de 2012, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Además ver: Sentencia SU-913 de 2009 y C-590 de 2005.

11 Juan Antonio Gaviria Gil, “Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Privado* (Enero-Junio 2013, Vol.2 Num. 24) p. 277, [en línea], disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n24/n24a11>, consulta: 01 de abril de 2015.



*un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal...” De este modo, “(...) dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento...” dando lugar a la procedencia de este tipo de acciones constitucionales frente a laudos arbitrales.*

De esta manera puede señalarse que, un laudo arbitral que vulnere derechos fundamentales, y que no haya podido ser salvaguardado a través de la anulación o el ejecución y reconocimiento de laudo arbitral, podría eventualmente ser objeto de una acción de tutela, en donde el particular podría acreditar una violación a sus derechos constitucionales, y el juez constitucional a partir de dichos mecanismos, proceden y tutelar los derechos del particular, dejando sin efecto alguno el laudo arbitral internacional.

## Conclusiones

Con el presente artículo no se busca en ningún momento señalar que el arbitraje como método alternativo en la solución de conflictos, no es el adecuado para ello, ni que este no le garantiza a las partes en conflicto, un método expedito para dirimir su controversia. Lo que se busca es señalar con claridad que, afortunada o desafortunadamente, el procedimiento arbitral en muchas ocasiones recurre a la justicia local o nacional para su desarrollo, lo cual puede afectar en mayor o menor medida, el procedimiento arbitral, dependiendo del ordenamiento jurídico al cual se recurra.

Tan es así que las personas naturales y jurídicas, privadas o públicas, a la hora de suscribir contratos internacionales, inmediatamente recurren al compromiso o a la cláusula compromisoria, con miras a obtener resoluciones sobre eventuales conflictos que se presenten en la ejecución, validez o interpretación de dicho contrato internacional, de manera eficaz, eficiente, legítima y justa. Dentro de los argumentos que soportan la anterior afirmación, se encuentran razones como: la lentitud y la congestión que existe en los operadores de justicia nacionales (especialmente en Sur América), la falta de conocimiento o experticia de las autoridades estatales para solucionar de manera justa y consecuente un litigio de carácter internacional, lo engorroso y gravoso que es acudir a instancias nacionales para aquellas partes extranjeras, y obviamente, el desconocimiento de las normas locales.

Sin embargo, es evidente que por el solo hecho de celebrar un pacto arbitral dentro de un contrato internacional, no se garantiza el no tener que acudir permanentemente durante toda la etapa arbitral al juez nacional. Como pudimos observar, el juez puede intervenir desde el inicio del proceso para colaborar en la asignación de los árbitros y conformar el tribunal arbitral, pasando por la práctica de medidas cautelares y lo relacionado con el aspecto probatorio, hasta su etapa de impugnación final o de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Estos escenarios hacen que los argumentos por los cuales las partes le dieron competencia a un cuerpo arbitral para dirimir una controversia internacional pierdan validez, y así puede



corroborarse en países como el nuestro, en donde el sistema judicial y nuestro ordenamiento jurídico, atraviesa por uno de sus peores momentos en cuanto a la resolución de litigios se refiere:

Colombia, país inmerso en una congestión judicial sin precedentes y que cada día aumenta más, en donde la justicia tarda años en pronunciarse tan siquiera de algún proceso de mínima cuantía, o si tiene suerte emite un auto insignificante en cuanto a la solución del conflicto se refiere con el paso de los años. No podría pretenderse entonces que solucione aspectos como designaciones de un árbitro o sobre una medida cautelar de manera expedita como lo demanda un proceso arbitral de carácter internacional.

Lo anterior muestra, inevitablemente, que los objetivos por los cuales se acude a instancias arbitrales buscando evitar la jurisdicción nacional, en la práctica, no parece ser así, por lo tanto, se podría concluir que tanto la justicia ordinaria como la arbitral confluyen en un mismo procedimiento, en donde al fin de cuentas, los verdaderos afectados son las partes y el comercio internacional.

## **Bibliografía**

*American Arbitration Association.*

Colombia, Corte Constitucional en Sentencia T-058 de 2009, MP. Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional en Sentencia T-152 de 2012, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.  
Colombia, Ley 1563 de 2012.

Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de 1958.

Correa Arango, Gabriel, *Comentarios al Estatuto de Arbitraje y Amigable Composición*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2013.

Gaviria Gil, Juan Antonio, *Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional*, en *Revista de Derecho Privado Bogotá*, Colombia. No. 24, Enero-Junio 2013.

Gutiérrez Bernal, Rafael, *Estatuto Arbitral Colombiano: Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares en la Nueva Ley de Arbitraje Internacional Colombiana*, Bogotá, Colombia, Legis, 2013, p. 508.

Ley Española sobre Arbitraje No. 60 de 2003, modificada por la Ley 11 de 2011. Ley Federal de Suiza de Derecho Internacional Privado.

Ley General de Arbitraje No. 26572 de Perú.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.



Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile.

Prieto, Eugenio, y Quintero, Beatriz. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá, Colombia. Temis. 4ª Edición. 2008, p. 15-16.

Reglas de la *Internacional Bar Association*. (IBA).

Rodríguez Mejía, Marcela, *Procedimiento de Designación de los Árbitros en la ley de arbitraje española*. Ley 60 de 2003, Derecho Internacional de los Negocios Tomo IV, Compilador: Andrés Cárdenas Muñoz, Bogotá, Colombia, Universidad Externado, 2012, p. 124.

Uribe Bernate, Clara Lucia, *Estatuto Arbitral Colombiano: Las Pruebas En El Arbitraje Internacional*, Bogotá Colombia Legis, 2013, p. 474.

Zuleta Jaramillo, Eduardo, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Colaboración de los Jueces en el Arbitraje Internacional*. Bogotá, Colombia, Legis, 2013, p.489.

# EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS MECANISMOS ONLINE PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

---

ELECTRONIC COMMERCE AND MECHANISMS FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION

---

✉ Por: Sebastián Orrego-Garay<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2015  
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2015

## Resumen

*El presente artículo tiene como objetivo abarcar el tema de los mecanismos online para la resolución de disputas (en adelante ODR) en el marco del Comercio Electrónico, analizando su rol y su funcionamiento, a la vez que intentará hacerse alusión a los retos que se presentan en la actualidad para su implementación. En ese sentido y a pesar de dichos retos, los ODR se presentan como herramienta útil para la consecución de soluciones a los problemas que surgen de las relaciones que se llevan a cabo en el espacio de las transacciones en línea y a su vez como propulsores y generadores de confianza en el comercio electrónico.*

**Palabras clave:** Arbitraje internacional, medidas cautelares, pruebas, laudo, reconocimiento y ejecución de laudos.

---

1 Abogado Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. El texto fue el ganador del concurso de investigación jurídica Germán Cavelier, organizado por la Asociación Cavelier del Derecho en coordinación con algunas universidades del país. Correo: sorrego@eafit.edu.co



## Abstract

*This article aims to cover the subject of mechanisms for online dispute resolution (from now on ODR) under the Electronic Commerce, analyzing their role and performance, while attempts to make reference to the challenges presented today to its implementation. In that sense and despite those challenges, the ODR are presented as a useful tool for achieving solutions to problems arising from the relationships that take place in the space of online transactions and as well as engines and generators of confidence in the electronic commerce.*

**Key words:** *Electronic commerce, information and communication technologies, mechanisms for online dispute resolution, trust, alternative methods of dispute resolution.*

## Introduction

Con los avances tecnológicos de las últimas décadas en materia de telecomunicaciones, el uso del internet se ha convertido en un medio idóneo para, entre muchas cosas, la celebración de relaciones y transacciones comerciales entre particulares. Sin lugar a dudas, el comercio electrónico (*e-commerce*) ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia en el ámbito del comercio internacional, toda vez que facilita e incentiva el intercambio comercial de bienes y servicios entre actores de distintos sectores de la sociedad y distintos Estados que se encuentran limitados y separados geográficamente, e inclusive ha traído consigo un mayor crecimiento en la economía mundial y digital alrededor del mundo.<sup>2</sup> Por otro lado, al igual que en las relaciones contractuales tradicionales, en el marco de las relaciones que son llevadas a cabo en el comercio electrónico es plenamente posible que se presenten disputas o conflictos entre las partes involucradas, bien sea por causa del incumplimiento de las obligaciones por alguna o ambas partes, o por cualquier otro aspecto derivado de la relación comercial.

---

2 “La economía digital está constituida por la infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (software, hardware y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos. Se presenta entonces como un facilitador cuyo desarrollo y despliegue se produce en un ecosistema caracterizado por la creciente y acelerada convergencia entre diversas tecnologías, que se concreta en redes de comunicación (redes y servicios, redes fijas-móviles), equipos de hardware (móviles multimedia 3G y 4G), servicios de procesamiento (computación en la nube) y tecnologías web (Web 2.0)”. NU. CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial, “Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, Comisión Europea Comisión Económica para América Latina y el Caribe”. (Marzo de 2013), p. 9, [en línea] disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad> o [http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia\\_digital](http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia_digital), consulta: 11 de marzo de 2015.



Para buscar una salida a este tipo de situaciones, se suelen pactar por las partes cláusulas para la resolución de conflictos, las cuales establecen un procedimiento específico en caso de presentarse ese tipo de situaciones. Al mismo tiempo, puede establecerse la intervención de un tercero para que en caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo por sí mismas, facilite procedimientos que permitan encontrar una posible solución. Esta tercera persona podría llegar a ser por ejemplo, un tribunal de arbitramento.

Pese a lo anterior, en ocasiones, distintos factores como la disponibilidad de tiempo, la destinación cuantiosa de recursos y demás complicaciones logísticas, hacen que la idea de comparecer ante un tribunal de arbitramento no resulte tan idónea y con ello se retrase la resolución del conflicto o disputa. Es por ello que en aras de lograr una mayor eficacia a la hora de dirimir el conflicto, las partes acudan a los mecanismos *ODR* - llamados en inglés *Online Dispute Resolution* -. Estos mecanismos se presentan entonces como una herramienta útil, de fácil acceso, rápida y eficaz a la hora de buscar solucionar las controversias y disputas originadas en el entorno electrónico, contribuyendo de esta forma a generar mayor confianza en los sujetos respecto a este tipo de comercio y trayendo igualmente un impacto positivo en el desarrollo de los países y las personas.

Finalmente, a pesar de su utilidad, estos mecanismos aún presentan limitaciones y retos que deberán superarse en aras de lograr esa mayor confianza, seguridad jurídica, y los fines que en sí mismos persiguen, entre los cuales se destaca el que un mayor número de sujetos hagan parte del comercio electrónico, pues la falta de confianza constituye uno de los principales problemas por el cual muchos se abstienen de hacer uso de este medio y de tales mecanismos. Es por todo lo anterior, que el Derecho, tanto desde el ámbito nacional como internacional, ha realizado grandes esfuerzos por proporcionar instrumentos jurídicos que abarquen tan importante tema en aras de contribuir a una mayor seguridad jurídica.

Para desarrollar de manera más extensa estas ideas, el presente artículo se dividirá en dos secciones. En una primera parte se abordará el concepto del comercio electrónico y su relevancia para el comercio internacional y el desarrollo económico, junto con la generación de disputas como resultado de las interacciones que se dan entre los sujetos involucrados en este comercio que se lleva a cabo de manera digital y haciendo una referencia general a las convencionales formas de resolución de las mismas. Teniendo en consideración este tipo de disputas que pueden llegar a generarse, se pasará a la segunda parte con el objetivo de dar cuenta de aquellos mecanismos *ODR* con los cuales se cuenta hoy en día para solucionar estas disputas y su rol dentro del comercio electrónico, y que si bien plantean una serie de ventajas y desventajas, traen consigo ciertos retos para su implementación (especialmente en países en vía de desarrollo) que hoy en día se han venido superando -aunque no de manera definitiva- gracias a los distintos esfuerzos realizados por el derecho internacional y doméstico de los Estados, junto con la colaboración de otros actores.



## El comercio electrónico

El comercio electrónico ha venido tomando relevancia con el paso de los años, adquiriendo un papel importante en la manera de realizar transacciones comerciales a nivel tanto nacional como internacional. Para empezar a desarrollar el tema en cuestión, es necesario antes establecer una definición del concepto de Comercio Electrónico a partir de distintos elementos toda vez que el instrumento jurídico internacional que buscó regular este tema, omitió consagrar una definición específica del mismo. Una vez construida una definición, deberá analizarse su rol dentro del desarrollo económico de los Estados y el mejoramiento de las condiciones de vida de los particulares en la última década. Luego de esto, se desarrollará la idea de que a pesar de ser una herramienta para el desarrollo, la naturaleza y forma de llevar a cabo las transacciones originadas en ese entorno digital, propician en ocasiones la generación de disputas entre los sujetos que intervienen en dichas relaciones, que como se verá, surgen por diversas razones.

### 1. La noción del comercio electrónico y su relevancia para el comercio internacional y el desarrollo económico

El fortalecimiento de las relaciones internacionales entre los Estados y el desarrollo tecnológico en las últimas décadas, han traído consigo la transformación y evolución del comercio como lo entendíamos desde sus primeros días, haciendo que las relaciones comerciales no solo entre Estados sino también entre particulares, hayan aumentado de una manera sin precedentes, contribuyendo así al crecimiento de las economías y al bienestar de las personas y empresas. Sin embargo, en la cotidianidad pueden encontrarse diversos obstáculos que dificultan que estas relaciones de carácter comercial se lleven a cabo de manera óptima. Estos obstáculos que solían obedecer a limitaciones geográficas hoy en día han pasado a ser obstáculos de naturaleza jurídica debido en gran parte a la coexistencia de los distintos sistemas jurídicos de los Estados, y que en ocasiones pueden limitar la aplicación del Derecho Internacional en distintas dimensiones.<sup>3</sup>

Como una respuesta a lo anterior, en el ámbito del Derecho Internacional fue desarrollada la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI).<sup>4</sup> Desde una primera aproximación y

---

3 Es en gran parte por esta premisa que en el seno de los organismos internacionales se buscan crear leyes modelo, tratados y otros instrumentos a los que puedan adecuarse esa diversidad de sistemas jurídicos, buscándose de esta manera una armonía entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales en pro de disminuir o eliminar aquellas barreras que se encuentran de por medio en las relaciones entre Estados, entre particulares, o entre ambos.

4 Con esta ley se buscaba desde un principio propiciar, incentivar y facilitar el comercio internacional mediante el uso de distintos medios electrónicos, ofreciendo a las distintas legislaciones un conjunto de reglas generales cuya observancia pudiese contribuir a la disminución de los obstáculos jurídicos que se presentan comúnmente en el comercio electrónico como consecuencia, en gran parte, de las insuficiencias y divergencias del Derecho interno de cada Estado. Mediante esta la ley modelo promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adoptada mediante la resolución 51/162 de la Asamblea General de la ONU en 1996, se desarrolla entonces un texto normativo que perseguía tales ideales.



como se destaca en la introducción que hace la Comisión a dicha ley,<sup>5</sup> la CNUDMI se abstuvo de consagrar una definición específica de lo que se entendería por “comercio electrónico”, y en su lugar, trae definiciones de otros conceptos que se relacionan de forma directa o indirecta con este tipo de comercio.<sup>6</sup> Sin embargo, a lo que sí se hace alusión es a que el ámbito de aplicación de dicha ley sería “*a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales*”, pretendiendo abarcar el término “comercio” en un sentido amplio. Esto conllevaría a que en él se comprendieran aquellas operaciones o relaciones de carácter comercial entre las cuales se pueden destacar (buscando ser una lista enunciativa mas no taxativa) aquellas relativas al intercambio o suministro de bienes y servicios; acuerdos de distribución de distintas clases; toda operación de representación o mandato comercial; operaciones de *factoring* y *leasing*; construcción de obras; de concesión de licencias; de inversión; entre muchas otras.<sup>7</sup>

Lo anteriormente dicho nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Qué significa entonces que este comercio sea electrónico? La respuesta a esta interrogante podría llegar a ser ésta: El que este comercio se realice de modo electrónico implica que las transacciones que se llevan a cabo entre las partes, se dan mediante o con la ayuda de medios electrónicos, como lo son las redes de internet e intranet, dispositivos móviles y otros softwares a manera de ejemplo.<sup>8</sup> Todos estos medios los podemos enmarcar dentro de un concepto genérico que sería el de Tecnologías de la Información y las Comunicación (en adelante TIC),<sup>9</sup> las cuales son la herramienta por excelencia de la cual se valen las transacciones que se dan en el entorno del comercio electrónico dado que las partes involucradas comunican sus intereses entre sí valiéndose de estas.

Como puede verse, a pesar de que la ley modelo trae elementos que permiten de alguna manera entender lo que es el comercio electrónico y las actividades que hacen parte de este, pero lo cierto es que en el Derecho internacional no destaca una definición única y específica del término, por lo que es en el campo de la doctrina internacional y en las

---

5 “(...) Al preparar la Ley Modelo, la Comisión decidió que, al ocuparse del tema que tenía ante sí, se atendería a una concepción amplia del EDI que abarcara toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podrían designarse por el amplio término de “comercio electrónico” (véase A/CN.9/360, párrs. 28 y 29), aunque otros términos descriptivos sirvieran igual de bien (...)”. CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 17-18, consulta: 22 de febrero de 2015.

6 Estos conceptos a los que se refiere el artículo 2° de dicha ley son “mensaje de datos”, “intercambio electrónico de datos”, “iniciador”, “destinatario”, “intermediario”, y “sistema de información”. CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 4, consulta: 22 de febrero de 2015.

7 CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 3, consulta: 22 de febrero de 2015.

8 Esto quiere decir que una transacción o contrato será considerado electrónico si su perfeccionamiento se dio en línea (concepción amplia) y el cumplimiento de sus prestaciones o al menos gran parte de ellas se da en el espacio virtual.



legislaciones internas de los Estados que se han hecho grandes esfuerzos por producir una definición general al respecto en la cual se abarquen las características principales que hacen parte dicho concepto. Es por ello que resulta imperativo acoger una definición del término “comercio electrónico” antes de poder proceder a profundizar el tema que se pretende abarcar. Para ello, se construirá una definición a partir de aquellas construidas tanto por legislaciones domésticas como por autores que han tratado el tema buscando dar una definición que pueda reunir los aspectos esenciales de cada una de ellas.

Un ejemplo de las legislaciones que definen tal concepto es la de Colombia. A partir de la Ley 527 de 1999 en su artículo 2° se establece tal noción de la siguiente forma: “(...)b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar (...)”. En esta misma definición, se hace alusión a las operaciones comprendidas por el comercio electrónico que, son en gran parte, aquellas mismas a las que se hacía alusión anteriormente con la definición general de Comercio dada por la CNUDMI.<sup>10</sup>

Dentro de las definiciones construidas por la doctrina internacional, se destaca aquella dada por Heriberto Simón Hocsman según la cual el comercio electrónico “incluye toda transacción realizada por medios electrónicos”,<sup>11</sup> y también, en forma más descriptiva, aquella construida por Feldstein y Scotti según la cual lo conciben como “aquella modalidad de comercio en la que la mediación entre la oferta y la demanda y el perfeccionamiento de las transacciones entre ellas se realiza a través de medios digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, en un mercado virtual que no posee límites geográficos (fronteras) ni temporales y no tiene una ubicación determinada, porque se encuentra en el ciberespacio”.<sup>12</sup> Otros autores como Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz, proponen definir al comercio electrónico como “aquél que utiliza las TIC como medio para la celebración y el cumplimiento de un contrato o tan solo para la celebración del mismo”.<sup>13</sup> Estos autores parecen entonces coincidir en que por dicho término debe comprenderse a

---

9 Al referirse a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) se está agrupando distintas especies como las redes de internet e intranet, el uso de teléfonos móviles u otros dispositivos inalámbricos, entre otros que hacen parte de este género.

10 Por su parte, en Ecuador, mediante la Ley N° 2002-67 de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, se consagró en las Disposiciones Generales una definición de Comercio Electrónico como “(...) toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información”; Otras legislaciones modernas como la francesa, en su Ley N° 2004-575 del 21 de junio de 2004, en el párrafo 1 del artículo 14°, se refiere al Comercio Electrónico como “la actividad económica por la cual una persona propone o garantiza a distancia y por vía electrónica la provisión de bienes y servicios”. Como puede verse, todas estas definiciones normativas apuntan a que mediante este término se comprenden una serie de actividades de carácter comercial que se realizan principalmente por vía electrónica a través de medios digitales de comunicación

11 Hocsman, H. S. (2010). Los contratos electrónicos. En R. A. Etcheverry y R. Illescas Ortiz, *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*. Buenos Aires, 2010, Capítulo 5, p. 364: Hammurabi/José Luis Depalma Editor.



aquel comercio que se lleva a cabo mediante el empleo de medios de comunicación digitales o electrónicos, que como se mencionaba anteriormente puede sintetizarse refiriéndose a ellos como Tecnologías de la Información y la Comunicación.

De lo dicho hasta ahora y conforme a los distintos planteamientos y definiciones dadas por leyes de orden nacional y la doctrina internacional, podría definirse al Comercio Electrónico como aquel en el que los sujetos o partes<sup>14</sup> se valen de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) bien sea únicamente para la celebración de un contrato<sup>15</sup> o para la celebración y el cumplimiento total o parcial de las obligaciones surgidas de este.<sup>16</sup>

Una vez precisado su significado, es pertinente analizar la influencia que ha tenido el mismo en el comercio internacional y el desarrollo económico, en el sentido de que a través de éste ha aumentado la producción de bienes y servicios, la oferta y demanda de los mismos, se han disminuido diversos tipos de costos como por ejemplo los relacionados con el transporte, el precio de los bienes y servicios, y se han facilitado y propiciado mayores relaciones comerciales de carácter internacional. Tanto es así, que estudios realizados a nivel tanto local como internacional han demostrado cuantitativamente ese impacto. Entre estos estudios se destacan los siguientes.

Para mediados del 2014, según el portal web *Internet World Stats*,<sup>17</sup> alrededor de tres mil millones de personas, es decir, aproximadamente el 43% de la población mundial eran usuarios de internet.<sup>18</sup>

---

12 Feldstein de Cárdenas, S. L. y Scotti, L. B. (2007). La Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica. *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, vol. XI(1), Buenos Aires, p. 63.

13 González Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). "Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12. Universidad de los Andes (Colombia). Pág. 8.

14 Cuando se habla de los sujetos o partes que intervienen en el Comercio Electrónico, se busca hacer referencia a empresas, consumidores, gobiernos e inclusive ciudadanos, dándose distintos tipos de combinaciones y relaciones entre los mismos. Por ejemplo: B2B (Business to Business) entre empresas, B2C (Business to Consumer) entre empresa y consumidor, C2C (Consumer to Consumer) entre consumidores, y G2C (Government to Citizen) entre gobierno y ciudadano.

15 Cabe advertir que el comercio electrónico se refiere a cualquier relación de tipo comercial, bien sea contractual o extracontractual, por lo que el término de "contrato" utilizado no pretende ser en ningún momento de carácter restrictivo.

16 El primer supuesto hace alusión al comercio electrónico indirecto, el cual consiste en adquirir bienes tangibles que necesitan luego ser enviados, entregados y/o pagados físicamente usando canales tradicionales de distribución y pago. Ej.: libros, alimentos, ropa y mercancía en general; por otra parte, en el segundo supuesto, se hace referencia al comercio electrónico directo, donde el pedido, el pago y el envío de los bienes son intangibles, o sea, se producen vía online. Ej.: software, música, libros electrónicos.

17 *Internet World Stats*. "The Internet Big Picture World Internet Users and 2014 Population Stats", página web de *Internet World Stats*, [en línea], disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, consulta: 20 de marzo de 2015.

18 *Ibíd.* De estas cifras, la región de Asia era aquella con mayor porcentaje (45.7%), con casi 1386 millones de personas. Para el caso de América latina, sería el 10.5%, es decir, el equivalente aproximado a 320 millones de personas. Sin embargo, para ese entonces era Norte América la región con mayor rango de penetración de internet (87.7%). En cuanto a Colombia, son 28.5 millones de personas quienes tienen acceso a internet.



Por su parte, la *Unión Internacional de Telecomunicaciones* publicó las cifras de penetración móvil de banda ancha del año 2014, en las cuales se daba cuenta de que 2300 millones de personas tienen acceso a banda ancha, y gran parte de este crecimiento se debía a los países en vía de desarrollo.

Según *eMarketer Inc*, empresa especialista en estudios en profundidad del marketing digital, comercio electrónico y los consumidores digitales, señala que en cuanto a las ventas a nivel mundial en comercio electrónico *business to costumers* o *B2C*,<sup>19</sup> se estima que para el año 2015 podrían superar los 1,7 billones de dólares.<sup>20</sup>

Otro estudio, realizado por *Online Business School (OBS)*<sup>21</sup> en el año 2014, afirmó que se espera que para el año 2017, las ventas realizadas por medio del comercio electrónico a nivel mundial, alcancen los 2.357 billones de dólares, lo cual representaría un 56% más que lo que se dio para el año 2014.<sup>22</sup> Dentro de esto, se estima que las regiones que presentarán un mayor crecimiento serán Asia seguido de América Latina. Para ser más específicos, se genera la expectativa de que entre los años 2014-2016, el país en el que más crecerán compradores será India, seguido de México, Italia, China y Brasil. Para el caso de Colombia, durante el 2014, un informe realizado por la firma *PayU Latam*,<sup>23</sup> demuestra que el comercio electrónico en este país creció en más de un 41% con relación al año anterior, representado en transacciones cuyo valor asciende a sumas cercanas a los 3500 millones de dólares (900 millones más que el año 2013).<sup>24</sup>

Como se puede evidenciar, sin lugar a dudas las transacciones que se dan en el entorno del comercio electrónico han venido creciendo exponencialmente desde hace más de una década, y por lo que se alcanza a predecir, estas cifras seguirán creciendo de manera considerable en los próximos años, especialmente en países en vía de desarrollo. Sin

---

19 Las siglas corresponden a una abreviación de *Business-to-Consumer*, que traducido al español significa Empresa a Consumidor. Esto se refiere a la modalidad de comercio electrónico en que una empresa vende sus productos o servicios a través de Internet a otros consumidores. (T del A).

20 *Retail & Ecommerce*, "Global B2C Ecommerce Sales to Hit \$1.5 Trillion This Year Driven by Growth in Emerging Markets" Sitio web *eMarketer*, [en línea], disponible en: <http://www.emarketer.com/Article/Global-B2C-Ecommerce-Sales-Hit-15-Trillion-This-Year-Driven-by-Growth-Emerging-Markets/1010575>, consulta: 08 de febrero de 2015.

21 OBS (siglas que corresponden a *Online Business School*) es una escuela de negocios online que ofrece MBA, másters y posgrados en management orientados a la formación de directivos y gestores de negocio que lideren compañías e instituciones bajo un nuevo paradigma sostenible e innovador.

22 OBS, "El Comercio Electrónico 2014", página web de *Online Business School*, [en línea], disponible en: <http://www.obs-edu.com/noticias/informe/el-comercio-electronico-en-espana-crece-un-225-en-el-ultimo-ano/>, consulta: 14 de Febrero de 2015.

23 *PayU latam* (parte del Grupo empresarial *PayU Group*) es una empresa de pagos en línea que se encarga de proveer servicios de pagos por internet con operaciones en países de América Latina como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá y Perú.

24 Redacción *Tecnosfera*, "En 2014 comercio electrónico creció más de 40% en Colombia", *El Tiempo*, (20 de Enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/crecimiento-del-comercio-electronico-en-colombia-/15119458>, consulta: 25 de febrero de 2015.



embargo, de la mano de ese crecimiento también han venido siendo significativas las cifras relacionadas con las disputas o controversias que toman lugar en este medio, aspecto que se da en la mayoría de los casos por diferencias en la interpretación de las obligaciones que le corresponden a cada sujeto y por los incumplimientos con respecto de estas a manos de uno de los sujetos (o ambos) que intervienen en dicha relación.

## 2. La generación de disputas como producto de las transacciones del comercio electrónico

Estas operaciones que hacen parte del comercio electrónico pueden llevarse a cabo bien sea a un nivel local, entre particulares que se hayan ubicados en lugares geográficamente cercanos, o a un nivel internacional, como es el caso de aquellos sujetos que se encuentran en Estados diferentes.<sup>25</sup> En el primero de los casos, es decir, aquel en el que las partes se encuentran en un mismo territorio, suele acudir a la legislación nacional de cada Estado y a los distintos mecanismos que ésta provee para la solución de controversias, como la comparecencia ante órganos locales de naturaleza jurisdiccional, u otros métodos alternativos de resolución de controversias convencionales (mediación, conciliación, arbitraje) que normalmente se encuentran cercanos a las partes.

Por esta razón, para el presente estudio resulta de mayor relevancia enfocarse en aquel comercio que se da a nivel internacional, ya que es a esta escala donde se evidencian de manera más clara las cláusulas o mecanismos de resolución de conflictos que las partes pueden estipular al momento de darse la relación contractual. Lo anterior si se tiene en cuenta que al encontrarse las partes situadas en diferentes Estados, suelen registrarse por distintas legislaciones, razón por la cual puede resultarles conveniente pactar un punto medio o neutro bajo el supuesto que se vean involucradas en algún tipo de conflicto o disputa como consecuencia del incumplimiento por alguna de ellas o acerca del modo en que debe cumplirse alguna de las prestaciones u obligaciones derivadas de la relación contractual. Esto claro, es un reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que es propio de los contratos internacionales, principio en virtud del cual teniendo en cuenta que son las partes las que ponen en riesgo sus recursos, son ellas las que pueden pactar las cláusulas que registrarán el contrato siempre que no infrinjan las normas de orden público internacional. Es en el momento del conflicto donde la autonomía de la voluntad comienza a presentar problemas.

Si bien las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden fijar las reglas que registrarán la relación contractual dada entre ellas, pueden también si así lo estipulan, indicar remisión a otras normas o instrumentos jurídicos de carácter nacional o internacional como

---

25 El que las partes se encuentren en diferentes Estados, determina el componente internacional del contrato o relación comercial, como bien lo dispone la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en su art. 1°.



criterio residual en caso de presentarse situaciones que no contemplaron inicialmente. A pesar de lo anterior, resulta inevitable que en la práctica pueden darse una universalidad de eventos que pueden no ajustarse o enmarcarse en lo inicialmente pactado. Esto, sin contar el hecho de que es plenamente posible que alguna de las partes, o ambas, incumplan alguna de sus obligaciones que surgieron en virtud de esa relación comercial.

Lo ideal entonces es que las partes sean diligentes y pacten con anterioridad al inicio de tal relación, reglas que puedan aplicarse en caso de presentarse el incumplimiento parcial o total por alguna de ellas junto con las consecuencias respectivas que pueden ser de diversa índole (económicas, jurídicas, etc.). A pesar entonces de ser esto lo recomendable, encontramos que no siempre se cumple a cabalidad.

Aclarado lo anterior, la estipulación de estas cláusulas o reglas para la resolución de conflictos o disputas, puede servir como un instrumento de vital importancia que deberá tenerse en cuenta por los sujetos a la hora de iniciar una relación comercial. No hay que olvidar que todo incumplimiento en la relación comercial, sea ésta contractual o extracontractual, acarreará algún tipo de costo que deberá ser asumido al menos por una de las partes.

Ahora bien, si es totalmente factible que este tipo de situaciones se den en el comercio internacional como tradicionalmente lo conocemos, es decir, aquel en el cual las partes llevan a cabo la celebración y el cumplimiento (parcial o total) de las obligaciones en el mundo offline valiéndose de medios tradicionales para ello (que suelen ser tangibles), ¿cómo podría pasarse por alto que en el ámbito del comercio electrónico también pueden darse este tipo de controversias?

Entre las principales razones por las cuales hoy en día las personas se abstienen de hacer parte del comercio electrónico, se encuentra la incertidumbre o falta de confianza respecto al grado de seguridad que conllevan estas transacciones.

Un estudio realizado en el año 2009, y que fue llevado a cabo por el *ISMS Forum Spain*<sup>26</sup> con el objetivo de determinar el grado de percepción frente a la seguridad de la información de la sociedad española, concluyó que la falta de seguridad en la Red está coartando la compra por Internet.<sup>27</sup> Por detrás del hecho de preferir ver la compra (34,2%), las tres siguientes razones para no realizar comercio electrónico están relacionadas con este tema: un 28,4% no se fía o no le parece seguro; al 20,3% le da miedo dar sus datos por Internet, y el 16,3% desconfía de las formas de pago.<sup>28</sup>

Cuando se habla de “confianza”, se busca abarcar el término en un sentido amplio, toda vez que con el mismo se acogería a un conjunto de situaciones en las que los sujetos pueden

26 Siglas que hacen referencia a Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información. (T del A)

27 Dpto. de comunicación de *ISMS Forum Spain*, “Informe sobre la seguridad y la sociedad de la información. Situación actual y desafíos para el futuro”, *sitio web de Telecomkh*, [en línea], disponible en: <http://www.telecomkh.com/es/internet/seguridad/comercio-electronico/isms-forum-spain/2535>, consulta: 17 de marzo de 2015.



ver satisfechos sus intereses. Por consiguiente, la falta de esta implicaría lo contrario, es decir, que los intereses de un sujeto puedan no verse cumplidos, estando sujetos a un grado de riesgo, o habiendo incertidumbre de que la otra parte cumplirá con las conductas que le corresponden. Esta falta de confianza se materializa entonces, cuando estando un sujeto inmerso en una relación comercial dentro del ámbito del comercio electrónico, padece un sentimiento de incertidumbre o riesgo con relación a un posible incumplimiento parcial o total por parte de aquel con quien está llevando a cabo la relación, y además no tiene certeza de que frente a ese incumplimiento intervendrá un tercero que pueda ayudar a resolver el conflicto.<sup>29</sup> Generalmente surge en este punto una serie de cuestionamientos que se hace dicho sujeto entorno a los mecanismos o alternativas para efectuar la reclamación respectiva a la que tiene derecho con respecto del sujeto que le incumple.

Si bien acudir al arbitraje internacional o a centros de conciliación suelen ser algunos de estos mecanismos, este conlleva unos costos logísticos y económicos que algunos sujetos pueden no estar dispuestos, o simplemente no están en la capacidad de asumir. Piénsese por ejemplo en aquel supuesto en el cual un sujeto debe viajar de su país a otro que se encuentra en un continente distinto porque es allí donde se encuentra radicado el tribunal de arbitramento.

Es por lo anterior que hoy en día han venido ganando terreno y tomando un rol importante en el desarrollo del Comercio Electrónico, aquellos Mecanismos *Online* para la Resolución de Disputas, los cuales como su nombre lo indica, son mecanismos en línea (vía internet) a los que pueden acudir los sujetos en caso tal de que se hallen involucrados en algún conflicto o disputa derivada de la relación comercial, cuando claramente ha fallado un intento de arreglo directo entre ellas y se desea evitar aquellos costos a los que se hacía antes referencia. Esta idea cobra sentido si se tiene en cuenta que en el comercio electrónico, la mayoría de los actos procesales son llevados a cabo en línea, por lo que es este mismo entorno uno adecuado para solucionar las controversias.

## Mecanismos online para la resolución de disputas

Aunque son muchos los factores que incidieron en la creación de los Mecanismos *Online* para la Resolución de Disputas (*en adelante ODR*), podría afirmarse que el principal de ellos radica en la ausencia de un órgano judicial de naturaleza internacional que se encargue de dirimir todo tipo de conflictos comerciales entre individuos de distintos Estados de manera ágil y eficiente, a la vez que cuente con fuerza vinculante y coactiva para llevar a cabo el cumplimiento de sus decisiones. Es por esa necesidad que distintos tipos de

---

28 Asenjo, Arancha. "La desconfianza frena el comercio electrónico", *PC World* (27 de octubre de 2010), [en línea], disponible en <http://www.pcworld.com.mx/Articulos/10518.htm>, consulta: 17 de marzo de 2015.

29 Para más información sobre lo que implica la falta de confianza en el comercio electrónico, véase Alborno, M. M. (2013a). La falta de confianza en el comercio electrónico. En M. V. Aguilar y M. A. Munive Páez (Coords.), *Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho por su primer centenario* (págs. 363-386). Ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y AMEDIP.



estos mecanismos se han venido implementando para la solución de controversias en línea, mas sin embargo, si bien plantean una serie de ventajas y desventajas, tienen algunos retos por delante que deberán superarse si se espera que los sujetos hagan uso de estos. Por tal motivo, se describirán los tipos de mecanismos hoy en día existentes para luego aproximarse a las razones por las cuales, hasta el día de hoy, se ha tornado difícil la tarea para su implementación, especialmente en países en vía de desarrollo.

## 1. Tipos de Mecanismos Online para Resolución de Disputas (ODR) y su rol dentro del comercio electrónico

Son muchas las definiciones que se han construido doctrinariamente entorno a estos mecanismos.<sup>30</sup> A pesar de tener cada una sus particularidades, parecen coincidir en los aspectos esenciales más relevantes. Teniendo en cuenta tales aspectos, podría definirse a los mecanismos *ODR* como aquellos sistemas en línea que se valen de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para propiciar soluciones rápidas y eficientes a conflictos que pueden generarse en el espacio del comercio electrónico. A estos sistemas pueden acudir los sujetos que se ven inmersos en algún tipo de disputa derivada de la relación comercial, independientemente de su carácter contractual o extracontractual.

Estos sistemas se caracterizan por ser: ágiles; de bajo costo; confidenciales; neutrales e imparciales (con respecto de las partes); transparentes (están a su vez constituidos en un sentido técnico por reglas pre-determinadas que se hacen públicas); voluntarios (las partes deciden si acuden a estos); con interacciones asincrónicas;<sup>31</sup> pueden contar con la intervención de mediadores humanos o en algunos casos son automatizados (prescinden de la intervención de un ser humano en el proceso); y en algunos de ellos si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante.<sup>32</sup> Estas características hacen que estos sistemas se conviertan en idóneos y permitan evitar acudir a otras instancias como por ejemplo un litigio jurisdiccional tradicional o a los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (en adelante MASC)<sup>33</sup> para intentar hacer valer sus derechos o intereses.

Estos sistemas o mecanismos *online* se clasifican en distintos tipos, obedeciendo a una serie de criterios como el tipo de intervención que realizan, su fuerza vinculante, el tipo de procedimiento que llevan a cabo, entre otros. A continuación se enunciarán algunos de ellos.

---

30 Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz conciben a estos como “el resultado de la combinación de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)”. González Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). Comercio electrónico, *Online Dispute Resolution y desarrollo*. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12. Universidad de los Andes (Colombia), p. 14.

31 Las partes pueden conectarse a la discusión en tiempos diferentes, y aun demorar la respuesta hasta después que hayan tenido la oportunidad de consultar con otros, o hacer algunas averiguaciones, o quizás pensar con más tiempo sobre cuál es la opción más conveniente.



Como un primer tipo, están los *mecanismos con intervención humana*. A ellos pueden acudir los sujetos, ya sea voluntariamente, o porque así lo estipularon mediante una cláusula compromisoria o de compromiso arbitral. Los intercambios de documentos (físicos), y demás informaciones se realizan por distintos medios electrónicos puestos a disposición por la entidad de forma segura. En los mecanismos de Mediación Online por ejemplo, se da la inclusión de una tercera parte por solicitud de un primer participante, que invita a la contraparte a responder, registrándose la presencia o ausencia de esta en el proceso, dentro de límites fijos de tiempo. Una vez iniciado el proceso, las partes establecen los parámetros dentro de los cuales la solución posible se encuentra. La decisión final es establecida por el mediador, o por el sistema construido para resolver de forma automática las disputas.

En este punto podemos encontrar los mecanismos diseñados por compañías dedicadas a la mediación y al arbitraje online, tales como *SquareTrade* (EEUU),<sup>34</sup> certificada por *Better Business Bureau*,<sup>35</sup> que ofrece un sistema de negociación,<sup>36</sup> arbitraje y mediación por medio de internet.

Otro sistema dedicado al arbitraje virtual es El Magistrado Virtual (EEUU),<sup>37</sup> que se encuentra diseñado para casos de conflictos relativos al uso de la red o por uso indebido de material protegido por leyes de propiedad intelectual. Entre las sanciones previstas, se encuentra la expulsión del ciberespacio. Al finalizar el proceso, la queja, la respuesta de la otra parte y la decisión se colocan en el sitio Web, pasando a ser información pública, siguiendo el modelo de la WTO,<sup>38</sup> que es el ente que decide las disputas por nombre de dominio de sitios Web.<sup>39</sup>

---

32 La publicidad (negativa o positiva) determina la imagen del comerciante y constituye un valioso incentivo para el cumplimiento de los acuerdos que solucionan la disputa, de igual forma que otros consumidores y compradores puedan tener una idea del grado de confianza que transmiten y de esta manera les sea más fácil determinar si llevar a cabo transacciones con éstos. Un ejemplo de esta práctica es eBay.

33 A diferencia de los MASC tradicionales (como la mediación, conciliación y el arbitraje), los mecanismos ODR se desarrollan en línea, mientras que los primeros se realizan cara a cara y utilizan los medios de comunicación electrónicos de manera auxiliar. Esto no quiere decir que los ODR solo tengan aplicación en las controversias originadas en el entorno en línea (*online*), pudiendo también ser aplicados a conflictos surgidos en el entorno fuera de línea (*offline*). Sin embargo, tiene más sentido emplearlos en el primer supuesto. Otra diferencia yace en que en los mecanismos ODR suele construirse necesariamente un registro completo de la disputa y de la intervención por distintos tipos de razones, contrariamente a lo que se conoce de la intervención cara a cara de un tercero, donde los registros son destruidos para preservar la confidencialidad.

34 Esta compañía primero ofrece un proceso gradual de negociación no-asistida primero, donde las partes tienen la oportunidad de entenderse entre sí mismas (de forma gratuita) en torno al tema disputado y posteriormente en caso de advertir que existe la posibilidad de fracasar, puede solicitarse la intervención de un mediador (con un costo bajo). Esta compañía también ofrece la posibilidad de arbitraje, en la cual el árbitro, revisará los hechos y la evidencia disponible y hará una decisión basada en las reglas y disposiciones legales.

35 *Better Business Bureau* es una organización cuyo propósito consiste en ayudar a las personas a encontrar y recomendar empresas, marcas y organizaciones benéficas en las que puedan confiar.

36 Cabe resaltar que en el primer supuesto de negociación no asistida, en caso de lograrse un acuerdo por los sujetos involucrados, no hay intervención de ninguna instancia regulatoria ante un eventual incumplimiento del mismo, dado que los acuerdos son de buena fe.

39 Gran parte de las limitaciones de este mecanismo se resolverían si los sitios o entidades que dan lugar a la disputa, proporcionaran a los consumidores un vínculo con las entidades que las resuelven (tal como el caso anterior de eBay con *SquareTrade*).



Existen otros centros de arbitraje *online*,<sup>40</sup> tales como *Online Ombuds Office*; *iCourthouse*; *Mediation Arbitration Resolution Services*; *Webmediate.com*; el Centro de Arbitraje en línea auspiciado por la Cavecom-e; entre otros.<sup>41</sup>

Por otra parte, se encuentran los *mecanismos sin intervención humana*. Con ellos se hace referencia a aquellos sistemas con métodos y procedimientos exclusivamente *online* y que precinden de la intervención de seres humanos para la solución de controversias. Además de aquellos mecanismos tradicionales como la mediación y el arbitraje que son llevados al mundo *online*, existen otros métodos con componentes tecnológicos más elaborados que sirven de igual manera para la solución de las controversias originadas en este entorno. Desde esta perspectiva los mecanismos ODR no solo transponen los métodos tradicionales de solución de controversias al medio online como limitan algunos autores de la doctrina (ver Zheng Sophia Tang, 2009 pág. 152),<sup>42</sup> sino que se han creado nuevos sistemas automatizados que sirven para tales fines. Con esto último coincide la autora Aura Esther Vilalta Nicuesa, para quien no existe una correspondencia total entre los MASC tradicionales y los llevados a cabo en línea.<sup>43</sup>

El procedimiento más simple y esquemático es el de negociación ciega por apuestas, donde un algoritmo automático evalúa las propuestas de cada parte y si las dos propuestas se encuentran dentro de un espacio determinado (por ejemplo, podría ser el 40% del precio inicial de la disputa) entonces el caso se decide por el valor medio. Si las propuestas no se acercan a este espacio predefinido, las ofertas se destruyen y ninguno de los dos sujetos llega a conocer cuál fue la propuesta de la contraparte. Ambas partes se informan sobre el proceso antes de comenzar, y se comprometen a aceptar el resultado si el objetivo pre-determinado se cumple. La inclusión de éste procedimiento puede ayudar a terminar un tira y afloja interminable sobre sumas minúsculas.

Entre este tipo de mecanismos encontramos algunos ejemplos como *Cybersettle.com*. Esta organización usa un método propio para arbitrar disputas concernientes a asuntos financieros, en particular las sumas a otorgar en compensación por daños asegurados.<sup>44</sup>

---

40 Feldstein Cárdenas, Sara L. et al., "Contratación electrónica internacional, una mirada desde el derecho internacional privado", sitio web de *eumed - enciclopedia virtual*, [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/CENTROS%20DE%20ARBITRAJE%20ON%20LINE.htm>, cap. V, sección C, VI.

41 Para el caso de Latinoamérica, se encuentra el Cibertribunal Peruano (Perú), órgano de resolución de conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de Internet, en materia de comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, entre otros. Este mecanismo propicia la conciliación entre las partes y el arbitraje como la alternativa de resolución de conflictos; Por su parte, en el ámbito europeo, la empresa ARyME (*ADR Resources*), es una institución española de carácter privado dedicada a proveer información especializada y servicios en mecanismos alternativos de solución de controversias a través de internet, y que lanzó en 2004 su arbitraje online.

42 Tang, Z. S. (2009). *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing, p. 152.

43 Vilalta Nicuesa, A. E. (2013). *Mediación y arbitraje electrónicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 42.

44 Los métodos puramente automatizados están diseñados de tal manera que ofrecen un proceso basado en una fórmula matemática.



Por último, además de los dos tipos descritos anteriormente existen *otros mecanismos*. Estos sistemas consisten, por ejemplo, en procesos automáticos de manejo de reclamos, donde se ofrece al sujeto afectado un detallado cuestionario donde pueda incluir la información relativa a su disputa, incluyendo la posibilidad de expresar su frustración con el problema, y se prosigue luego con un sistema de comunicación que le provee al cliente de un seguimiento al proceso de la resolución; una explicación de las reglas que se aplican a su caso, una estimación realista de las posibilidades de éxito en el reclamo basada en la casuística de casos similares resueltos anteriormente, y una resolución apelable. Uno de estos mecanismos es el reintegro del dinero para tarjetas de crédito (*chargeback*)<sup>45</sup> que opera muy bien en países como Estados Unidos y en Europa y que en algunos casos extremos, si existen muchos procedimientos de este tipo en contra del mismo comerciante, este será excluido del sistema de aceptar pagos con tarjeta; otro ejemplo de estos sistemas son los acuerdos para depositar dinero en depósito (*escrow*).<sup>46</sup>

Como puede verse, los sujetos cuentan con una amplia gama de posibilidades a las cuales pueden recurrir una vez se hallan inmersos en algún tipo de disputa o controversia surgida de la relación comercial, pudiendo acogerse al mecanismo que mejor se ajuste a sus necesidades. Sin embargo, la implementación de estos mecanismos o sistemas varía, encontrándose que se acude a ellos en mayor medida en los Estados desarrollados mientras que en aquellos países en vía de desarrollo se hace en una menor medida, situación que obedece a circunstancias de diversa índole.

## 2. Principales retos para la implementación de los ODR en países en vía de desarrollo

Las facilidades para el ingreso al mercado o comercio *online* están produciendo un aumento enorme de transacciones de bajo monto económico, con sus respectivas disputas, que no podrían llegar a ser motivo de los MASC tradicionales por el poco valor que implican. De igual manera, para garantizar una participación progresiva de la mayor cantidad posible de actores en el mercado electrónico, se hacía necesario diseñar mecanismos de solución de disputas en línea ofrecidos a bajo o ningún costo a los clientes para que las disputas generadas en el mundo *online*, se resuelvan de forma ágil y eficiente en el mismo entorno. De esta manera, los sujetos no descartarían la opción de luchar por sus intereses insatisfechos por causa del alto costo que ello implicaría o el largo tiempo que demandaría.

---

45 Es un sistema por el cual el cliente solo tiene que quejarse ante la compañía de tarjetas de crédito. En caso de disputa sobre una compra de bienes o servicios *online*, los clientes tienen el recurso de cancelar la operación y recibir su dinero de vuelta. El comerciante tiene el derecho a probar que los bienes o servicios han sido entregados de acuerdo a lo convenido, en cuyo caso el cargo se reinstala.

46 Este consiste en que los sujetos dispongan que el monto de la transacción se deposite en un fondo seguro, independiente del control de ellos. El dinero sólo es entregado al vendedor luego que el comprador asegura que la transacción se ha completado a su satisfacción. En el caso de que haya problemas con el producto recibido, el dinero se devuelve al comprador. Un buen ejemplo de este sistema es *iEscrow*, el sistema organizado por eBay, donde se resguarda el dinero del comprador hasta el arribo a destino y aceptación de la mercadería.



Esta lógica de pensamiento vendría de realizar el siguiente razonamiento: si la transacciones en el comercio electrónicos son rápidas y no les generan costos extra a las partes o sujetos, ¿por qué habrían de pagar grandes costos por servicios para la resolución de la disputas y desgastar gran cantidad de su tiempo en ello?

Tratándose de los *ODR*, como bien se ha señalado, son muchas las ventajas que ofrecen a los distintos tipos de sujetos que hacen parte del comercio electrónico y que por alguna razón se ven inmersos en algún tipo de conflicto o disputa. Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones pueden presentarse desventajas para quienes hacen uso de los mismos. Analizar estos dos aspectos se convierte en algo necesario para poder pasar a exponer los principales retos que estos mecanismos presentan y que hacen que su acceso e implementación no sea tan constante y potencialmente creciente a como se esperaría.

Entre las ventajas que advertimos anteriormente, se encuentra que los *ODR* son mecanismos de fácil acceso, rápidos y de bajo costo; que si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante; que generan registros de todo el proceso;<sup>47</sup> algunos de ellos son atemporales, por lo que las partes pueden elegir el momento de participar o responder;<sup>48</sup> y finalmente el hecho de que proveen un mecanismo eficiente para la solución de disputas internacionales, sin necesidad de la intervención de órganos judiciales, que especialmente en países en vía de desarrollo, su trámite se hace excesivamente largo para las partes, acarreándoles distintos tipos de costos.

Sin embargo, también pueden advertirse en estos mecanismos una serie de desventajas, tales como: la falta de igualdad de acceso a internet y la afinidad con su uso, especialmente en algunos países en vía de desarrollo; el contacto cara a cara es particularmente importante para algunas personas que se sienten más cómodas con este tipo de contacto y prefieren ver con quien están interactuando (problema cultural); el lenguaje común es usado para transmitir tono, detalles, emociones, lo cual es otra dificultad dado que en las conversaciones en línea por medio de chats u otros medios no pueden evidenciarse tales aspectos, pudiendo incluso dar lugar a malinterpretaciones; cuando las disputas son muy complejas por la presencia de varias partes, estas encontrarán estos mecanismos inadecuados o muy complejos; el hecho de que la diferencia cultural entre las partes, podría verse agravada por las interacciones *online*; y más importante aún, que el grado de incumplimiento de estos acuerdos (que depende e de la buena fe de las partes) es muy alto, lo cual genera mayor desconfianza respecto al procedimiento dado que no hay garantías

---

47 Esto permite a las partes y al tercero que interviene en la disputa (en caso de que se contemple esa posibilidad según el mecanismo), recurrir a la información en cualquier momento para recordar y replantear sus posiciones, o para estudiarlas con mayor detenimiento y lograr mejores propuestas de soluciones.

48 Esto permite que puedan reflexionar sobre sus posiciones antes de comunicarlas y también controlar el conflicto emocional que puede estar escalando el conflicto actual; hay tiempo de consultar con los expertos, pedir asesoría legal, entre otros, para evaluar las circunstancias del caso y estimar cuales son las salidas más convenientes.



de que las obligaciones surgidas de estos se cumplan, teniendo que acudir finalmente al sistema judicial para intentarlo.<sup>49</sup>

Debe tenerse en cuenta además, el hecho de que hoy en día son muchas las personas que no tienen siquiera algún grado de conocimiento de que estos sistemas existen, razón por la cual muchas de ellas se abstienen de hacer uso de las TIC para realizar transacciones comerciales en línea. A esto hay que sumarle la falta de confianza o certeza con relación a lo que sucederá en caso de presentarse un inconveniente en la relación comercial y no saber si se contará o no con un mecanismo técnicamente diseñado o con la intervención de un tercero imparcial que pueda ayudar a solucionar el conflicto.

Todos estos factores, hacen que se generen retos que deberán superarse si quiere lograrse una implementación efectiva y progresiva de los *ODR* de manera que pueda contribuir al crecimiento simultáneo del comercio electrónico a escala global.

Los principales problemas o retos para la implementación de los mecanismos *ODR*, se traducen en la necesidad de fortalecimiento en su aspecto tecnológico y en el aumento de confianza en términos sociales y jurídicos con relación a los mismos.

Cuando hacemos referencia al fortalecimiento en el aspecto tecnológico, se busca hacer énfasis en la infraestructura de las TIC. En la actualidad, son muy pocos los países en los que las personas no tienen con acceso a internet. A pesar de lo anterior, no en todos los países con acceso a la red, se cuenta con una infraestructura bastante desarrollada que les permita acceder sin ningún tipo de dificultad o riesgo a los distintos medios o plataformas online, entre las que se encuentran aquellas en las que se relacionan con el intercambio o compra de bienes y servicios y las diseñadas para la resolución *online* de disputas.<sup>50</sup>

Asimismo, a esto hay que añadirle los problemas de seguridad a los que están sujetas las TIC, ya que son constantes los fraudes y los problemas por infiltración de redes y dispositivos que hacen que las personas desconfíen de realizar este tipo de transacciones o brindar sus datos personales por este medio digital. Todos estos factores terminan incidiendo en que finalmente los sujetos opten por hacer uso del comercio de la manera convencional, como lo es ir directamente al proveedor de los bienes o servicios y acudir a los mecanismos convencionales de resolución de controversias en caso de presentárseles algún tipo de inconveniente.

---

49 Este alto grado de incumplimiento también se presenta en las decisiones tomadas por tribunales arbitrales, por lo que se termina haciendo necesario recurrir a otro tipo de mecanismos como los que anteriormente se hizo mención (depósito o *escrow* y el re-depósito de los cargos en tarjetas de crédito o *chargeback*), que puedan controlar el proceso y contribuyan a reducir la posibilidad de fraude o incumplimiento mediante la adopción de medidas preventivas.

50 Este problema es propio de los territorios conformados por países en vía de desarrollo, como el caso de América Latina, el Medio Este, y África donde, según el portal *Internet World Stats*, el porcentaje de penetración de internet en consideración a la población para el año 2014, era del 52.3%, 48.3% y 26.5%, respectivamente. La Penetración de Internet tiene vital relevancia para observar las tendencias de uso del mismo, comparar estadísticas de población versus uso de Internet, tendencias de búsqueda de los usuarios, entre otros.



Es por ello que día a día los distintos Estados destinan grandes recursos económicos para la investigación y desarrollo de mecanismos electrónicos y virtuales que puedan brindar un mayor blindaje y protección a las TIC frente a tales amenazas, a manera de reducir esa brecha de inseguridad que se presenta con respecto de los dispositivos y medios electrónicos que emplean los sujetos, bien sea para acceder a la oferta de bienes y servicios en línea, o para hacer uso de los mecanismos *ODR* en caso de encontrar la necesidad de acudir a ellos. Como parte de estas estrategias de mejoras, se han venido dando unos instrumentos de *soft law*<sup>51</sup> como la ley modelo sobre firmas electrónicas del año 2001 de la CNUDMI y el *CEN / ISS workshop agreement* de abril 2009, así como también se han desarrollado componentes tecnológicos como la firma electrónica, cédula digital de identidad, los protocolos *TLS* y *SSL*,<sup>52</sup> sellos de confianza, entre otros que permiten a los sujetos una mayor certeza de que con quien están llevando la relación comercial sí es la persona que dice ser, o que el mismo está certificado de distintas formas. De esta manera, al momento de realizar la labor de convocar a la otra parte involucrada en la controversia a uno de los mecanismos *ODR*, se hará de un modo más fácil y eficiente puesto que se tiene seguridad de que es ese sujeto contra quien procede la reclamación.

El otro reto concierne al aumento en la confianza en estos mecanismos. Esta tiene un componente comunitario o social que implica la falta de cultura o el desconocimiento frente a estos medios, principalmente porque no se informan de manera correcta sobre cómo llevar a cabo de manera segura estas transacciones comerciales. A esta falta de cultura y desconocimiento se ha dado tratamiento con la creación de comunidades virtuales en las cuales las personas pueden por ejemplo observar los sistemas de evaluación de reputación y contar en foros de discusión abiertos sus experiencias comerciales online para que otros puedan incentivarse y determinar también cuál de todos los mecanismos *ODR* disponibles, se ajusta mejor a su caso particular;

Por último está el componente jurídico de la confianza, que se fundamenta en la falta de regulación normativa en el sentido de que no hay (o es muy escasa) regulación global, regional o doméstica de *hard law*<sup>53</sup> sobre los mecanismos *ODR* y la protección de datos personales, especialmente en países latinoamericanos. En este punto se encuentra que en distintos ordenamientos jurídicos se han venido realizado esfuerzos encaminados a la creación

---

51 El *soft law* hace referencia a aquellos instrumentos o actos que en principio no tienen efectos jurídicos vinculantes pero que resultan a través de distintas vías, jurídicamente relevantes y orientadores para los mismos Estados, instituciones e individuos. Esto incluye por ejemplo a recomendaciones de algunos órganos de la ONU, declaraciones, principios, estándares, leyes modelo.

52 Las siglas hacen referencia a los protocolos criptográficos Transport Layer Security y Secure Sockets Layer, los cuales buscan proporcionar conexiones seguras por las redes como el internet.

53 Por su parte, el *hard law* se refiere, de manera general, a instrumentos jurídicos y legales que son efectivamente vinculantes, generando responsabilidades para los Estados en caso de vulnerarlos, al igual que conllevan ciertos derechos. En el derecho internacional, esto incluye a los tratados de aplicación inmediata, tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, así como también al derecho consuetudinario.



de un marco jurídico para los *ODR* en aras de contribuir a esa seguridad jurídica. Para el caso de Colombia, en lo relativo a los mecanismos *ODR*, con el decreto 1829 de 2013 se reglamentó el arbitraje virtual, lo cual trae la posibilidad de resolver conflictos, expedir laudos arbitrales y realizar cualquier tipo de actos procesales propios de este proceso, por medios electrónicos.<sup>54</sup> En cuanto a Europa, la Unión Europea ha tomado importantes iniciativas legislativas que son extensibles a los *ODR*, y las cuales son Recomendaciones dirigidas a la fijación de los principios que deben regir la actuación de los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos.<sup>55</sup>

Finalmente, como se puede ver, si bien los retos para la implementación de estos mecanismos obedecen a distintos factores los cuales son en algunos casos difíciles de superar (debido no solo a la naturaleza de estos sistemas sino también a los aspectos culturales de las personas y su percepción respecto a estos), no pueden negarse los esfuerzos que se han venido realizando desde distintos sectores a fin de lograr reducir esas falencias tecnológicas, la falta de confianza e inseguridad jurídica. Esta ardua tarea requiere de un trabajo conjunto entre el ámbito de lo público y lo privado para que en un futuro los beneficios del comercio electrónico y de estos mecanismos puedan hacerse extensibles al mayor número posible de sujetos o actores.

## Conclusión

El comercio electrónico se presenta como una herramienta que favorece el desarrollo económico a nivel global, involucrando a un conjunto de actores o sujetos que hacen parte de ese intercambio electrónico de bienes y servicios y entre los cuales se encuentran individuos, compañías y hasta los mismos Estados. En este entorno digital, surgen inevitablemente disputas o controversias derivadas de las transacciones comerciales, con lo cual muchos de estos actores se sienten cohibidos y al mismo tiempo se abstienen de hacer uso de este medio ante la falta de confianza relacionada con el posible incumplimiento de sus intereses. Esto lo hacen desconfiando, ignorando o incluso desconociendo los mecanismos en línea a los cuales pueden acudir en caso de darse una eventual disputa derivada del incumplimiento parcial o total de las obligaciones por parte del sujeto con quien están llevando a cabo la relación comercial. A estos mecanismos en línea se les conoce como mecanismos *online* para la resolución de disputas, en inglés, *Online Dispute Resolution –ODR-*.

Estos mecanismos o sistemas *ODR* son importantes en el comercio electrónico porque aumentan el grado de confianza de los sujetos que intervienen si se tiene en consideración que cuentan con un procedimiento o sistema en línea estructurado, de fácil acceso y bajo costo

---

54 Con esta iniciativa se “creó” la figura de los árbitros en línea y la realización de audiencias a través de teleconferencia, videoconferencia, o cualquier otro método de comunicación simultánea. Sin embargo, pareciese ser que este tipo de arbitraje está limitado en cuanto a su ámbito de aplicación al territorio nacional, no diciéndose nada en lo relativo al arbitraje virtual internacional.

55 Entre estas, la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios; y la Recomendación P. 2001/310/CE10 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual.



para la resolución eficiente de conflictos en caso de que los sujetos adviertan insatisfechas sus pretensiones o intereses porque algo resultó mal en la transacción comercial. Si bien esto es cierto, aún persisten retos que deberán superarse si quiere lograrse una mayor confianza hacia su utilización. A pesar de estos obstáculos son muchos los esfuerzos de diversa naturaleza que se han venido realizando en el ámbito del Derecho Internacional encaminados a aumentar dicha confianza, dotando a los Estados y a las distintas legislaciones nacionales de instrumentos jurídicos a los que pueden adecuarse, y sin dejar de lado aquellos desarrollos en lo que respecta al Derecho doméstico que contribuyen a esa alcanzar esa seguridad jurídica. Lo cierto es que estos retos no conciernen únicamente al sector público y al sistema internacional, por lo que debe darse una cooperación conjunta con el sector privado (empresas y comerciantes) para buscar soluciones a este tipo de problemáticas e implementar mecanismos que permitan brindar información suficiente y clara a los sujetos para promover su participación en este tipo de relaciones comerciales y de igual forma para que conozcan las facilidades de acceder a estos mecanismos para la solución de posibles controversias o disputas.

## Bibliografía

Aguilar, M. V., y M. A. Munive Páez (Coords.), *Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho por su primer centenario* (págs. 363-386). Ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y AMEDIP.

Asenjo, Arancha. “La desconfianza frena el comercio electrónico”, *PC World* (27 de octubre de 2010), [en línea], disponible en <http://www.pcworld.com.mx/Articulos/10518.htm>.

CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial, “*Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, Comisión Europea Comisión Económica para América Latina y el Caribe*”. (Marzo de 2013), p. 9, [en línea] disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad> o [http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia\\_digital](http://issuu.com/c3tic/docs/cepal-economia_digital).

CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. GA Res. 51/162 (1996), p. 17-18.

Feldstein de Cárdenas, Sara L. et al., “*Contratación electrónica internacional, una mirada desde el derecho internacional privado*”, sitio web de eumed – enciclopedia virtual, [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/CENTROS%20DE%20ARBITRAJE%20ON%20LINE.htm>, cap. V, sección C, VI.

-----, y Scotti, L. B. (2007). La Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica. *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, vol. XI(1), Buenos Aires, p. 63.



González, Martín, N. y Albornoz, M. M. (Diciembre, 2014). “Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo”. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 12. Universidad de los Andes (Colombia). Pág. 8.

Hocsman, H. S., (2010). Los contratos electrónicos. En R. A. Etcheverry y R. Illescas Ortiz, *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*. Buenos Aires, 2010, Capítulo 5, p. 364: Hammurabi/José Luis Depalma Editor.

Internet World Stats. “The Internet Big Picture World Internet Users and 2014 Population Stats”, página web de Internet World Stats, [en línea], disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

ISMS Forum Spain, “Informe sobre la seguridad y la sociedad de la información. Situación actual y desafíos para el futuro”, sitio web de Telecomkh, [en línea], disponible en: <http://www.telecomkh.com/es/internet/seguridad/comercio-electronico/isms-forum-spain/2535>.

OBS, “El Comercio Electrónico 2014”, página web de Online Business School, [en línea], disponible en: <http://www.obs-edu.com/noticias/informe/el-comercio-electronico-en-espana-crece-un-225-en-el-ultimo-ano/>.

Redacción Tecnosfera, “En 2014 comercio electrónico creció más de 40% en Colombia”, El Tiempo, (20 de Enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/crecimiento-del-comercio-electronico-en-colombia-/15119458>.

Retail & Ecommerce, “Global B2C Ecommerce Sales to Hit \$1.5 Trillion This Year Driven by Growth in Emerging Markets” Sitio web eMarketer, [en línea], disponible en: <http://www.emarketer.com/Article/Global-B2C-Ecommerce-Sales-Hit-15-Trillion-This-Year-Driven-by-Growth-Emerging-Markets/1010575>.

Tang, Z. S., (2009). *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing, p. 152.

Vilalta Nicuesa, A. E. (2013). *Mediación y arbitraje electrónicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 42.



## DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

El EAFIT Journal of International Law se interesa por escritos producto de investigaciones, análisis científicos u otras contribuciones significativas que estén relacionadas, directa o indirectamente con el derecho internacional. Otros temas afines podrán ser considerados por el comité editorial para ser incluidos en la publicación.

Los artículos presentados para ser considerados deben ser inéditos y no estar en otros procesos editoriales. La presentación de los escritos por parte de los autores no implica la obligación de publicación por parte de la revista.

Los artículos deben ser enviados por correo electrónico en formato Word. a [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co) y [rtamayo1@eafit.edu.co](mailto:rtamayo1@eafit.edu.co).

Otra opción de enviar los artículos es posible a través del siguiente enlace:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

### Criterios generales de forma:

- La versión debe ser definitiva, en caso de que el autor desee hacer cambios después de haber sometido el texto debe expresar su intención de retirar el texto del proceso editorial.
- La extensión máxima de los artículos sometidos a evaluación será 7000 palabras incluyendo bibliografía.
- Los títulos no deben tener ningún tipo de numeración automática.
- El interlineado debe ser de 1.5

- Márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 2.5 cm.
- El tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos (y 10 puntos para los pies de página)
- Numeración de páginas en la parte inferior derecha, iniciando en uno (1) en la primera página
- El final de las líneas no debe tener guiones, ni enter dentro del mismo párrafo.
- En caso de usar abreviaturas, la primera vez que aparece la expresión debe usarse completa y la abreviatura o en paréntesis. Ej.: Tratado de Libre Comercio (TLC en adelante).
- Irán en mayúscula sostenida las siglas hasta tres letras. En las siglas de más de tres letras solo se escribirá en mayúscula inicial. No obstante, si ésta no es fácil lectura debido a la ausencia de vocales irá toda en mayúscula.
- Las expresiones en otros idiomas distintos al texto general del artículo debe tener el formato en *italicas* o *cursivas*. Ej.: ...Por esta razón The Taxation Act Estadounidense debe considerarse...

### Forma de cuerpo del escrito:

- El tipo de letra del título debe ser Times New Roman de 14 puntos, preferiblemente en versales o en su defecto con mayúsculas iniciales
- Traducción del título en inglés en la línea inmediatamente siguiente, el tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos
- En la línea inmediatamente siguiente, nombre(s) completo(s) de todos y cada uno de los autor(es) de cada artículo precedido de



“por” o “by”, sin abreviaturas y con apellidos unidos por un guion. El nombre de cada autor debe tener una nota al pie que incluya el nivel académico más alto obtenido, la afiliación institucional, país y el correo electrónico.

- Resumen del artículo en español e inglés (Abstract), indicado con la palabra “Resumen” que podrá tener una extensión máxima de 250 palabras, preferiblemente en un solo párrafo. En todos los artículos de investigación e innovación se deberá incluir los objetivos principales de la investigación, alcance, metodología empleada, y principales resultados y conclusiones.
- Máximo cinco (5) “Palabras clave” con su debida traducción al inglés (Key words), que tienen como objeto incluirlas como criterios de búsqueda del artículo en sistemas digitales.
- Los títulos “Resumen”, “Abstract”, “Palabras Clave” y “Key words” deben ir en itálica y negrilla.
- Al iniciar el texto del artículo se recomienda a los autores recordar la importancia de anunciar claramente la división interna del artículo y las razones de dicha división. Los títulos internos del artículo deben ser numerados manualmente con el fin de que no se alteren fácilmente en el proceso editorial, todos los títulos deben ir en negrilla, el primer nivel no requiere numeración, y los niveles inferiores inician en 1., y el subnivel en 1.1.
- En caso de que el artículo contenga imágenes estas deben tener formato JPG Las imágenes no debe superar una resolución de 72 dpi y preferiblemente una medida que no sobrepase los 820 pixeles de ancho, información que puede ser verificada dando click derecho sobre la imagen en la opción “Propiedades”.

- Sistema de citación y bibliografía: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

## GUIDELINE FOR AUTHORS

EAFIT Journal of International Law welcomes articles from professors, practitioners, and law students from all around the world. We consider articles related politically or economically with the international law system, as well as seek to disseminate articles of comparative law. Other related topics can be considered by editorial team for its inclusion in the publication.

All material submitted must be original. EJIL does not evaluate papers that are scheduled for publication, or are currently under review elsewhere. A request to submit a contribution to the EJIL is not a guarantee that the contribution will be published.

Articles for EJIL must be submitted via email on a Word document and emailed to: [ejil@eafit.edu.co](mailto:ejil@eafit.edu.co) and [rtamayo1@eafit.edu.co](mailto:rtamayo1@eafit.edu.co).

Another option to submit the articles can be founded in the following link:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

In addition to the specific criteria related to the title’s form and the citation system that will be detailed right afterward, the general criterion of the form is:

- The article should be definitive, if the author wants to reform it after the paper has been sent, must express his/her intention to remove the article from the editorial process.
- Articles should have a maximum extension of 7000 words, including bibliography.



- All documents must use Times New Roman font (12 points for text and 10 points for footnotes).
- Articles should be text 1.5 spaced.
- All documents must have margins of 2.5 cm.
- Page numbering should be in the bottom right, starting at (1) on the first page.
- Titles should not have any automatic numbering.
- The end of the lines must not have dashes nor enter within the same paragraph.
- In the case of using abbreviations, the first time you must write the complete expression and the abbreviation must appear within parenthesis. Ex.: Free Trade Agreement (FTA onward in the text)
- The article should have in capital letters sustained the abbreviations of maximum three letters. The abbreviations of more than three letters should have only the first letter on capital letter. However, if the abbreviation is hard to read owed to the lack of vowels, it must be written totally on capital letters.
- The expressions written in other languages different to the general text of the document must appear on italics. Ex: ...Por esta razón The Taxation Act Estadounidense debe considerarse...

### Writing and presentation:

Full manuscript title must have the first letter of each word capitalized; the font must be Times New Roman, 14 points. In the following line with the same font in 12 points must be the title in English. In the next line should appear the name(s) of author(s) -a short biography in the first footnote-,

and these names shall read "By:" or "Por:". Authors should provide (in the first footnote) the highest academic level obtained, their institutional affiliation, country and their e-mail address.

After the previous information, there should be included a 250-words abstract in English and Spanish (by preference each one in one paragraph). Abstract of research and innovation articles must include: Main objective, scope, applied methodology and main results and conclusions. After the abstract, the article should also include 5 "Key words" (in English and Spanish) with the objective of including them into the search criteria of the article in digital systems. The titles: "Resumen", "Abstract", "Palabras Clave" y "Key words" must be in italics and

Authors are encouraged to remember the importance of establish clearly the internal division of the article and the reasons of that distribution.

The internal titles must be numbered manually in order to avoid mistakes in the editorial process, all the titles should be in bold, the title at fist level does not require numbering, lower levels start at 1., and sublevels at 1.1.

If the article contains photographs, graphics or other images, those should be attached on JPG format. Images must not exceed a resolution of 72 dpi, preferably images that do not exceed 820 pixels wide; this information can be verified by right clicking on the image in the option "Properties".

### Footnote and reference system:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

**PUBLISHED BY THE LAW SCHOOL OF UNIVERSIDAD EAFIT**  
Medellín - Colombia

July 2015

**EAFIT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**  
January - June 2015