

January - June 2016
Colombia
ISSN 2216-0965

 **EAFIT**
Journal of International Law

01



Vol. 7





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

01 | Volume 7 | January - June 2016

Colombia

ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo Franco, PhD.

Editor in chief

Susana Saldarriaga Jiménez, BL.

Assistant

José Alberto Toro Valencia, PhD.

Advisory editor

María Alejandra Calle Saldarriaga, PhD.

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Comunicación Creativa Universidad EAFIT

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

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

Contenido

- 4** EDITORIAL
RAFAEL TAMAYO-FRANCO (PhD)
- 6** DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA:
UN ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN
LA NORMATIVA NACIONAL
ANDREA PINEDA ESTRADA
- 40** LAS NUEVAS PRETENSIONES DE NICARAGUA FRENTE A COLOMBIA
EN LA HAYA: INCONVENIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE
LA ACTUACIÓN COLOMBIANA
SANTIAGO OSORIO MORENO
- 60** EL IMPACTO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
DE LA “CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES
AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES”
ANDREA YEPES GONZÁLEZ
- 94** EL ARBITRAJE DE LAS INVERSIONES Y SU INFLUENCIA EN
EL DESARROLLO SOSTENIBLE
MARÍA ISABEL AGUILAR GOEZ
ALEJANDRO BOTERO URIBE
- 114** LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD
ANDINA: A PROPÓSITO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL
242-IP-2015 DEL TRIBUNAL ANDINO INCONVENIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN COLOMBIANA
JUAN MANUEL INDACOCHEA JÁUREGUI
- 130** RESEÑA DE LIBRO /BOOK REVIEW
OROZCO ABAD, IVÁN. SOBRE LOS LÍMITES DE LA CONCIENCIA
HUMANITARIA: DILEMAS DE LA PAZ Y LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA
LUIS FELIPE DÁVILA
- 134** DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

Editorial

Rafael Tamayo-Franco (PhD)

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

En este último semestre la comunidad internacional ha afrontado, como siempre, nuevos retos. En temas de seguridad el denominado grupo “Estado Islámico” ha realizado ataques terroristas en Asia, África, Europa y Norte América, poniendo de manifiesto la dificultad de nuestros días en el control del sinnúmero de actividades derivadas de la interacción social. En Europa la decisión británica de retirarse de la Unión Europea se convierte en una nueva dificultad para las dinámicas de integración en el continente. Esta decisión ha afectado de diversas maneras el comercio, los mercados bursátiles y las relaciones internacionales del Reino Unido con países dentro y fuera de la Unión Europea. En materia nacional la firma del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC, es sin duda uno de los asuntos trascendentales, tanto a nivel doméstico como internacional. Sin duda los retos continuarán.

En este nuevo número del EAFIT *Journal of International Law* podrán encontrar análisis que dan cuenta de la constante construcción del sistema internacional y sus efectos en Colombia y otros países de la región. Un primer bloque temático, dedicado a asuntos nacionales con efectos internacionales, está conformado por los artículos de los abogados Andrea Pineda Estrada, sobre desplazamiento forzado en Colombia; Santiago Osorio Moreno, sobre las nuevas pretensiones de Nicaragua frente a Colombia en la Haya; y Andrea Yepes González, sobre el impacto normativo en el ordenamiento jurídico Colombiano de la Convención sobre el Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre. Adicionalmente, y como es ya habitual en nuestra revista, los temas contenciosos internacionales tienen siempre análisis recientes. En este sentido los abogados María Isabel Aguilar y Alejandro Botero presentan un

interesante artículo sobre el arbitraje de inversiones y su influencia en el desarrollo sostenible. Por otra parte, el profesor peruano Juan Manuel Indacochea nos ofrece un novedoso análisis sobre la marca táctil o de textura en el ámbito de la Comunidad andina, el cual incluye consideraciones sobre la interpretación prejudicial 242 IP 2015 del Tribunal Andino.

Finalmente y teniendo en cuenta las tendencias de las revistas especializadas, este número incluye una reseña del libro de Iván Orozco Abad, “Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina”, de excepcional calidad realizada por el estudiante Luis Felipe Dávila.

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

Finalmente y en colaboración con la Asociación Cavalier del Derecho, la ganadora del concurso 2015-2, Sara Pérez Rendón presenta su artículo sobre la “inversión extranjera directa y la necesidad de construir entornos jurídicos más estables”.

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

DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA NORMATIVA NACIONAL

FORCED DISPLACEMENT IN COLOMBIA: AN ANALYSIS OF THE IMPACT OF
INTERNATIONAL LAW IN NATIONAL LAW

✉ Por: ANDREA PINEDA ESTRADA*

Fecha de recepción: 1 de abril de 2016
Fecha de aprobación: 29 de abril de 2016

Resumen

En este artículo se estudia el desplazamiento forzado, fenómeno que constituye una de las crisis humanitarias más graves de la historia. Su objetivo principal es analizar cuál ha sido la respuesta que se ha dado a esta situación a nivel internacional y nacional. Además, determinar si la respuesta del gobierno colombiano, específicamente la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, es acorde o se ha visto influenciada por la normatividad del derecho internacional, con el fin de debatir acerca del poder vinculante de las normas internacionales en una problemática que es de orden nacional. donde los grupos armados ilegales quieran dejar las armas y donde Colombia cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales.

Palabras claves: *desplazamiento forzado, soberanía, intervención internacional, Principios Rectores, Ley de Víctimas.*

* Abogada Universidad EAFIT. Contacto: apineda4@eafit.edu.co



Abstract

This article studies the forced displacement phenomenon that it is one of the most serious humanitarian crisis in history. Its main objective is to analyze what has been the response given to this situation internationally and nationally. Also determines whether the response of the Colombian government, specifically the Law of Victims and Land Restitution is in line or has been influenced by the norms of international law, in order to discuss the binding power of international standards in an issue that is of national order.

Key words: *forced displacement, sovereignty, international intervention, Guiding Principles, Victims Law.*

Introducción

El desplazamiento forzado es una problemática que ha existido desde hace siglos. Según el instrumento internacional de Naciones Unidas titulado Principios Rectores de los desplazamientos internos, los desplazados son

“aquellas personas o grupos de personas que han sido forzadas u obligadas a huir de su hogar o lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el hombre, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”¹.

Es decir, a diferencia de los refugiados², los desplazados internos no huyen hacia otros países sino que se quedan dentro de su propio Estado. Es por ello que estas personas se encuentran dentro de las poblaciones más vulnerables del mundo, debido a que permanecen bajo la “protección” de un gobierno que ha fallado en garantizar sus derechos. Además, la ayuda que puede brindarles el derecho internacional se dificulta, porque se trata de una

1 Consejo Económico y Social, “Principios Rectores de los desplazamientos internos” E/CN/4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, p. 5.

2 Según la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, los refugiados son aquellas personas que “debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentran fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuvieran su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores no quieran regresar a él”.



problemática que es considerada propia del ámbito nacional y, por lo tanto, se presenta una tensión entre la soberanía estatal y la intervención extranjera.

Si se analiza el rol de la comunidad internacional, es posible evidenciar que a partir del siglo XX ésta comenzó a tomar más consciencia y a realizar esfuerzos con el fin de crear un marco normativo que regulara el desplazamiento interno. Ello debido a la gran cantidad de personas que padecían esta situación, que llegó a tal proporción que se empezó a considerar una crisis humanitaria. De modo que en 1992 el representante del Secretario General de las Naciones Unidas, Francis M. Deng, creó los Principios Rectores, que son una compilación de normas aplicables a las necesidades de los desplazados internos³.

Estos Principios son una herramienta fundamental en el derecho internacional para la protección a esta población. Sin embargo, si se analiza su naturaleza jurídica se puede concluir que “a pesar de estar integrados por normas de *hard* y *soft law*, constituyen una propuesta no vinculante”⁴. Esto se debe a que la participación internacional en ese tema supone una intromisión al ejercicio de la soberanía e implica en el fondo aceptar que el Estado fracasó en la protección de sus ciudadanos⁵.

En el caso de Colombia, el desplazamiento interno constituye una de las mayores problemáticas que afronta el Estado. Este fenómeno alcanzó la suma de 6´044.200 personas desplazadas,⁶ como resultado de la lucha armada que ha persistido durante más de 50 años en el país, lo cual lo posiciona en el segundo Estado con mayor desplazamiento forzado en el mundo. El gobierno ha intentado dar soluciones a este fenómeno a través de varias normas; la más importante ha sido la Ley 1448 de 2011, también conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual constituye un gran avance para la protección de las víctimas del conflicto armado.

3 *Ibíd*, p. 2

4 Beatriz Sánchez, y René Urueña “Derechos Humanos, Desplazamiento forzado y desarrollo económico en Colombia: Una mirada a partir del impacto del Derecho internacional en la política local”, en: AA.VV, *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires, Librería, 2014, p 11.

5 *Ibíd*.

6 Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados, “Informe global 2015: desplazados internos por conflictos y violencia”, mayo 2015, p. 2, [en línea], disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/10060>, consulta: 10 de agosto de 2015.



De este contexto surge la importancia de indagar acerca de cuál ha sido la respuesta que se ha dado al desplazamiento interno, tanto en el ámbito internacional como nacional, y qué tanta influencia o impacto han tenido en Colombia las disposiciones internacionales que han regulado el tema, especialmente en la Ley de Víctimas. Para ello, el trabajo se dividirá en dos secciones: en la primera se expondrá el marco normativo internacional sobre el desplazamiento interno y se analizará su fuerza vinculante, teniendo en cuenta la tensión existente entre soberanía estatal e intervención internacional, y en la segunda sección se estudiarán las causas y consecuencias del desplazamiento forzado en Colombia y las normas que lo regulan, principalmente la Ley 1448 de 2011, con el fin de establecer si esta norma es acorde o no con las disposiciones internacionales.

1. Derecho Internacional y desplazamiento forzado interno

El desplazamiento forzado es una situación que desborda la capacidad operativa de los Estados, por ello surge la necesidad de pensar en mecanismos de derecho internacional que intenten dar una solución a esta problemática. Sin embargo, al analizar la normativa internacional se evidencia que el desplazamiento forzado no ha tenido un gran desarrollo normativo, debido a que desde hace mucho tiempo, ha sido considerado como un asunto propio del ámbito nacional. Este panorama supone una tensión entre la soberanía estatal y la intervención extranjera, tema que será objeto de estudio en este capítulo.

Además, se analizará la respuesta que la comunidad internacional intentó darle al desplazamiento forzado a través de un instrumento llamado los Principios Rectores de los desplazamientos internos.

1.1 Intervención internacional en una problemática del ámbito interno

El desplazamiento interno es un fenómeno que se ha considerado propio de dominio nacional, pues se trata de personas que huyen de sus hogares a causa de diferentes formas de violaciones de los Derechos Humanos, pero se quedan dentro del propio Estado; es decir, permanecen supeditadas a las reglas y autoridades de su país. Sin embargo, debido a la magnitud del drama humanitario y a la incapacidad de los Estados para hacerle frente, a finales del siglo XX la comunidad internacional comenzó a fijar su mirada en esta problemática. Este doble enfoque ha generado una tensión de responsabilidades, la cual será abordada en este apartado de la siguiente manera: primero, se realizará un recorrido por las implicaciones de la crisis humanitaria; posteriormente, se analizará el rol de los



Estados y su debilidad para proteger a su población. La tensión entre la agenda nacional e internacional contempla inevitablemente la acepción entre los términos soberanía e intervención internacional, que cerrará el capítulo.

1.1.1 Crisis humanitaria

Según el informe de la Agencia de las Naciones Unidas para Refugiados, *Global Trends Forced Displacement in 2014*, el desplazamiento forzado ha ido creciendo a un ritmo acelerado, alcanzando niveles sin precedentes. En la década pasada, oscilaba entre 38 y 43 millones de personas al año. No obstante, desde el 2011 el número de desplazados ha ido aumentando considerablemente⁷, llegando para el año 2014 a la suma de “59.5 millones de personas que fueron desplazadas por la fuerza en todo el mundo como consecuencia de persecuciones, conflictos, violencia generalizada o violaciones a los derechos humanos (...). De esos 59.5 millones de personas, 19.5 millones son refugiados, 38.2 millones son desplazados internos y 1.8 millones son aquellos que se encuentran buscando asilo político”⁸. Este informe también indica que, durante 2014, alrededor de 42.500 personas al día se vieron obligadas a huir de sus hogares, tanto desplazados internos como refugiados.

La situación que afrontan los desplazados implica la vulneración de un sinnúmero de Derechos Humanos, sin mencionar que la protección y asistencia para esta población es escasa. Las cifras son alarmantes y evidencian que esta problemática constituye una de las crisis humanitarias más graves de la historia.

Si se analizan los derechos que se vulneran con el desplazamiento forzado, se percibe que este atenta contra la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Ello debido a que a estas personas se les arrebató la posibilidad de escoger el sitio en donde quieren vivir y se les priva de construir y llevar a cabo su plan de vida.

Además, esta situación va en contra de la dignidad humana, ya que el hecho de que una persona se vea obligada a dejar el lugar en el que ha construido su vida familiar y social es degradante⁹. Más aún, si se tiene en cuenta que a estas personas no les queda otra alternativa diferente a la de escapar, si quieren mantenerse con vida, dejando atrás no solo

7 Es de aclarar que en este contexto el término “desplazados” es utilizado de manera general, y abarca tanto a los desplazados internos como a los refugiados.

8 United Nations High Commissioner for Refugees, “Global Trends Forced Displacement in 2014”, 2015, p. 2, [en línea], disponible en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/556725e69.pdf>, consulta: 30 de noviembre de 2015, (T de la A)

9 María Adelaida Ceballos, “El desplazamiento forzado en Colombia y su ardua reparación”, en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Medellín, núm 29, 2015, p. 177.



“los paisajes y las personas conocidas, sino sus posesiones más queridas, los documentos de identidad, las fotografías, los recuerdos; pérdidas todas que son a su vez indignas”¹⁰. Asimismo, el momento en el que se da la huida es muy dramático, pues supone una carga emocional y psicológica muy fuerte para los desplazados, quienes en varias ocasiones son testigos de la muerte de sus familiares y amigos.

Según Ángela Carrillo, quienes huyen como consecuencia del conflicto y la violencia suelen buscar refugio en el centro urbano más cercano, debido a que es un sitio conocido, por las facilidades de acceso o porque es allí en donde viven familiares o amigos. Sin embargo, estas personas tienden a desplazarse nuevamente por dos razones: primero, porque al estar cerca del lugar del que tuvieron que huir se siguen sintiendo amenazadas y segundo, porque consideran que huir hacia las grandes ciudades puede resultar más beneficioso, ya que creen que es allí donde hay mayores oportunidades de empleo, una mejor educación y una mayor capacidad institucional para proveerles asistencia y servicios¹¹.

La creencia de percibir a los grandes centros urbanos como destino de mejores oportunidades puede ser un error. En estos lugares resulta muy difícil conseguir empleo; en la mayoría de los casos los desplazados vienen de zonas rurales y, por lo tanto, sus habilidades para trabajar no son valoradas en las grandes ciudades. De modo que luego de pasar por la tragedia de dejar sus hogares y bienes, los desplazados deben buscar la forma de sobrevivir y, frente a la dificultad de encontrar un trabajo, terminan pidiendo dinero, sufriendo de inanición y viviendo en condiciones sumamente precarias. Un ejemplo de esto es Colombia, país en donde “el número de desplazados alcanzó la cifra de 6´044.200 personas, de las cuales más del 63% viven por debajo del umbral de la pobreza y el 33% viven en condiciones de extrema pobreza”¹². Asimismo, esta población es vista por las ciudades receptoras como no deseable y por lo tanto, el ambiente al que se tienen que enfrentar es sumamente hostil.

Por otra parte, al huir con prisa de sus hogares los desplazados dejan atrás sus documentos de identidad, que son **el instrumento a través del cual el Estado reconoce la existencia y la personalidad jurídica de las personas; estos también se constituyen, sobre todo, en un medio necesario para acceder a todos los derechos fundamentales.**

10 *Ibíd.*

11 Ángela Carrillo, “Internal displacement in Colombia: humanitarian, economic and social consequences in urban settings and current challenges”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, N° 875, septiembre 2009, p. 530, [en línea], disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/international-review/review-875/review-875-all.pdf>, consulta: 20 de octubre de 2015 (T de la A).

12 Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Desplazados, *Op. cit.*, p. 2.



Esa falta de documentos, el desconocimiento de la ciudad, la ignorancia frente al funcionamiento de instituciones prestadoras de salud, educación y demás organizaciones creadas para brindar ayuda esta población, además de la ineficiencia que se presenta en algunas de estas, se constituyen en obstáculos a los que se enfrentan los desplazados, los cuales suponen una gran dificultad para acceder a derechos tan vitales como la salud y la educación¹³.

El desplazamiento forzado supone entonces la vulneración de derechos como la vida y la seguridad personal, la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la salud, la educación, la propiedad, el libre desarrollo de la personalidad y el no ser sometido a tratos crueles e inhumanos. Lo anterior se constituye como interés misional de la comunidad internacional, específicamente de la Organización de Naciones Unidas, cuyo objetivo es la protección de la vida, el respeto por la dignidad y la conservación del orden internacional.

1.1.2 Incapacidad institucional del Estado

Otro aspecto que ha llamado la atención de la comunidad internacional es el rol del Estado, sumamente importante en esta problemática, ya que el desplazamiento forzado resulta como consecuencia de la incapacidad estatal para proteger a su población.

Esto se evidencia en Estados como Irak, Sudán, Siria y República Democrática del Congo, en donde el conflicto armado, la vulnerabilidad económica y sobre todo la incapacidad institucional para hacerle frente a la crisis han hecho que estos países representen el 60% de los nuevos desplazamientos en el mundo¹⁴. “Cuando hay desplazamiento en Estados menos desarrollados económicamente es poco probable que tengan los recursos y la capacidad para responder a las necesidades a corto plazo de los desplazados internos y menos aun para invertir en soluciones a largo plazo”¹⁵.

La incapacidad estatal para contener las crisis internas, que a su vez podrían derivar en problemas más allá de las fronteras nacionales, ha llevado a la comunidad internacional a interesarse por un asunto aparentemente local. Este interés se ha visto reflejado, entre otras manifestaciones, a través de iniciativas de asistencia humanitaria y la formulación de los Principios Rectores, como se verá más adelante.

13 M.A Ceballos, *Op. cit.*, p. 179.

14 Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados, *Op. cit.*, p. 6.

15 *Ibíd.*



Este panorama, en que se contraponen la acción de los Estados con la injerencia de la comunidad internacional, plantea también una tensión conceptual: la oposición que se presenta entre la idea de soberanía estatal y la intervención internacional. Por este motivo es importante abordar los cambios que han experimentado estos dos conceptos en los últimos años y la forma en que sus acepciones han incidido en las medidas, tanto nacionales como internacionales, para tratar el problema del desplazamiento interno.

1.1.3 Soberanía vs. intervención internacional

De acuerdo con Stephen Krasner, “la norma fundamental de la soberanía westfaliana es que los Estados existen en territorios específicos, dentro de los cuales las autoridades políticas domésticas son los únicos árbitros del comportamiento legítimo”¹⁶. Para este autor, la soberanía se fundamenta en dos pilares: el control territorial y el rechazo de actores internacionales en las estructuras nacionales. Es decir, cada Estado tiene la potestad de ejercer control sobre su población y territorio, por lo tanto la intromisión de actores externos en la organización estatal supone una violación a la soberanía.

A su vez, de acuerdo con la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal, la idea de soberanía ha sido entendida como el mejor de los mecanismos de defensa, en un mundo donde la disparidad de poder y de recursos es evidente.¹⁷ Esto significa que cuando se trata de Estados menos desarrollados, la soberanía es el mejor instrumento que estos tienen para evitar la intromisión de otros Estados más fuertes.

Asimismo, la Carta de Naciones Unidas en su artículo segundo hace referencia a dos principios. El primero es la igualdad soberana de los Estados, los cuales, independientemente de su poderío, tienen la facultad para regir en su propio territorio. El segundo es el principio de no intervención en la jurisdicción interna que se fundamenta en el respeto por la soberanía de los demás. La soberanía constituye entonces el derecho de cada Estado a determinar su identidad y su propio destino.

De otro lado, se encuentra el concepto de intervención internacional. En su definición clásica, según Hedley Bull, supone “la interferencia por parte de un Estado soberano, un grupo de Estados o una organización internacional, que involucra la amenaza o el uso de la fuerza o

16 Stephen Krasner, *Problematic sovereignty: Contested rules and political possibilities*, Nueva York, Columbia University Press, 1999, p. 20 (T. de la A.).

17 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The responsibility to protect*, Ottawa, International Development Research Centre, December 2001, p.12, (T de la A.).



de algún otro medio de presión, en la jurisdicción doméstica de un Estado independiente en contra de la voluntad o los deseos de su Gobierno”¹⁸.

Este concepto fue empleado también, en gran medida, para denunciar situaciones de dominación. “En la era de la descolonización, el principio de igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención, eran fuertemente reafirmados por los nuevos Estados independientes”¹⁹. El término intervención fue entonces, durante mucho tiempo, asociado con imperialismo y colonialismo²⁰, es decir, la negación de la soberanía y la autonomía estatal.

Sin embargo, a partir de 1950 la acepción del término dio un cambio, debido a declaraciones de las Naciones Unidas e iniciativas de otros actores internacionales que comenzaron a desarrollar prácticas tendientes a conservar el orden y proteger la vida²¹. Es decir, el contexto internacional se transformó; “las condiciones bajo las cuales era ejercida la soberanía –y era practicada la intervención– han cambiado dramáticamente”²².

Dicha transformación se debe, por un lado, a la aparición de actores que desempeñan roles que eran exclusivos de los Estados y del surgimiento de nuevas naciones. Y por otro, a que el derecho internacional ha evolucionado, abarcando una gran variedad de temas y estableciendo mayores controles a las prerrogativas de los Estados. Además, “el concepto emergente de seguridad humana ha creado demandas y expectativas adicionales en relación a la forma en que los Estados tratan a su propia población”²³.

El cambio en el concepto de intervención ha estado relacionado con una conceptualización diferente del término soberanía. Actualmente, la soberanía no es el derecho ilimitado a ejercer el poder en un determinado territorio sin interferencia extranjera, sino que supone una serie de deberes y obligaciones que tienen los Estados con su población.

18 Hedley Bull, *Intervention in world politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Citado en Diana Marcela Rojas, “Intervención internacional: los desafíos de la conceptualización” en: *Colombia Internacional*, Bogotá, núm. 76, 2012, p. 84.

19 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Op. cit.*, p.12.

20 Diana Marcela Rojas, “Intervención internacional: los desafíos de la conceptualización” en: *Colombia Internacional*, Bogotá, núm. 76, 2012, p. 97.

21 Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, University Press, 2011, p. 1.

22 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Op. cit.*, p. 23.

23 *Ibíd*



Hoy en día, en los pactos internacionales de Derechos Humanos, en la práctica de las Naciones Unidas y en la práctica del Estado, la soberanía es entendida como responsabilidad de los Estados tanto externa –deber de respetar la soberanía de los demás– como interna –deber de respetar y proteger los derechos básicos de su población–. Se pasa entonces de la soberanía como control a la soberanía como responsabilidad²⁴. Para Francis M. Deng, los Estados pueden proclamarse legítimos siempre y cuando sean capaces de restablecer el orden y proveer protección a sus ciudadanos; esta obligación es una condición necesaria de la soberanía²⁵.

Los Estados tienen entonces la responsabilidad de garantizar la vida, la integridad personal y la libertad de sus habitantes. “Cuando una población sufre, como resultado de conflictos armados internos, insurgencia o represión, y el Estado en cuestión es incapaz de hacerle frente a la crisis, el principio de no intervenir en los Estados soberanos cede ante la responsabilidad internacional de proteger los derechos humanos”²⁶. Lo anterior se conoce como el “giro humanitario” del concepto soberanía²⁷.

En consecuencia, frente a la problemática del desplazamiento interno son responsables en principio las autoridades nacionales, quienes deben implementar medidas para evitar nuevos desplazamientos y garantizar, por lo menos, las condiciones mínimas para que quienes fueron desplazados por la violencia puedan llevar una vida digna. Sin embargo, si el Estado incumple con sus obligaciones, se hace necesario que otras instancias participen con el fin de proteger los Derechos Humanos que, como se ha comentado, constituyen una preocupación legítima de la comunidad internacional.

Beatriz Sánchez y René Urueña afirman que el desplazamiento interno es un tema que tiene en común la agenda nacional e internacional, en un intercambio tenso. “La relación que se establece entre estos dos niveles es compleja, pues se trata de un asunto altamente sensible en el ámbito estatal que no solo afecta el ejercicio de su soberanía, sino que también revela el fracaso de las autoridades en su tarea de proteger a la propia población”²⁸. En otras palabras, mientras la soberanía impone a los Estados la responsabilidad de proteger y

24 *Ibíd*, p. 24

25 Francis Deng, *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, The Brooking Institution, 1996, citado en Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, University Press, 2011, p.14.

26 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Op. cit*, p.11.

27 D.M, Rojas, *Op. cit*, p. 97.

28 B. Sánchez, R. Urueña, *Op. cit*, p. 11



garantizar los derechos de sus habitantes, el desplazamiento forzado evidencia la ausencia estatal y la ineficiencia a la hora de asegurar la vida e integridad de estas personas.

Por esta razón, en 1998 la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas promulgó los Principios Rectores de los desplazamientos internos, que buscan reafirmar los derechos de esta población, “recordándoles a los Estados que no solo deben tratar a estas personas como al resto de sus habitantes, sino que deben incluso otorgarles una protección adicional por ser una población vulnerable”²⁹. Es de aclarar que los Principios Rectores no son vinculantes, sino que pretenden ser una guía, un derrotero que permita a los Estados y demás organizaciones no gubernamentales dar una respuesta más eficiente al desplazamiento interno.

Los Principios Rectores han sido parte de la respuesta de la comunidad internacional, que se ha visto llamada a participar activamente en una problemática que por la magnitud que ha alcanzado y sus implicaciones humanitarias ha excedido la capacidad, los recursos y los alcances de los Estados. Debido a la importancia que tiene este cuerpo normativo como marco internacional que regula el tema objeto de estudio, se hace necesario dedicar un espacio para analizar dichos Principios con mayor detenimiento.

1.2 Los Principios Rectores y su naturaleza jurídica

En las últimas décadas del siglo XX, la comunidad internacional comenzó a preocuparse por el desplazamiento interno. Ello, debido a que en 1998 se estimaba que existían alrededor de 25 millones de personas que huían de sus hogares como consecuencia de la violencia que amenazaba sus vidas y violentaba sus derechos fundamentales³⁰; personas que no cruzaban las fronteras internacionales sino que permanecían dentro del Estado que había fracasado en garantizar sus derechos o que incluso era la causa de su huida.

Este contexto adverso tenía un agravante: para la época no existía regulación internacional que tuviera un enfoque exclusivo en desplazamiento interno, sino que existían normas difusas contenidas en varios instrumentos, lo que dejaba a la población desplazada aun más vulnerable y desprotegida. Por esta razón, en el año 1992, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitó al Secretario General de ese organismo que nombrara a un representante que se encargara de estudiar, entre otras cosas, las causas y consecuencias

29 Catherine Phuong, *The international protection of internally displaced persons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 44. (T de la A).

30 Consejo Económico y Social, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, *Op. cit.*, p. 1.



del desplazamiento interno, el grado de protección que otorgaban las disposiciones internacionales a esta población y la forma de mejorar su protección y asistencia³¹.

El representante nombrado fue Francis M. Deng quien, asesorado por un grupo de expertos juristas, realizó una compilación de tres cuerpos normativos: el Derecho Internacional Humanitario, los Derechos Humanos y los Derechos de los refugiados, con enfoque en los desplazados. Este instrumento internacional se tituló los Principios Rectores de los desplazamientos internos; con este se buscaba superar las deficiencias que existían en el derecho vigente y consolidar en un solo cuerpo normativo lo relacionado con la asistencia a esta población, con el fin de brindarle una mejor protección.

Al analizar dicho texto, se evidencia que los Principios son aplicables a las distintas fases del desplazamiento: la huida, el desplazamiento en sí mismo y el regreso o establecimiento en otro lugar. La respuesta que se ha dado a cada una de esas fases ha sido la de brindar protección en contra de los desplazamientos arbitrarios, proporcionar asistencia durante el desplazamiento y otorgar garantías para el regreso o reasentamiento e integración de estas personas a la comunidad.

Según Catherine Phuong, “los Principios Rectores son un avance en el reconocimiento de las sinergias que se presentan entre el Derecho Internacional Humanitario, los Derechos Humanos y el Derecho de los refugiados”.³² Sin embargo, el fundamento de cada uno es diverso, y por lo tanto las obligaciones legales que imponen son diferentes³³.

De acuerdo con la definición del Comité Internacional de la Cruz Roja, el Derecho Internacional Humanitario es “un conjunto de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, destinado a ser aplicado en los conflictos armados, que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios de hacer la guerra y que protege a las personas y los bienes afectados o que puedan resultar afectados por ella”³⁴. Es decir, es el derecho que regula lo relacionado con el conflicto armado; su objetivo es mitigar, aunque sea en parte, sus efectos nocivos y proteger a la población no combatiente.

31 *Ibíd.*, p. 2.

32 C. Phuong, *Op. cit.*, p. 48.

33 *Ibíd.*

34 Cruz Roja Española, “Definición del Derecho Internacional Humanitario”, 2008, [en línea], disponible en: http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647036&_dad=portal30&_schema=PORTAL30_consulta; 14 de octubre de 2015.



Por su parte, los Derechos Humanos son el conjunto de disposiciones de carácter universal que protegen a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, sin distinción alguna. Es un derecho que no es aplicable solo en circunstancias de guerra, por el contrario, este derecho está vigente en todo momento y en todo lugar. Su elemento central es el respeto a la vida y a la dignidad humana³⁵.

El otro cuerpo normativo que se recopila en los Principios Rectores es el Derecho de los refugiados. De acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, estos son:

[Personas que] “debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentran fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuvieron su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores no quieran regresar a él”³⁶.

Es decir, los refugiados son personas que, al sentir que su vida está en peligro, escapan de sus hogares hacia otros Estados. Tanto los refugiados como los desplazados internos huyen generalmente por las mismas causas, que son el conflicto armado, la violencia generalizada, la constante violación a sus derechos fundamentales y el fracaso de su Estado para proteger sus vidas e integridad personal. La diferencia es que los primeros cruzan las fronteras internacionales buscando protección y seguridad en otro país³⁷, mientras que los desplazados huyen dentro del territorio del mismo Estado, lo que los hace más vulnerables no solo porque permanecen bajo la guarda de un gobierno que no cumplió con su obligación de garantizar sus derechos sino porque la ayuda internacional se dificulta.

1.2.1 Naturaleza jurídica de los Principios Rectores

Teniendo en cuenta que se crea todo un instrumento que busca proteger específicamente a la población desplazada, es preciso preguntarse por qué se dificulta la

35 “Los derechos humanos se caracterizan por ser congénitos, inherentes, necesarios, universales, indivisibles, interdependientes, preexistentes, limitados, inalienables e inviolables”. *Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 8 de mayo de 2006, [en línea], disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0680.pdf>, consulta: 14 de octubre de 2015.

36 Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados”, Ginebra, 28 de julio de 1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

37 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece que el Estado receptor tiene la obligación de garantizar los derechos de los refugiados sin discriminación alguna, al menos en el mismo grado en que protege a quienes son extranjeros residentes en dicho Estado.



ayuda internacional. Para responder este interrogante es necesario establecer cuál es la naturaleza jurídica de los Principios. ¿Se trata de disposiciones obligatorias para los Estados o, por el contrario, son recomendaciones no vinculantes para los mismos?

En las distintas discusiones sobre el tema, se plantea lo confuso del estatus legal de los Principios Rectores. “De un lado, se entiende que frente a este instrumento internacional, no ha habido un consenso por parte de los Estados y por lo tanto, no es vinculante. Pero por otro lado, los Principios son la confirmación de disposiciones con fuerza normativa contenidas en tratados internacionales o en la costumbre internacional”³⁸.

En este mismo sentido, Walter Kälin afirma “los Principios Rectores no son un tratado internacional o una declaración adoptada por la Asamblea General (...) sino que el Representante Francis M. Deng con un grupo de juristas, crean los Principios como una guía no vinculante para los Estados y demás organizaciones”³⁹. Para el representante, realizar un tratado o una convención generaría largas discusiones lo que podría impedir que se utilizara el Derecho Internacional Humanitario efectivamente para el fenómeno del desplazamiento interno⁴⁰.

Asimismo, Kälin considera que este cuerpo normativo no es el típico *soft law*⁴¹ como por ejemplo las recomendaciones. Porque este instrumento está construido sobre la base de varias disposiciones internacionales ratificadas por los Estados, o que hacen parte del derecho consuetudinario. Es por ello que se puede afirmar que los Principios tienen más fuerza normativa⁴².

Según Beatriz Sánchez y René Urueña, los Principios “a pesar de estar integrados por normas de *hard* y *soft law*, constituyen una propuesta no vinculante para los Estados”,⁴³ los

38 C. Phuong, *Op. cit.*, p. 73.

39 Walter Kälin, *How Hard is Soft Law? The Guiding Principles on Internal Displacement and the Need for a Normative Framework*, New York, Ralph Bunche Institute for International Studies, CUNY Graduate Center, December 2001, p. 1, (T de la A).

40 *Ibíd.*

41 El término *soft law* se refiere al conjunto de reglas, principios, disposiciones y recomendaciones que a pesar de no ser vinculantes gozan de cierta relevancia jurídica, al ser un instrumento que influencia a los Estados, a las organizaciones sean gubernamentales o no y demás instituciones, debido a su capacidad de persuasión.

42 Walter Kälin afirma “el principio 6 establece el derecho a ser protegidos en contra del desplazamiento arbitrario. No existe ningún instrumento que mencione ese derecho en específico. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe el desplazamiento en algunas situaciones concretas y los Derechos Humanos lo prohíben en un sentido más general, garantizando no solo la libertad de movimiento sino también el derecho de elegir la residencia”. W. Kälin, *Op. cit.*, p. 6.

43 B. Sánchez, R. Urueña, *Op. cit.*, p. 12.



cuales tienen la potestad de decidir acerca de cuáles disposiciones establecidas en este instrumento serán aplicadas en las políticas internas para la atención de los desplazados⁴⁴.

En síntesis, el propósito de los Principios Rectores es guiar a los Estados, a las organizaciones, sean gubernamentales o no, y demás instituciones, para que acojan sus parámetros con el fin de dar una respuesta eficiente al desplazamiento forzado. Así lo establecen las notas de presentación “los Principios pretenden ser una declaración de carácter persuasivo que proporcione orientación práctica y sea al mismo tiempo un instrumento de política educativa y concienciación”⁴⁵.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es posible afirmar que los Principios reconocen la competencia de los Estados para crear legislaciones y políticas que eviten nuevos desplazamientos y permitan mejorar las condiciones de vida de los desplazados, pero al mismo tiempo son un instrumento que reafirma normas internacionales contenidas en tratados o en la costumbre internacional y, por lo tanto, tienen más fuerza vinculante que una simple recomendación. En consecuencia, si los Estados no siguen estos parámetros y no cumplen con su deber de proteger a su población, se podría pensar en una intervención internacional con propósitos humanitarios.

Es por ello que algunos países, de acuerdo con la aplicación de los Principios, han promulgado legislación basada en estos. Un ejemplo de ello es Colombia, en donde este texto normativo ha jugado un papel importante en la respuesta al desplazamiento forzado. La forma en que esta iniciativa internacional ha sido parte en el contexto colombiano será abordada en el siguiente capítulo, con especial interés en la Ley de Víctimas.

2. Desplazamiento forzado en Colombia

El desplazamiento forzado es una de las problemáticas más graves que ha tenido que afrontar el Estado colombiano. Ello, como consecuencia de la lucha armada que ha existido en el país durante más de 50 años, que ha dejado un sinnúmero de muertes y personas desplazadas.

El Consejo Noruego para Refugiados realizó el Informe global 2015: desplazados internos por conflictos y violencia; según dicho informe, Colombia es el segundo Estado con mayor población desplazada en el mundo, como se ha indicado con aproximadamente “6´044.200 desplazados, lo que equivale al 12% del total de su población, más del 63% de estos

44 *Ibíd.*

45 Consejo Económico y Social, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, *Op. cit.*, p.3.



desplazados viven por debajo del umbral de la pobreza y el 33% vive en condiciones de extrema pobreza”⁴⁶.

Debido a la magnitud de esta situación, se hace necesario estudiar en este capítulo las causas del desplazamiento forzado en Colombia y la respuesta que el Estado ha dado a esta problemática. Asimismo, se pretende establecer si la normativa nacional, especialmente la Ley de Víctimas, se ha visto influenciada o no por los Principios Rectores.

2.1 Causas y respuestas al desplazamiento forzado en Colombia

El contexto colombiano es bastante complejo y son varias las causas que han hecho que en este Estado exista tanta población desplazada. Para comprender el fenómeno del desplazamiento forzado, es necesario preguntarse por su causa principal: el conflicto armado interno.

La guerra en Colombia es multidimensional, no existe una única explicación acerca de cuál es su causa. Por el contrario, si se analiza la postura de diversos expertos, se puede evidenciar que existen múltiples teorías al respecto.

Con el fin de comprender mejor el origen de la lucha armada y su prolongación en el tiempo, el 5 de agosto de 2014, la Mesa de Diálogos de La Habana creó la Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas. Dicha comisión estuvo integrada por doce expertos, que debían realizar un informe que tuviera en cuenta tres elementos: 1) los orígenes y las múltiples causas del conflicto, 2) los principales factores y condiciones que han contribuido a su persistencia y 3) los efectos e impactos más notorios del conflicto sobre la población.⁴⁷ Al estudiar algunos de estos informes, se constata que no existe un consenso acerca de las razones que dieron lugar a la guerra en Colombia.

Según Darío Fajardo, el principal factor de la lucha armada es el conflicto agrario. Los distintos enfrentamientos se han dado debido a la apropiación, por la fuerza, de territorios campesinos e indígenas y a causa de la imposición de cobros por el derecho a usufructuar

46 En el *Informe global de 2015* se aclara que en Colombia los desplazados se encuentran inscritos en el registro oficial. Sin embargo, en dicho registro no se retiran a aquellas personas que consiguen soluciones duraderas o aquellos que mueren lo que conlleva a que el número de desplazados vaya en constante aumento. También es importante tener en cuenta que no todos los desplazados se inscriben, lo que implica que la tarea de hacer un censo de esta población es sumamente compleja. Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados, *Op. cit.*, p. 7.

47 Comisión de la Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Febrero de 2015, p. 8, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ictimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015.



sus propias tierras⁴⁸. Además, en este Estado es indiscutible la desigualdad social y la mala distribución de los recursos. Por un lado, existen dueños de latifundios que son subutilizados y, por otro, hay una población que no tiene cómo subsistir, razón por la cual termina invadiendo dichos terrenos, causando más confrontaciones. El conflicto en Colombia es, desde esta perspectiva, el resultado de un Estado que actúa en defensa de intereses particulares, a través de decisiones políticas relacionadas con la asignación de derechos sobre ciertos territorios⁴⁹.

Para Alfredo Molano “el conflicto armado comienza con la Violencia”⁵⁰. Así se le conoce al período histórico comprendido entre 1925 y 1955, cuando se dieron fuertes enfrentamientos entre los partidos Liberal y Conservador⁵¹. A dichos enfrentamientos se les intentó poner fin con el Frente Nacional, acuerdo en el que estos partidos políticos pretendían turnarse el ejercicio del poder. Sin embargo, lo anterior dio como resultado la opresión a las distintas formas de pensamiento. Si se analiza la historia colombiana, se evidencia que en décadas pasadas los derechos a la libre expresión y a participar en política eran constantemente violados y era frecuente la muerte de líderes y periodistas con opiniones distintas a las del gobierno de turno, personas que representaban una amenaza al orden social.

Otros expertos señalan que la disputa entre las dos ideologías políticas y económicas que dividen al mundo, capitalismo y socialismo, es la razón del conflicto armado. “Todas las manifestaciones de insurgencia o resistencia, tienen como referente explicativo el orden social vigente que, sin duda, responde a las características esenciales del sistema capitalista”⁵². En este mismo sentido, Jairo Estrada establece como tesis central de

48 Darío Fajardo, “Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 3, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015

49 *Ibíd.*

50 Alfredo Molano, “Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920 - 2010)”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Febrero de 2015, p. 1, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015

51 *Ibid.*

52 Víctor Moncayo, “Hacia la Verdad del Conflicto: Insurgencia guerrillera y orden social vigente”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 8, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015.



su informe que la subversión y la contrainsurgencia surgen como resultado del sistema económico y social que existe en Colombia. “La expresión de la rebelión armada, se explica esencialmente por las condiciones histórico-concretas de constitución y reproducción de ese orden social”⁵³. Es decir, la causa del conflicto armado es el capitalismo, sistema que profundiza la desigualdad social y genera divisiones entre las diferentes clases.

Por su parte, Gustavo Duncan afirma que aunque Colombia es uno de los países más desiguales del mundo esta no es la causa de la insurgencia violenta. En su informe plantea que la desigualdad se vio influenciada por un factor esencial: la criminalidad, específicamente el secuestro y el narcotráfico. Según el autor, estas prácticas incidieron en la forma en que se desarrolló el conflicto armado, especialmente en tres puntos. Primero, porque determinaron las estrategias de guerra tanto de la insurgencia como de la contrainsurgencia, que debieron organizar sus sistemas coercitivos para dominar los recursos criminales o impedir que sus adversarios se apoderaran de ellos. En segundo lugar, a pesar de los secuestros, las extorsiones y los atentados contra la infraestructura estatal que harían pensar que se afectaría gravemente la economía, el narcotráfico generaba recursos –ilegales– que permitían que la economía de las comunidades periféricas se mantuviera. Y por último, la criminalidad también contribuyó para redefinir los vínculos entre las élites nacionales y las élites de la periferia, a raíz de las decisiones que se tomaron para hacerle frente a la guerrilla.⁵⁴ “Las transacciones políticas entre las élites del centro y la periferia estuvieron marcadas por el reclamo desde las regiones para utilizar el paramilitarismo y el narcotráfico como recursos legítimos contra el secuestro, dado que el Estado central era incapaz de ofrecer una protección efectiva”⁵⁵. Es decir, en algunas regiones se sostenía que la forma de acabar con los secuestros y la guerrilla era tomando la justicia por las propias manos, creando grupos armados al margen de la ley –paramilitares– que pudieran defender la propiedad en el campo, ya que el Estado no tenía la capacidad institucional para hacerle

53 Jairo Estrada, “Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada Elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 5, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015.

54 Gustavo Duncan, “Exclusión, insurrección y crimen”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 2, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015.

55 *Ibíd.*



frente a la situación. Sin embargo, este grupo contrainsurgente generó aun más violencia y el conflicto llegó a dimensiones inimaginables.

Otras teorías aluden a que el conflicto armado es el resultado de un Estado débil, sumamente fragmentado, ausente en muchas zonas del país, lo que les permitió a las distintas guerrillas, al paramilitarismo y al narcotráfico organizarse y apoderarse de grandes territorios. En este sentido, Daniel Pécaut afirma que el Estado se encontraba “lejos de poder ejercer una autoridad cualquiera que fuera sobre la mayor parte del territorio e, incluso, de poder conservar el monopolio de la violencia legítima”⁵⁶.

Por último, según Fernán González, los fenómenos de violencia en Colombia se deben principalmente a factores estructurales y subjetivos. Dentro de los factores estructurales están: 1) la conformación social de las zonas periféricas y el conflicto agrario, 2) la relación política y territorial de las zonas rurales con el sistema político bipartidista y 3) las tensiones sociales que resultaron de lo anterior, junto con la incompetencia del gobierno para tratarlas correctamente. Por otro lado, los factores subjetivos tienen que ver con la forma en que los distintos individuos interpretaron dichas tensiones, interpretaciones “tanto de los sectores de izquierda como de derecha, en un contexto mundial y continental marcado inicialmente por la Guerra Fría y luego por la lucha mundial contra el terrorismo y el narcotráfico, todo lo cual conduce a las opciones voluntarias de algunos actores o grupos sociales por la solución violenta de esas contradicciones y tensiones”⁵⁷. Este autor afirma además que la violencia en Colombia es la consecuencia de un caótico proceso de construcción de una identidad nacional⁵⁸.

En síntesis, las principales razones que subyacen a la guerra en Colombia se relacionan con problemas estructurales como la desigualdad, la falta de oportunidades, la opresión política, el conflicto agrario, el narcotráfico, un modelo económico que privilegia la explotación de recursos naturales y la propiedad de latifundios, pero sobre todo un Estado débil permeado por la corrupción, que ha fallado en la protección a su población y en el control de sus territorios. Todo lo anterior creó un ambiente propicio para la conformación de guerrillas y grupos contrainsurgentes, los cuales lograron obtener cada vez más poder, sembrando violencia y terror en el campo.

56 Daniel Pécaut, “Una lucha armada al servicio del statu quo social y político”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 10 , [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 17 de diciembre de 2015

57 Fernán González, *Poder y Violencia en Colombia*, Bogotá, Odecofi-Cinep, 2014, p. 29.

58 *Ibíd.*



2.1.1 Implicaciones: la crisis humanitaria y el desplazamiento

Según el informe “La crisis humanitaria en Colombia por el conflicto armado interno”, elaborado conjuntamente por distintas organizaciones no gubernamentales internacionales, “en Colombia persiste la más grave y prolongada crisis humanitaria de América”⁵⁹. Esta crisis es el resultado del conflicto armado que ha generado un sinnúmero de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario: homicidios, secuestros, masacres, uso de minas antipersonales, violencia sexual, reclutamiento de menores de edad, asesinato de líderes sindicales y defensores de Derechos Humanos pero, sobre todo, un inimaginable número de personas desplazadas⁶⁰.

La Directora de la Unidad de Víctimas, Paula Gaviria, afirma que el desplazamiento forzado ha sido la principal fuente de victimización en el país, el cual representa el 88% de la población que ha sido víctima del conflicto⁶¹. Este “ha sido desde la década de los 90, la consecuencia más visible del conflicto armado insurgente, contrainsurgente y paraestatal”⁶².

Además, el desplazamiento forzado ha sido utilizado por los diferentes actores del conflicto como una estrategia de guerra, ya que a través de amenazas y actos violentos han generado miedo en la población campesina, que ve como única alternativa para conservar su vida huir y dejar sus bienes; de esta forma tanto las guerrillas como los paramilitares se han apropiado de territorios y han expulsado a aquellos que consideran simpatizantes de sus adversarios. Cabe aclarar que el desplazamiento no siempre resulta como consecuencia de una estrategia, sino que en varias ocasiones “se ha producido, (...) como el resultado no buscado de prácticas de guerra violatorias del derecho internacional humanitario (v. gr., operaciones militares en áreas densamente pobladas, el lanzamiento de cilindros-bomba, la contaminación de aguas, los ataques contra oleoductos y torres de energía)”⁶³. En medio del conflicto armado, del odio y de la violencia queda la población civil, totalmente vulnerable y desprotegida.

59 Consejo Noruego para Refugiados y otros, “La Crisis Humanitaria en Colombia por el Conflicto Armado Interno”, junio de 2011, p. 2, [en línea], disponible en: http://www.colombiassh.org/reh/IMG/pdf_3_Crisis_humanitaria_y_conflicto_armados.pdf, consulta: 10 de enero de 2016.

60 *Ibíd.*

61 Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Op. cit.*, p. 72.

62 Carlos Núñez e Ingrid Hurtado, “El desplazamiento forzado en Colombia: la huella del conflicto”, CODHES, 2014, [en línea], disponible en <http://www.codhes.org/images/Articulos/AnalisisSituacionalfinal.pdf>, consulta: 5 de enero de 2016.

63 M.A. Ceballos, *Op. Cit.*, p. 171.



Si se analiza la historia colombiana se puede evidenciar que el número de desplazados internos es alarmante. Para el año 1990 se calculaba que existían alrededor de 1´000.000; en 1997 esta cifra se había triplicado, ascendiendo a 3´250.000 personas⁶⁴. Hoy en día se afirma que el número de desplazados asciende a 6´044.200, cifra que ubica a Colombia como el segundo Estado con mayor desplazamiento interno en el mundo, después de Siria⁶⁵.

2.1.2 La respuesta normativa

Debido a la magnitud de este fenómeno, el Estado colombiano ha intentado darle una solución al problema a través de varias normas. Así, en 1997 el Congreso de la República expidió la ley 387, “**por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia**”. En esta ley se reconocieron por primera vez los derechos de estas personas y se creó el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, el cual estaría conformado por entidades públicas y privadas que se encargarían de llevar a cabo planes, programas y proyectos con el fin de brindarles una mejor atención.

Esta ley fue reglamentada posteriormente por varios decretos, principalmente el Decreto 2569 del 2000, el cual establecía las funciones de la Red de Solidaridad Social, entidad encargada de coordinar todo el Sistema Nacional de Información y Atención Integral para esta población. Además este decreto creó el Registro único, con el que se pretendía identificar a quienes habían sido obligados a huir de sus hogares, con el fin de brindarles una ayuda eficaz y realizar un seguimiento de los servicios que el Estado les prestaba. Asimismo, esta norma indicaba cuál era el procedimiento, los términos y las condiciones para acceder a la atención humanitaria de emergencia y a la estabilización socio-económica.

Posteriormente, en el 2008, se promulgó la ley 998 “por medio de la cual el Congreso de la República de Colombia declara el 2008 como el año de la promoción de los derechos de las personas desplazadas por la violencia y se dictan otras disposiciones”. Con esta norma se pretendía que los diferentes entes territoriales se comprometieran con la materialización de los derechos de esta población. Para ello, establecía un plazo de cinco meses en el cual los gobernadores y alcaldes debían formular una serie de políticas y estrategias a

64 Consultoría para los Derechos Humanos y el desplazamiento, “La crisis humanitaria en Colombia persiste. El pacífico en disputa”, en: CODHES, Bogotá, N° 26, 2013, p.12, [en línea], disponible en http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Informe_Desplazamiento_2012_La_Crisis_Humanitaria_.pdf, consulta: 3 de diciembre de 2015.

65 Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados, *Op. cit*, p. 2.



través de las cuales se lograran mayores compromisos presupuestales, dirigidos a suplir las necesidades de estas personas. De igual manera, los diferentes entes territoriales debían adoptar medidas para garantizar que las organizaciones de desplazados pudieran participar en el diseño e implementación de los programas de atención. Por otra parte, esta ley establecía que el Gobierno Nacional debía crear un plan de acción con el fin de garantizar los derechos de aquellos que habían sido obligados a huir de sus hogares, asignando los recursos necesarios para mejorar su calidad de vida.

A pesar de que el Congreso legisló varias normas que pretendían dar solución al problema del desplazamiento forzado, estas no se traducían en la práctica y no se veían verdaderas mejoras en la calidad de vida de estas personas, tanto es así que llevó a más de 1.150 familias a interponer acciones de tutela⁶⁶. La deficiente respuesta del gobierno hizo que la Corte Constitucional, a través de varias decisiones, interviniera con el fin de corregir las actuaciones de aquellas autoridades que obstaculizaban o que incluso impedían el goce de los derechos de los desplazados.

La sentencia más importante fue la T-025 de 2004, en donde la Corte afirmó que la situación de vulneración de derechos que enfrentaba esta población era sumamente grave, que dicha condición, a pesar de haber sido reconocida por el legislador, era ignorada por las autoridades encargadas, quienes con su actuación negligente dificultaban el proceso de atención para estas personas, exigiendo en muchas ocasiones que debían interponer acciones de tutela como requisito previo para acceder a sus derechos⁶⁷.

Igualmente, en dicha sentencia la Corte señaló que el Estado tenía la obligación de proteger a su población, que tanto la ley como la jurisprudencia habían reiterado que se debía dar prioridad a la asignación de recursos destinados a satisfacer las necesidades de los desplazados. Sin embargo, lo anterior no se había cumplido, con lo que se desconocía de esta forma la Constitución, las leyes, y lo establecido en las políticas adoptadas por el propio Ejecutivo⁶⁸.

Es de resaltar que la importancia de esta sentencia radica en que el alto Tribunal declaró la existencia del estado de cosas inconstitucional y ordenó a las autoridades nacionales y territoriales que adoptaran las medidas necesarias para superar esta crisis humanitaria. Además, reiteró que esta población era vulnerable y que era hora de poner fin a las violaciones de sus Derechos Humanos.

66 Corte Constitucional, Sentencia T-025-04, 22 de enero de 2004, Referencia: expediente T-653010 y acumulados, M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

67 *Ibíd.*

68 *Ibíd.*



Es preciso tener en cuenta que el rol de la Corte Constitucional fue fundamental, no solo por lo que se mencionó, sino porque a través de varias decisiones incluyó en Colombia algunas disposiciones contenidas en los Principios Rectores. “La Corte estableció un diálogo permanente con las instituciones internacionales, introduciendo en el ámbito local los elementos centrales del modelo global revestidos, pese a su naturaleza de *soft law*, de plena vinculatoriedad (sic)”⁶⁹. Esto se evidencia en el anexo 3 de la sentencia T-025 de 2004, en donde se afirma que los Principios son un instrumento internacional de gran importancia para el ordenamiento jurídico colombiano y que algunas de sus disposiciones son vinculantes para las autoridades, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación en varias oportunidades –a saber, en las sentencias SU-1150 de 2000, T-327 de 2001, T-098 de 2002, T-268 de 2003, T-419 de 2003 y T-602 de 2003⁷⁰. De esta forma el alto Tribunal incluye dichas disposiciones como parte del bloque de constitucionalidad⁷¹. Es decir, los Principios Rectores son parámetros fundamentales que deben ser tenidos en cuenta y aplicados por las autoridades nacionales para dar una respuesta eficaz a la crisis humanitaria en cuestión.

En conclusión, el desplazamiento forzado es uno de los problemas más graves que afronta el Estado colombiano, el cual ha resultado como consecuencia, principalmente, del conflicto armado interno, que ha generado una enorme cantidad de personas que han sido obligadas a dejar sus hogares. En Colombia, se ha intentado dar soluciones a esta situación a través de leyes y decretos pero, sobre todo, a través de decisiones de la Corte Constitucional, las cuales han introducido, en el ámbito doméstico, la normativa internacional como parámetro necesario para la atención integral a los desplazados.

En lo concerniente a las leyes, estas han resultado cuando menos insuficientes para cubrir las necesidades de la población desplazada y brindar asistencia en las distintas fases de esta problemática. Por lo tanto, en 2011 fue necesario expedir la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: una de las propuestas más ambiciosas, ya que crea grandes retos para el gobierno y sus instituciones. Debido a la importancia de esta Ley, se dedicará un espacio exclusivo para estudiarla con mayor detenimiento, teniendo en cuenta su estrecha relación con los Principios Rectores.

69 B. Sánchez, R. Urueña, *Op .cit.*, p. 14.

70 Corte Constitucional, Anexo 3 de la Sentencia T-025-04, 22 de enero de 2004, Referencia: expediente T-653010 y acumulados, M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2, consultado el 11 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Anexos/ANEXO%203.pdf>

71 *Ibíd.*, p. 3.



2.2 Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

La Ley 1448 de 2011 es un paso histórico para la construcción de la paz en Colombia. Con esta, el gobierno reconoce el conflicto armado interno que tanto ha afectado al Estado y “facilita la protección de los derechos de la población bajo el Derecho Internacional Humanitario (DIH en adelante)”⁷². Además, con esta ley se reconoce la existencia de un sinnúmero de víctimas que deben ser reparadas; víctimas que en el 88% de los casos son desplazados que perdieron sus tierras y bienes más preciados al huir de sus hogares, debido a que sus vidas corrían peligro⁷³.

Lo ambicioso de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se deriva de la cantidad de personas que busca reparar y de las dificultades a las que se enfrenta el gobierno para su aplicación, en medio del conflicto armado que aún persiste. Por su envergadura, en este apartado se estudiará en detalle la Ley a la luz de los Principios Rectores de los desplazamientos internos, abordados en el capítulo anterior.

El objetivo de la Ley 1448 de 2011, según su artículo primero, es:

“establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”⁷⁴.

La importancia de esta norma radica en dos aspectos centrales; por un lado, reconoce los derechos de las víctimas del conflicto armado interno y establece todo un articulado para la asistencia, ayuda humanitaria y atención a estas personas. Por otro lado, adopta una serie de mecanismos con el fin de brindarles una reparación integral; según el artículo 69

72 CAFOD y otros, “El panorama actual de Colombia: Ley de Víctimas y Restitución de Tierras Ley 1448”, mayo de 2012, p. 1, [en línea], disponible en http://www.acnur.org/t3/uploads/media/2879_Colombia_Informe_ABC_Pastoral_Social_2012.pdf?view=1, consulta: 22 de diciembre de 2015.

73 Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Op. cit.*, p. 72.

74 Ley 1448 de 2011, artículo 3°: “se consideran víctimas para efectos de esta ley a aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, *ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*.” Es claro que constituye una vulneración a un sinnúmero de Derechos Humanos, el hecho de que una persona se vea obligada a dejar su vida familiar, social y laboral, además de todas sus posesiones, debido al conflicto armado que amenaza sus vidas e integridad personal. En consecuencia, los desplazados internos encajan en ésta definición de víctima y por lo tanto, les son aplicables las disposiciones de esta ley.



de la Ley, dicha reparación incluye medidas de “restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”.

Al respecto, se había pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-458 de 2010, en donde estableció que el derecho a la reparación integral “excede la visión meramente económica de la participación de las víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño, y debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y comunitario”.⁷⁵ En dicha sentencia, la Corte señala que a nivel individual la reparación se extiende a: 1) devolver a la víctima a la situación –al menos cercana– en que se encontraba antes de que ocurrieran los hechos 2) otorgar una indemnización o reparación por equivalente y 3) la satisfacción o reparación moral. Y en el plano comunitario, las víctimas colectivas tienen derecho a una reparación que incluya medidas económicas y simbólicas, además de garantías de no repetición.

Es preciso resaltar que incluir mecanismos para la restitución de tierras a la población desplazada, como formas de reparación, supone un paso enorme para reconciliación y la transformación de las zonas rurales del país, toda vez que el problema agrario ha sido una de las principales causas del conflicto armado.

Además, esta Ley evidencia cómo las autoridades nacionales deben aplicar los Principios Rectores de los desplazamientos internos. Esto, debido a que, a través de varias decisiones, la Corte Constitucional introdujo en el ámbito nacional disposiciones de dicho instrumento con el fin de que el gobierno utilizara esa guía para dar una respuesta más efectiva al desplazamiento forzado.

2.2.1 La Ley de Víctimas y los Principios Rectores

Resulta entonces inevitable la relación y coincidencias entre lo formulado en los Principios Rectores y su referencia en la Ley de Víctimas, vínculos que serán estudiados a continuación.

Primero, al comparar la sección I de los Principios con el título I de la Ley de Víctimas, se evidencia que ambas establecen el derecho de los desplazados a la igualdad y a la no discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión, opinión política, condición social, profesión o de cualquier otra índole. Estos derechos se encuentran consagrados en los principios uno, dos, cuatro y en el artículo 6 de la ley 1448 de 2011. De igual manera, ambas

75 Corte Constitucional, Sentencia T- 458 de 2010, 15 de junio de 2010, referencia T-2.527.724, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas.



normas plantean un enfoque diferencial; es decir, reconocen que dentro de las víctimas del conflicto armado o desplazados existen poblaciones más vulnerables que otras, como los niños, los adultos mayores, las mujeres embarazadas o cabezas de familia y las personas en situación de discapacidad. Por ello, establecen que para la protección, asistencia y reparación de estas personas, se tendrán en cuenta sus necesidades específicas. Lo anterior se encuentra en el principio cuatro y en el artículo 13 de la ley en cuestión.

Otro aspecto que tienen en común las dos normas objeto de estudio es la protección especial para las minorías. Así, en su artículo 205 la Ley de Víctimas otorga al Presidente de la República “facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses para expedir por medio de decretos con fuerza de ley, la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”, con el objetivo de que sea respetada la identidad y cultura de estas comunidades. Esto es similar al principio nueve que establece la obligación de los Estados de salvaguardar a “los pueblos indígenas, minorías, campesinos y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella”.

Por otro lado, el principio tres dice que las autoridades nacionales tienen la responsabilidad de brindar protección y asistencia humanitaria a la población desplazada. En el mismo sentido, el principio 18 establece que el gobierno deberá suministrar alimentos, agua potable, alojamiento, vestuario y servicios médicos a aquellas personas obligadas a huir de sus hogares. Al analizar la Ley 1448 de 2011, se evidencia que esta se ajusta a lo anterior, ya que en su artículo 47 consagra que el Estado proporcionará a las víctimas del conflicto la ayuda humanitaria necesaria con el fin de atender “sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas”. Asimismo, el artículo 62 de dicha ley establece etapas de atención humanitaria cuando las víctimas del conflicto sean desplazados internos. Estas etapas son: atención inmediata, atención humanitaria de emergencia y atención humanitaria de transición. Dependiendo del tipo de ayuda que la persona desplazada requiera será el tipo de atención que se le brinda.

Adicionalmente, en su artículo 34 la Ley de Víctimas indica el compromiso del Estado de cumplir y respetar los “principios constitucionales, tratados y convenios e instrumentos que son parte del bloque de constitucionalidad impidiendo que de un acto suyo o de sus agentes (...), se cause violación alguna a cualquiera de los habitantes de su territorio”. Esto concuerda con lo establecido en el principio cinco, que dispone que todas las autoridades tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.



De igual manera, tanto en los Principios Rectores como en la Ley de Víctimas se reconoce el derecho de las personas desplazadas a la educación. Así, el principio 23 dice que las autoridades nacionales deben brindar “educación gratuita y obligatoria a nivel primario”, lo que coincide con el artículo 51 de la Ley, que establece el deber de las autoridades de implementar mecanismos que permitan el acceso gratuito de las víctimas a “establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media, siempre y cuando estas no cuenten con los recursos para su pago”. Incluso, la norma establece que si no es posible el ingreso a establecimientos oficiales, el servicio educativo se podrá contratar con el sector privado.

Además, los principios 28 y 15 consagran el derecho de los desplazados a retornar a sus hogares o reubicarse voluntariamente y el derecho a recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en sitios donde su vida e integridad personal se encuentren en riesgo. Lo anterior concuerda con el artículo 28, numeral 8, de la Ley de Víctimas, que establece que las víctimas del conflicto armado tienen “derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional”. Asimismo, el artículo 66 de dicha Ley dispone que cuando las víctimas se sientan amenazadas en el sitio que habían escogido para vivir deben ir al Ministerio Público y declarar los hechos que puedan generar su desplazamiento, con el fin de brindarles protección.

Es importante mencionar que otro punto que tienen en común los Principios Rectores y la Ley 1448 de 2011 es que ambas reconocen el derecho de los desplazados a participar en la creación e implementación de planes y proyectos de atención, regreso o reasentamiento y reparación, así como el deber del Estado de garantizar dicha participación. Ello se encuentra consagrado en el principio 28, y en los artículos 28 y 192 de la Ley de Víctimas.

Por último, es posible afirmar que ambos textos normativos plantean formas de reparación a los desplazados. El principio 29 consagra que las autoridades competentes son responsables de ayudar a los desplazados en la recuperación de las propiedades que perdieron en la huida, y si ello no es posible, entonces deberán otorgarles “una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa”. Y el artículo 72 de la Ley de Víctimas señala que el gobierno colombiano “adoptará las medidas requeridas para la restitución jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados”; en caso de no ser posible dicha restitución, se les ofrecerá la opción de acceder a terrenos similares ubicados en otros lugares; es decir, una restitución por equivalente. Si ninguna de las alternativas anteriores es posible, entonces procederá la compensación en dinero.



En síntesis, luego de realizar una comparación entre los Principios Rectores y la Ley de Víctimas, se concluye que ésta es acorde con dicho instrumento internacional. De esta manera, el Congreso reconoce el llamado de la Corte Constitucional de incluir los Principios como una guía para dar una solución a la crisis humanitaria que ha dejado el conflicto armado en Colombia. Según Bruno Moro, Representante Residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “[la Ley 1448 de 2011] No es una ley perfecta y seguramente algunos aspectos podrían mejorarse para una mejor adhesión a los estándares internacionales y de garantías de participación de las víctimas. Pero es una ley que da un paso decisivo para Colombia”⁷⁶.

Actualmente, el gran reto que tiene el Estado colombiano es lograr que lo escrito en el papel –que es acorde con la normativa internacional–, sea aplicado en la realidad y que sean garantizados efectivamente los derechos de las víctimas que habían sido desconocidos por el gobierno y violentados constantemente por los distintos grupos armados.

Conclusiones

El desplazamiento forzado constituye una de las crisis humanitarias más graves en el mundo. Según el informe de la Agencia de las Naciones Unidas para Refugiados, *Global Trends Forced Displacement in 2014*, este fenómeno ha ido creciendo a un ritmo acelerado, alcanzando para el año 2014 la suma de 38.2 millones de personas desplazadas. Personas que huyen de sus hogares a causa de la violencia pero se quedan dentro del propio Estado, lo que significa que permanecen supeditadas a las reglas y autoridades de un país que falló en la obligación de proteger a sus habitantes.

Debido a la magnitud de la crisis humanitaria y a que el desplazamiento forzado es una problemática que desborda la capacidad operativa de los Estados, es que a finales del siglo XX la comunidad internacional, a través de la organización de Naciones Unidas, decide fijar su atención en este tema. De tal forma que en 1998 se promulgan los Principios Rectores de los desplazamientos internos. El propósito de este instrumento internacional es guiar a los Estados, a las organizaciones, sean gubernamentales o no, y demás instituciones, para que acojan sus parámetros con el fin de dar una respuesta eficiente al fenómeno del desplazamiento.

⁷⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “El ABC de la Ley de Víctimas” en: *Hechos de Paz*, núm. 61, septiembre de 2011, p. 1.



Es importante tener en cuenta que formalmente los Principios Rectores no son vinculantes, y no lo son por dos razones; por un lado, los Principios no nacen de la voluntad de los Estados, no son un tratado o una convención ratificada por estos y, en consecuencia, son un instrumento de *soft law*. Y por otro lado, el hecho que una problemática de orden nacional fuera analizada internacionalmente generaba tensiones entre la agenda nacional e internacional, debido a que la intervención extranjera revelaba que los Estados habían incumplido con las obligaciones que les imponía su soberanía de respetar y proteger los derechos de su población.

No obstante, es posible concluir que la naturaleza jurídica de los Principios Rectores es compleja y no sería correcto afirmar de manera tajante que este instrumento internacional hace parte del típico *soft law*. Si se estudia su contenido, se observa que los Principios están fundamentados en disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho internacional de los Refugiados. Es decir, este cuerpo normativo reafirma normas internacionales contenidas en tratados o en la costumbre internacional y, por lo tanto, tienen más fuerza vinculante que una simple recomendación. Incluso, se podría afirmar que por reflejo este instrumento internacional debería ser vinculante. En consecuencia, si los Estados no siguen estos parámetros y no cumplen con su deber de proteger a su población, se podría pensar en una intervención internacional con propósitos humanitarios.

Es preciso mencionar el caso de Colombia. En este Estado, el rol de la Corte Constitucional fue vital para la aplicación de los Principios Rectores, ya que el alto tribunal introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano disposiciones de dicho instrumento internacional que debían ser aplicadas por el gobierno y sus instituciones. En el presente trabajo, luego de analizar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, se pudo evidenciar que ésta era acorde con los Principios; de esta manera el Congreso de la República reconoció el llamado de la Corte, de incluir este instrumento como una guía para dar una solución al desplazamiento forzado, resultado del conflicto armado interno.

Además, es de resaltar que la Corte Constitucional, a través de sus decisiones, incorporó algunas disposiciones de los Principios Rectores, como parte del bloque de constitucionalidad,

“[el cual] hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto



constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”⁷⁷.

Lo anterior significa que el alto tribunal introdujo en el ámbito doméstico disposiciones internacionales, las cuales no solo son vinculantes para las autoridades nacionales sino que tienen rango constitucional. Es decir, son normas que se encuentran por encima de todo el ordenamiento jurídico, y así no estén contenidas en la Constitución Política se entiende que tienen el mismo nivel que ésta. Así lo estableció la Corte en el anexo 3 de la sentencia T-025 de 2004, en donde además señaló que los Principios Rectores contienen obligaciones internacionales que ha adquirido el Estado en virtud de tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, como “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el artículo 3° Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra”⁷⁸.

En síntesis, gracias al papel que desempeñó la Corte Constitucional, lo que en principio era un instrumento internacional no vinculante adquirió fuerza normativa y fue posteriormente incluido en el ordenamiento jurídico colombiano con rango constitucional. Se concluye entonces que los Principios Rectores, a pesar de nacer como *soft law*, su naturaleza jurídica puede variar dependiendo de la aplicación que le den los distintos Estados. Si los Estados comienzan a aplicar de manera reiterada las disposiciones de este instrumento como si estas fueran vinculantes, se podría estar construyendo por esta vía una nueva costumbre internacional.

Bibliografía

Bull, Hedley, *Intervention in world politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Citado en Diana Marcela Rojas, “Intervención internacional: los desafíos de la conceptualización” en: *Colombia Internacional*, Bogotá, núm 76, 2012, p. 84.

CAFOD y otros, “El panorama actual de Colombia: Ley de Víctimas y Restitución de Tierras Ley 1448”, mayo de 2012, p. 1, [en línea], disponible en http://www.acnur.org/t3/uploads/media/2879_Colombia_Informe_ABC_Pastoral_Social_2012.pdf?view=1, consulta: 22 de diciembre de 2015.

⁷⁷ Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, s.l, s.e, s.f

⁷⁸ Corte Constitucional, Anexo 3 de la Sentencia T-025-04, *Op. cit*, p.186.



Carrillo, Angela, “Internal displacement in Colombia: humanitarian, economic and social consequences in urban settings and current challenges”, en: *International Review of the Red Cross*, vol 91, N° 875, septiembre 2009, p. 530, [en línea], disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/international-review/review-875/review-875-all.pdf>. consulta: 20 de octubre de 2015 (T de la A).

Ceballos, María Adelaida, “El desplazamiento forzado en Colombia y su ardua reparación”, en: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Medellín, núm 29, 2015, p. 177.

Comisión de la Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Febrero de 2015, p. 8, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf. consulta: 20 de noviembre de 2015.

Consejo Noruego para Refugiado, Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno, “Informe global 2015: desplazados internos por conflictos y violencia”, mayo 2015, p. 2, [en línea], disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/10060>, consulta: 10 de agosto de 2015.

Consejo Noruego para Refugiados y otros, “La Crisis Humanitaria en Colombia por el Conflicto Armado Interno”, junio de 2011, p. 2, [en línea], disponible en: http://www.colombiassh.org/reh/IMG/pdf_3.Crisis_humanitaria_y_conflicto_armados.pdf consulta: 10 de enero de 2016

Consultoría para los Derechos Humanos y el desplazamiento, “La crisis humanitaria en Colombia persiste. El pacífico en disputa”, en: *CODHES*, Bogotá, N° 26, 2013, p.12, [en línea], disponible en http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Informe_Desplazamiento_2012_La_Crisis_Humanitaria_.pdf, consulta: 3 de diciembre de 2015

Corte Constitucional, Anexo 3 de la Sentencia T-025-04, 22 de enero de 2004, Referencia: expediente T-653010 y acumulados, M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, pág. 2, consultado el 11 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Anexos/ANEXO%203.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia T- 458 de 2010, 15 de junio de 2010, referencia T-2.527.724, M.P. Dr Luis Ernesto Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia T-025-04, 22 de enero de 2004, Referencia: expediente T-653010 y acumulados, M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.



- Cruz Roja Española, “Definición del Derecho Internacional Humanitario”, 2008, [en línea], disponible en: http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878.12647036&_dad=portal30&_schema=PORTAL30, consulta: 14 de octubre de 2015.
- Deng, Francis, *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, The Brookings Institution, 1996, citado en Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, University Press, 2011, p.14.
- Duncan, Gustavo, “Exclusión, insurrección y crimen”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 2, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015
- Estrada, Jairo “Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada: Elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 5, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015
- Fajardo, Darío “Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto, ed., *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 3, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015
- González, Fernán, “Poder y Violencia en Colombia”, Bogotá, Odecofi-Cinep, 2014, p. 29.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The responsibility to protect*, Ottawa, International Development Research Centre, december 2001, p.12, (T de la A).
- Kälin, Walter, *How Hard is Soft Law? The Guiding Principles on Internal Displacement and the Need for a Normative Framework*, New York, Ralph Bunche Institute for International Studies, CUNY Graduate Center, December 2001, p. 1, (T de la A).



Krasner, Stephen, *Problematic sovereignty: Contested rules and political possibilities*, Nueva York, Columbia University Press, 1999, p. 20 (T de la A).

Molano, Alfredo “Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920 - 2010)”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto, ed., *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Febrero de 2015, p. 1, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015

Moncayo, Víctor, “Hacia la Verdad del Conflicto: Insurgencia guerrillera y orden social vigente”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 8, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “Principios Rectores de los desplazamientos internos” E/CN/4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, p. 5.

Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados”, Ginebra, 28 de julio de 1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

Núñez, Carlos y Hurtado, Ingrid “El desplazamiento forzado en Colombia: la huella del conflicto” CODHES, 2014, [en línea], disponible en <http://www.codhes.org/images/Articulos/AnalisisSituacionalfinal.pdf>, consulta: 5 de enero de 2016

Orford, Anne, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, University Press, 2011, p.1.

Pécaut, Daniel “Una lucha armada al servicio del statu quo social y político”, en: Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ed, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, p. 10, [en línea], disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf, consulta: 17 de diciembre de 2015.

Phuong, Catherine, *The international protection of internally displaced persons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 44. (T de la A)



Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “El ABC de la Ley de Víctimas” en:
Hechos de Paz, núm. 61, septiembre de 2011, p. 1.

Rojas, Diana Marcela, “Intervención internacional: los desafíos de la conceptualización” en:
Colombia Internacional, Bogotá, núm 76, 2012, p. 97,

Sánchez Beatriz, Urueña René, “Derechos Humanos, Desplazamiento forzado y desarrollo económico en Colombia: Una mirada a partir del impacto del Derecho internacional en la política local”, en: AA.VV, ed., *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires, Librería, 2014, p 11.

United Nations High Commissioner for Refugees, “Global Trends Forced Displacement in 2014”, 2015, p. 2, [en línea], Ginebra, UNHCR, 2015, p. 2, [en línea], disponible en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/556725e69.pdf>, consulta: 30 de noviembre de 2015, (T de la A)

Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, s.l., s.e., s.f.

LAS NUEVAS PRETENSIONES DE NICARAGUA FRENTE A COLOMBIA EN LA HAYA: INCONVENIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN COLOMBIANA

NEW CLAIMS FROM NICARAGUA TO COLOMBIA IN THE HAGUE:
LEGAL AND POLITICAL INCONVENIENCES OF THE COLOMBIAN BEHAVIOR

✉ Por: SANTIAGO OSORIO MORENO*

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2016

Resumen

El papel de la Corte Internacional de Justicia es hoy en día muy importante frente a la creación de obligaciones en el derecho internacional. Su intento de establecer un final a una contienda limítrofe histórica entre Colombia y Nicaragua no dio frutos, lo que propició la llegada de una nueva demanda contra Colombia en búsqueda no sólo de declarar un hecho de relevancia jurídica internacional, sino política. Esta situación indica la existencia de un modelo de justicia internacional que compromete la actuación de un Estado, frente a lo cual el gobierno colombiano ha actuado de forma jurídica y políticamente inapropiada.

Palabras claves: *Corte Internacional de Justicia, Nicaragua, disputa marítima, relaciones internacionales, proceso internacional.*

* Estudiante de octavo semestre de Derecho, Universidad EAFIT. Contacto: sosori12@eafit.edu.co



Abstract

The International Court of Justice has a significant role nowadays for the creation of legal obligations in the international law field. Its effort for putting an end to a historical-territorial dispute between Colombia and Nicaragua did not prosper, and this has brought a new claim against Colombia to declare not only a relevant international legal fact, but also political. This situation reveals the existence of an international justice system which demands certain State behavior, behavior that the Colombian government has not handled with legal and political convenience.

Key words: *International Court of Justice, Nicaragua, maritime dispute, international relations, international legal proceeding.*

Introducción

Desde la creación de lo que hoy se conoce como “Colombia” e incluso en épocas anteriores bajo el mandato de España, ésta ha tenido grandes cantidades de terreno marítimo. Este alcance marítimo llega incluso hasta lugares muy alejados de la parte terrestre de Colombia, lo que no es del todo común en un Estado y que se debe a razones históricas antes y luego de la época de la independencia. Tan es así, que Colombia llega a poseer fronteras marítimas con Jamaica, Costa Rica, y en lo que interesa, Nicaragua. Históricamente las fronteras de un país se delimitan de diversas formas que han ido evolucionando con el paso de los siglos. Éstas podían ser el resultado de una guerra, de una negociación o de un dominio sobre la zona explorada y conquistada. Delimitar las fronteras es algo esencial para un Estado, pues esto le permite ahorrarse problemas con otros Estados por el acercamiento entre ciertas zonas que pueden poseer recursos que interesen a ambos.

En este orden de ideas y con ánimo de establecer un breve acercamiento histórico del conflicto entre Nicaragua y Colombia sobre las fronteras marítimas, ambas naciones crearon un tratado internacional de tan sólo dos artículos (pero con un peso jurídico y político enorme) que zanjaba en principio los problemas que pudiesen surgir frente a esto; especialmente sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina, Mangle Grande y Mangle Chico. Se trata del tratado Esguerra-Bárcenas¹ (TEB en adelante) que en

1 Dicho tratado adquirió su nombre de los presidentes que lo impulsaron: Manuel Esguerra como jefe de Estado colombiano; y José Bárcenas Meneses, como jefe de Estado nicaragüense.



su artículo primero declaró el reconocimiento por ambas partes de la plena soberanía de Colombia frente a las primeras tres islas, y de Nicaragua frente a las dos últimas, además de otras zonas².

Posteriormente, en 1930, ambas partes ratificaron el tratado mediante el protocolo de canje de documentos oficiales establecido por el derecho internacional, llamado el Protocolo de 1930³. Si bien es un acto formal, ambas partes aprovecharon para declarar una cosa más que no había sido declarada en el TEB, y es que “el Archipiélago de San Andrés y Providencia (...) no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich”⁴. Esto tenía una razón muy importante: como en el TEB se había declarado la soberanía colombiana sobre el archipiélago, no se sabía el límite de su alcance; lo que hizo que en el protocolo se dijera que no se extendería hasta el meridiano 82.

No fue sino hasta 1969 que empezaron a surgir las disidencias. En la sentencia del 19 de noviembre del 2012 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ en adelante), se estableció que alrededor de 1969 Nicaragua entregó un permiso para la exploración petrolera en una zona de Quitasueño que a partir del derecho internacional consuetudinario del mar le pertenecía⁵. A tal situación, Colombia respondió que el meridiano 82 era la frontera marítima entre ambos Estados, lo que generó para Nicaragua gran malestar pues según ella esto le quitaba más de la mitad de lo que el derecho del mar le otorgaba. Fue aquí donde nació la disputa marítima, pues dicha zona escondía todo un tesoro caribeño de petróleo, gas, pesca y otros recursos. Luego de esta respuesta, las tensiones entre ambos países crecieron hasta que en el año 2001 el gobierno de Nicaragua decidió demandar a Colombia con el fin de delimitar la frontera marítima ante la CIJ, en virtud del Pacto de Bogotá (PB en adelante)⁶.

Fue un proceso que duró más de una década y cuyo desenlace fue amargo para Colombia: si bien se declaró la plena soberanía de ésta sobre las islas anteriormente mencionadas, el problema de la definición de “Archipiélago (de San Andrés)” que fue parte importante del

2 *Tratado Esguerra-Bárcena*, artículo primero, 24 de marzo de 1928, [en línea], disponible en: <http://sajurin.enriquebolanos.org/vega/docs/1928%20TRATADO%20SOBRE%20CUESTIONES%20TERRITORIALES%20ENTRE%20COLOMBIA%20Y%20NICARAGUA.pdf>, consulta: 4 de abril de 2016.

3 *Protocolo de 1930*, 5 de mayo de 1930, [en línea], disponible en: <https://pasaportecolombiano.wordpress.com/2007/12/13/documento-protocolo-de-1930/>, consulta: 4 de abril de 2016.

4 *Ibíd.*

5 Corte Internacional de Justicia, “Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)”, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 652-653, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>, consulta: 4 de abril de 2016, (T del A.).

6 El PB es el instrumento mediante el cual gran parte de los Estados de América se comprometían a reconocer la competencia de la CIJ en caso de surgir un conflicto entre ellos.



debate⁷, junto a otras cuestiones; hizo que la CIJ tomara la decisión de establecer una nueva línea limítrofe que le quitó gran parte del terreno marítimo a Colombia. Posteriormente, una serie de actos y declaraciones por parte de Colombia siguieron generando malestar a Nicaragua, lo que llevó a que el 26 de noviembre de 2013 demandara de nuevo. Es aquí cuando comienza a vislumbrarse el objetivo del presente texto: la serie de actos que ha realizado Colombia luego de pronunciado el fallo y de la posterior demanda han sido desafortunados y la comprometen jurídica y políticamente.

Para efectos de la comprensión del lector, el presente texto ha sido dividido en dos partes: 1) Debate jurídico sobre la actuación colombiana y 2) El peso político de la actuación colombiana. En la primera parte se analizará lo concerniente a los compromisos jurídicos que se ven sacudidos para Colombia. Para esto se estudiará el concepto de obligación internacional, sus fuentes, el rol importante que cumple la jurisdicción de la CIJ al respecto y los efectos de una de sus sentencias como órgano jurisdiccional de la Organización de Naciones Unidas (ONU en adelante). Se analizarán además unos aspectos importantes sobre el derecho del mar y su papel consuetudinario en la actualidad. Se realizará un debate respecto de la primacía de la normatividad internacional sobre la normatividad nacional. Se estudiará brevemente una situación puntual sobre la figura de las *Effectivités* y se terminará con un análisis sobre los problemas jurídico-procesales que puedan surgir por la incomparecencia de Colombia ante la Haya. En esta primera parte se demostrará que debido a diversas figuras y circunstancias del derecho internacional actual, el comportamiento de Colombia le generará todavía más dificultades internacionales por parte de la CIJ y de las relaciones diplomáticas.

Como las actuaciones de un Estado no sólo están marcadas por un contexto jurídico sino que éstas están afectadas por circunstancias de orden político, es menester analizar las posibles circunstancias políticas que le dan motivos a Colombia para tomar las decisiones que se critica. Siendo entonces el estudio jurídico insuficiente para el tema y pretendiendo dar una presentación más amplia del problema; se ha establecido una segunda parte del texto que se dedicará a este tema. Por lo tanto, esta segunda parte estudiará, como sección íntegra, cada una de las decisiones que ha tomado Colombia desde el pronunciamiento del fallo de la Haya el 19 de noviembre del 2012. Es decir: el retiro del PB y las declaraciones del estado colombiano sobre la imposibilidad de la aplicación del fallo, la declaración del Archipiélago de San Andrés como “zona contigua integral” por parte del gobierno, la constante presencia de las autoridades colombianas en la zona y la decisión del gobierno de no comparecer

7 Definir el alcance de “Archipiélago” era importante puesto que los demás islotes y cayos que estaban alrededor de San Andrés podrían haberle dado a Colombia mucha más posibilidad de perder menos terreno marítimo.



frente a la nueva demanda. Mediante todo esto se buscará demostrar que esta serie de actos comprometen la percepción de Colombia como un Estado respetuoso del orden internacional actual, generándole eventualmente problemas diplomáticos importantes.

Finalmente se presentarán unas conclusiones al respecto de los problemas jurídicos planteados y su peso político, con la exposición de las posibles soluciones al respecto como finalidad máxima del texto.

Debate jurídico sobre la actuación colombiana

Son bastantes las situaciones jurídicas que hay que examinar para entender el escenario sobre el cual se ha movido el Estado colombiano. En pleno siglo XXI se está en presencia de un sistema de derecho internacional que si bien tiene bastantes falencias, constituye todo un avance frente a lo que fue en siglos pasados. Se basa en cuestiones como la existencia de órganos supranacionales capaces de imponer obligaciones a los Estados respecto de ciertos principios del derecho internacional, sometiéndolos así a una serie de reglas ya no sólo nacionales (principio de sujeción del poder a la legalidad) sino internacionales (sumisión de la soberanía del Estado a principios mayores como el mantenimiento de la paz internacional y la cooperación para asuntos de orden humanitario, por ejemplo).

1. Obligación internacional

Si bien por tratarse de asuntos de orden público y político mundial el derecho internacional tiene una esencia de derecho público, la construcción de sus conceptos ha sido marcada por las ideas del derecho privado. Es por esto que se considera al Estado como una persona jurídica o sujeto pleno de derecho internacional con plena capacidad para contraer obligaciones de orden internacional a través de tratados, convenciones, pactos, etc. Para estos efectos, es pertinente la definición de lo que es una obligación en la teoría general del derecho, es decir una relación mediante la cual un sujeto le puede exigir a otro una conducta so pena de la consecución de una responsabilidad por cualquier forma de incumplimiento.⁸ Hay algo que hay que acomodar entonces: dicho sujeto sería un sujeto de derecho internacional, sea pleno o parcial (un Estado, una organización o entidad internacional, una organización no gubernamental, una multinacional, o incluso una persona natural bajo ciertos casos); y la responsabilidad que se pueda causar sería entonces una responsabilidad internacional generada por un hecho ilícito internacional (el incumplimiento de la obligación por parte del sujeto).

8 Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 20.



El escenario internacional debe ser entendido entonces como un escenario similar al nacional: hay unos sujetos denominados “Estados” que se interrelacionan a través de actos o negocios jurídicos que tendrán su denominación respecto de su naturaleza, es decir “tratado, convención, pacto, declaración”, etc. Sin embargo, como se advirtió, el derecho privado es insuficiente hacia el estudio de las obligaciones internacionales pues hoy en día hay otras fuentes que no se limitan sólo a los casos en los que siempre está de supuesto la soberanía del Estado (como sería en la creación de un tratado, por ejemplo). Este caso es la existencia del *ius Cogens*,⁹ que constituye un gran desarrollo para el modelo internacional actual pues limita la soberanía sobre la protección de normas de orden mayor. Las demás fuentes de una obligación internacional se fundan igualmente en el ejercicio de la soberanía estatal, aunque de una forma más relativa. Éstos son los casos de la costumbre y la jurisprudencia, siendo ésta última la que interesa. En estos casos se advierte que en principio se está haciendo uso igualmente de la soberanía, puesto que la costumbre viene tanto de una actuación libre y soberana de la comunidad internacional, y la jurisprudencia viene de entidades internacionales que tienen su fundamento en tratados o convenciones que pueden o no ratificar los Estados en ejercicio de su soberanía. Se diría entonces que la costumbre y la jurisprudencia sólo se pondrían encima de la soberanía cuando constituyan *ius Cogens*, pero este proceso es mucho más complicado.

Por ahora es importante tener claro que, sea en ejercicio de la soberanía o no, cuando existe una obligación internacional que está en cabeza de un Estado y éste la incumple ya sea de forma total o parcial, existirá en la cabeza de otro sujeto la posibilidad de reclamar una reparación en virtud de la responsabilidad internacional que adquiere el Estado que vulnera. Por ejemplo, si Burundi y Ruanda firman y ratifican un tratado internacional mediante el cual el primero le declara soberanía sobre un territorio del centro africano al otro y posteriormente el primero comienza a explorar yacimientos petroleros en el territorio declarado del segundo; se generará una responsabilidad internacional por el desacato de su obligación internacional, y éste último podrá acudir a todos los mecanismos jurídico-internacionales posibles para hacer valer dicha obligación.

2. La CIJ como creadora de obligaciones internacionales

Luego de haber contextualizado entonces lo que es una obligación internacional, y mencionado que la jurisprudencia hace parte de sus fuentes, es importante estudiar el rol de la CIJ en la actualidad y el efecto jurídico que puede poseer una de sus sentencias.

⁹ Esta figura adquiere su nombre como “derecho coercitivo” y constituye las normas imperativas de derecho internacional que son reconocidas por la comunidad internacional. Compete a todos los Estados más allá de su soberanía. Entre éstas se encuentra la carta de la ONU por ejemplo.



La carta de la ONU es uno de los documentos jurídicos más importantes de la historia. Hoy en día casi todos los Estados del mundo hacen parte de la ONU y esto implica la aplicación de muchos principios y normas de derecho internacional bajo la figura del *ius Cogens*. En los artículos 92, 93 y 94 de la carta; se establece que la CIJ será el órgano jurisdiccional de la ONU, que todos los miembros de la ONU hacen parte *ipso facto* del Estatuto de la CIJ, y que todos los Estados que sean parte de un litigio frente a ésta se comprometerán a cumplir lo que ordene la sentencia, acarreando las medidas necesarias al respecto por parte del Consejo de Seguridad si ocurre algún ilícito internacional¹⁰.

De lo anterior se desprende algo que es evidente para todos: la CIJ crea obligaciones de derecho internacional cuyo peso jurídico es mayor puesto que, al ser el órgano jurisdiccional general de la comunidad internacional, su jurisprudencia tiene más posibilidad de llegar a convertirse en *ius Cogens*. Es importante anotar que la competencia de la CIJ se desprende de dos actos: aunque el numeral 1 del artículo 93 de la Carta de la ONU establece que los que son miembros de ésta son *ipso facto* miembros del Estatuto de la CIJ, este mismo estatuto establece en su artículo 36 que ésta conocerá los casos en que los Estados declaren el reconocimiento de su competencia y que “reconocen como obligatoria (...) la jurisdicción de la Corte”. Parece haber entonces una contradicción, puesto que el Estatuto afirma que si no se hace este acto de reconocimiento de competencia (que puede ser a través de un depósito con el Secretario de la ONU, de un tratado, por una declaración previa frente a la anterior Corte Permanente, entre otras); no se estaría reconociendo como obligatoria la jurisdicción de la corte. Pero por otro lado, la carta de la ONU establece que cada miembro de ésta se compromete a cumplir las decisiones de la corte. La solución de este punto es que, como se explicó, hay dos momentos en el reconocimiento de la CIJ (uno al momento de ser parte de la ONU, y otro al momento de realizar uno de los actos previstos por el Estatuto). Esto es importante porque permite entender el significado jurídico de la denuncia del PB como tratado multilateral de declaración de la competencia de la corte.

Algo también importante por mencionar y que se desprende de los artículos citados de la carta de la ONU, es que las sentencias de la CIJ son de carácter obligatorio para las partes, establecen cosa juzgada y poseen mecanismos ejecutivos. Esto se afirma pues los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la corte, reconociéndolas como inapelables, y como finalizadoras del litigio. El mecanismo ejecutivo más fuerte que posee la CIJ como órgano jurisdiccional de la ONU ante el incumplimiento de una de sus sentencias (luego de haber sido probado este incumplimiento obviamente), es la redirección hacia el Consejo de Seguridad como una de las instituciones más poderosas del mundo; para que éste emita

10 *Carta de las Naciones Unidas*, artículos 92-94, 26 de junio de 1945, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>, consulta: 5 de abril de 2016.



una resolución unilateral de carácter obligatorio para el cumplimiento de las obligaciones o para la aplicación de sanciones como bloqueos económicos, militares, etc. Como afirma Mestre-Lafay, este mecanismo no ha sido muy usado en la práctica porque casi todas las sentencias de la corte son respetadas por los Estados¹¹.

3. El derecho del mar para entender la disputa

El instrumento internacional por excelencia que regula las cuestiones marítimas es la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convemar en adelante). Si bien de ésta no hacen parte varios Estados, sí la compone una gran mayoría (para el 2011, eran 160 Estados los que hacían parte de dicha convención, sin incluir a Colombia)¹².

Dicha convención estableció muchas disposiciones respecto del manejo de la soberanía sobre los océanos y sus límites, pero en lo que interesa se estudiará: la definición de las aguas interiores, del mar territorial, de la zona contigua y de la zona exclusivamente económica.

Terminadas las partes geográficas terrestres que el Estado tiene, se marca una línea vertical entre las costas, y el agua que queda dentro de estas partes se denomina “agua interior”. De esta línea vertical se extienden 12 millas náuticas que constituyen el “mar territorial”. Luego de terminado el mar territorial, se establece una línea y de ésta se extienden 12 millas náuticas más que constituye la “zona contigua”. Además, desde la línea base que fue trazada en las aguas interiores, se extienden 200 millas náuticas (370,4 Km.) que tienen la denominación de “zona económica exclusiva”. Dependiendo de la cercanía o la lejanía en la que se encuentre, el Estado tendrá mayor o menor actividades legítimas para realizar en razón de su soberanía marítima. Estas actividades pueden ser la aplicación de la legislación interna que tenga el Estado sobre la zona, la presencia de autoridades costeras, la posibilidad de dar o no permisos para el libre paso o la exploración económica (y por ende cobrar tributos), la posibilidad de detener embarcaciones de otras nacionalidades bajo ciertas circunstancias, etc.

En lo que respecta, los Estados con mar poseen la zona exclusiva económica, que es una zona establecida para la explotación de los recursos económicos que pueda haber. Esto evidentemente suele ser lo más importante en disputas por términos económicos. Nótese entonces que todos estos actos tienen intrínseca la idea de la soberanía.

11 Frédérique Mestre-Lafay, *L'ONU*, 19ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 119, (T del A.).

12 Miguel A. Vasco, “Adhesión a la Convemar”, *El Comercio*, (30 de Octubre de 2011), [en línea], disponible en: <http://www.elcomercio.com/opinion/adhesion-convemar.html>, consulta: 5 de abril de 2015.



Otra situación importante es que, como se anotó anteriormente, si bien hay una cierta cantidad de Estados que no hacen parte de la Convemar, éstos generalmente realizan prácticas que van muy de la mano de las disposiciones de esta convención. Esto quiere decir que muchas de las cosas que estipula la Convemar son hoy en día parte de la costumbre internacional, y en gran parte de los casos la CIJ utiliza dicha figura para definir el derecho aplicable en casos concretos, como fue el caso de Nicaragua - Colombia¹³.

La razón de ser de la disputa territorial es, más que meramente soberana, sobre una cuestión económica. Por su especialidad, esta zona fue declarada por la Unesco bajo un régimen de reserva de la biósfera. Su calidad ambiental (como representar el 70% de los corales de Colombia) la hace un lugar especialmente protegido en términos ambientales. Sin embargo, la cuestión es otra: dicha zona oculta hidrocarburos, como petróleo y gas. Uno de los problemas al respecto era entonces el manejo medioambiental de esta zona, pues las exploraciones de petróleo podrían evidentemente generar un cambio circunstancial en el ambiente. Todo esto llevó a que la BBC calificara de “tesoro caribeño” al territorio marítimo disputado entre Nicaragua y Colombia¹⁴.

4. Choque entre el derecho interno y el derecho internacional

Una cuestión que constituyó un gran debate en los inicios del derecho internacional fue su eventual supremacía frente al derecho interno. ¿Qué pasaría si una constitución dijera que el legislador podrá definir la cantidad de zona económica exclusiva, teniendo en cuenta que la Convemar ya dice que son 200 millas náuticas?

Aunque curioso, estos casos pueden presentarse en cualquier momento. Frente a esto surgieron diversas teorías del derecho internacional, entre ellas la monista y la dualista. En otras palabras, se trata de determinar si el derecho internacional constituye un ente que no se superpone a la voluntad del derecho interno, o si éste tiene primacía sobre el último. El debate cae sobre una conclusión simple, de nuevo con el juego de la soberanía: si los Estados son los que determinaron desde un principio la creación de cualquier obligación internacional, incluso las que hoy en día se consideran como *Ius Cogens* (porque por ejemplo decidir que los conflictos se debían arreglar de forma pacífica fue una decisión soberana de los Estados mediante la adopción de la carta de la ONU); entonces sea como sea siempre primará, de fondo, el derecho interno como expresión de la soberanía de un Estado.

13 Corte Internacional de Justicia, *Op. cit.*, pp. 673-674.

14 Arturo Wallace, “El tesoro caribeño que se disputan Colombia y Nicaragua”, *BBC Mundo*, (4 de mayo de 2012), [en línea], disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120503_colombia_nicaragua_la_haya_san_andres_caribe_petroleo_aw.shtml, consulta: 5 de abril de 2015.



Esta conclusión parece ir en contra de postulados del derecho internacional moderno, pero si se examina de fondo tiene lógica. Como lo afirma Acevedo, “son fundamentalmente las constituciones y las leyes nacionales de los Estados las que determinan si el cumplimiento del derecho internacional en el plano interno necesita o no de un acto de recepción”¹⁵.

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abordó este tema. En el artículo 27 se estableció que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Nótese entonces que si bien se dice que no se podrá aludir al derecho interno, se parte de la base de que el Estado ya se comprometió en un tratado, lo que según la misma convención implicó en principio el ejercicio de la soberanía del Estado frente a la firma y ratificación del mismo. En suma, el artículo 46 de ésta estableció como excepción a la anterior regla el caso en que un Estado haya celebrado un tratado en contravía de una norma de derecho interno que regule la forma en que éste debe ratificar sus tratados¹⁶.

Esto permite concluir que la “primacía” del derecho internacional siempre se verá condicionada al ejercicio de la soberanía por parte de un Estado. Es decir que si una sentencia de la CIJ ordena el cumplimiento de una obligación, es necesario que el Estado haya reconocido su competencia mediante la adopción de una ley interna (ley aprobatoria de tratado del PB) que comprometerá su actuar jurídico.

5. Anotaciones breves sobre las *Effectivités*

Es sabido que Antioquia hace parte de Colombia, o que Washington D.C. hace parte de Estados Unidos. Pero ¿por qué?, ¿qué hace entonces que se discuta si las Islas Malvinas son –o deberían ser- de Inglaterra o Argentina?, o ¿qué hace entonces que se discuta si cierta parte del Caribe le pertenece a Nicaragua o a Colombia? Para responder estas inquietudes basta observar la forma en cómo se comportan los Estados respecto del territorio. En este caso, se sabe que San Andrés hace parte de Colombia porque Nicaragua lo declaró en un tratado bilateral, el TEB. O es sabido que Alaska hace parte de Estados Unidos porque hubo un negocio entre el Imperio Ruso y éste para su compra. Es decir, hay instrumentos que prueban contundentemente que un territorio hace parte de un Estado.

15 Domingo E. Acevedo, “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Sitio Web Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México*, p. 139, [en línea], disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>, consulta: 6 de abril de 2016.

16 *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, artículos 27 y 46, 23 de mayo de 1969, [en línea], disponible en: http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf, consulta: 6 de abril de 2016.



Sin embargo, éste no es el elemento esencial en ningún caso. Puede ocurrir que este documento no exista, o sea altamente discutido. Para esto, todos los Estados deben realizar actos de señor y dueño sobre la zona (es decir actos de soberano, en derecho internacional). Se trata del ejercicio de la soberanía sobre el territorio, que es lo que demuestra en la práctica y más allá de un simple papel que una zona hace parte de un Estado. Es por esto que si se modifica el día de mañana la constitución y se dice que de ahora en adelante las Islas Malvinas serán de Colombia, nada de eso tendría validez. Y la razón está en las *Effectivités*.

Las *Effectivités* se componen por actos que según el derecho internacional, en especial la costumbre, permiten demostrar claramente que un territorio hace parte de un Estado en caso de que haya disputa sobre el documento que lo afirme. Actos como la expedición de leyes y actos administrativos que regulen la zona, la presencia de la administración pública y de las autoridades, los permisos que se den para que terceros puedan realizar ciertas actividades sobre la zona, el alcance diplomático que tenga una embajada sobre la zona, etc. son actos que demuestran las *Effectivités*. Estudiar esto es importante por una razón: para la CIJ, hay una “fecha crítica” en la que se comienza a dudar de la soberanía del Estado sobre un territorio. Dicha fecha constituye un límite para que la corte examine los actos que realizó el Estado en ejercicio de su soberanía hasta la fecha, como actos “a título de soberano”. Esto, debido a que perfectamente por razones políticas un Estado pudo empezar a realizar estos actos luego de saber que su soberanía estaba en duda, solamente con el fin de mejorar su posición jurídica. Por ende, para la CIJ los actos realizados después de la fecha crítica “a título de soberano” no servirán como medio de prueba para probar la soberanía sobre un territorio¹⁷.

6. Las cargas imperativas del propio interés en materia procesal

Saliéndose un poco del tema del derecho internacional y adentrándose en el derecho procesal, es importante estudiar una figura que en la doctrina se ha denominado como “las cargas imperativas del propio interés” impulsada por James Goldschmidt. Esta teoría afirma que en materia procesal, realizar actos procesales no es de por sí una obligación jurídica. Sin embargo, es una circunstancia que modifica una situación procesal que pone en ventaja o en desventaja a quien la realiza o no. Por ende, se considera como una carga del propio interés porque dependiendo del interés de la parte, ésta deberá o no realizar actos procesales.¹⁸ Comúnmente en el derecho procesal general se establece que la falta

17 Territorial and Maritime Dispute, *Op. cit.*, p. 652.

18 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2008, p. 552.



de realizar actos procesales es desfavorable en tanto le permiten al juez establecer indicios en su contra o simplemente tener como probado sólo lo que la otra parte logró probar.

En materia internacional interesa mucho esto porque aunque el proceso internacional de la CIJ tenga sus peculiaridades, éste es muy similar en cuanto a la teoría general del proceso. En el artículo 53 del Estatuto de la CIJ se establece que cuando una parte no comparezca al proceso (entendiendo entonces que no comparecer al proceso implica no presentar memorias, réplicas, pruebas, alegatos y cualquier otro acto procesal); la otra parte podrá pedir que ésta falle a su favor. A renglón seguido dice que para su decisión no sólo deberá determinar que es competente sino que la demanda está “bien fundada” en los “hechos” y el “derecho”¹⁹.

Nótese que la corte tendría que examinar hasta qué punto los “hechos” están bien fundados. Si sólo es una parte entonces la que aporta las pruebas sobre un caso y la corte a duras penas puede conocer lo que la otra parte quiere probar, quien no comparezca se posiciona frente a una fuerte desventaja jurídica como incumplimiento de una carga imperativa del propio interés en un proceso internacional que le generará una sentencia desfavorable.

7. Colombia incumple obligaciones y debe comparecer ante la CIJ

Este es el punto en donde se unirá todo el marco jurídico que se ha examinado y se podrá concluir que Colombia tendrá serios problemas jurídicos.

Mediante la adopción del PB el Estado colombiano declaró la competencia de la CIJ y adquirió una obligación internacional de permitir que cuando existiese un conflicto con otros estados del continente americano, ésta permitiría que otros acudieran ante la CIJ para exigirle su cumplimiento. El problema comenzó entonces cuando se dictó el fallo de la corte en el que Colombia perdía gran parte de su terreno marítimo, puesto que la primera decisión que se tomó una semana de salido fue la denuncia del PB el 27 de noviembre de 2012. Este tratado establece en su artículo 56 que “podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus efectos para el denunciante”²⁰.

Además de ser una evidente actuación de mal perdedor, el gobierno colombiano declaró que su denuncia producía efectos “inmediatos” y no como lo establecía el mismo PB, es decir un año después del día que se denuncia el pacto. Esto presenta problemas porque

19 *Estatuto de la CIJ*, artículo 53, 26 de junio de 1945, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consulta: 6 de abril de 2016.

20 *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*, artículo 56, 30 de abril de 1948, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>, consulta: 6 de abril de 2016.



el efecto real de dicha denuncia se produciría entonces el 27 de noviembre del 2013, y no inmediatamente como se declaró. Esta declaración es totalmente salida del contexto jurídico-literal del PB, y evidentemente así lo hizo ver la CIJ declarándose competente frente a la nueva demanda que interpuso Nicaragua, el 26 de noviembre de 2013²¹. Un día antes de vencido el término.

Posteriormente, luego de constantes reuniones entre el gobierno y expertos del tema (además de la contratación de una firma extranjera para la posible presentación de recursos por parte de Colombia); se vio necesario realizar toda una estrategia de soberanía frente al fallo. Esto llevó a Santos a que el 9 de septiembre de 2013²² realizara una alocución nacional en la que explicaba, entre otras cosas, que el fallo de la Haya no era aplicable, y se declarara a San Andrés y sus cercanías como “zona contigua integral”.

Según su argumento, el fallo de la Haya no era aplicable puesto que según la constitución las fronteras sólo pueden ser delimitadas por un tratado bilateral que ratifique el congreso en ley aprobatoria. En este punto es donde se puede aplicar entonces lo que se analizó respecto de la prevalencia entre el orden interno y el orden internacional; y el eventual cumplimiento de las obligaciones internacionales generadas en virtud de un fallo de la CIJ. Como se concluyó en la sección 1.4 del texto, tal vez sería legítimo simplemente no aplicar el fallo de la Haya desde la perspectiva de la necesidad de aprobación del orden interno. Sin embargo esto es imposible jurídicamente puesto que hay que tener en cuenta que Colombia hacía parte en ese entonces tanto del PB, mediante la cual admite los fallos de la CIJ como aplicables; y de la Carta de la ONU, mediante la cual establece que cumplirá con un fallo de la CIJ, so pena de las sanciones en las que pueda incurrir. En suma, hay que recordar que Colombia también hace parte de la Convención de Viena (además de que ésta ya es de por sí *Ius Cogens*), por lo que no podría entonces alegar a las disposiciones de su derecho interno para el incumplimiento de un tratado internacional (como se citó en la sección 1.4 igualmente); que en este caso serían el PB y la Carta de la ONU. Como se evidencia, esto es un grave incumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia, lo cual constituye un grave problema jurídico pues eventualmente la CIJ podría ordenar al Consejo

21 Redacción BBC Mundo, “Corte de la Haya se declara competente en la demanda de Nicaragua contra Colombia”, *BBC Mundo*, (17 de marzo de 2016), [en línea], disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160317_nicaragua_colombia_corte_haya_competente_bm, consulta: 6 de abril de 2016.

22 Presidencia de la República de Colombia, “Colombia presenta su Estrategia Integral frente al fallo de la Haya”, *Sitio Web de la Presidencia de la República de Colombia*, [en línea], disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/cepri/noticias/2013/septiembre/Paginas/20130909_02.aspx, consulta: 6 de abril de 2016.



de Seguridad de la ONU la implementación de sanciones e indemnizaciones (además de los otros mecanismos a los que podría recurrir Nicaragua para el cumplimiento del fallo).

Por otro lado, Santos afirmó que expidió ese día un decreto que declaraba a San Andrés y sus cercanías como “zona contigua integral”. Más allá de ser una figura jurídica un tanto novedosa, su intención es perfectamente aplicable al concepto de las *Effectivités*: frente a un fallo de un órgano jurisdiccional internacional que le arrebató la soberanía sobre gran parte del mar, el Estado colombiano decidió comenzar a ejercer de forma más activa y contundente los actos “a título de soberano” que sirven para probar su soberanía frente a los territorios. El problema de esto es que, como se dijo con la figura de la “fecha crítica” en las *Effectivités*, evidentemente Colombia está intentando mejorar su posición jurídica a través de estos actos teniendo en cuenta que perdió mucho terreno. En jurisprudencia de la CIJ (como se citó en la sección 1.5), es muy probable que estos actos no tengan validez probatoria frente a la nueva demanda.

Debido a la nueva demanda, el gobierno de Santos emitió una declaración en la que afirmaba que no comparecería más ante la Haya puesto que esto tendría el peso jurídico de la aceptación tácita de Colombia sobre la competencia de la corte de nuevo. Sin embargo, como se estudió en el tema de las cargas imperativas del propio interés, esto sólo la pondrá en gran desventaja procesal. La nueva demanda está enfocada en dos situaciones: el incumplimiento del primer fallo que fue pronunciado por la CIJ y una nueva delimitación sobre unos espacios en el mar caribe que todavía están en disputa, situación que se da por una disputa que Colombia calcula en 75.000 Km² y Nicaragua más de 90.000. Además de que hay circunstancias evidentes que muestran que Colombia incumple el fallo de la Haya (las declaraciones y la estrategia integral para que haya presencia de las autoridades en el territorio disputado, que podría dejar a Colombia con menos de las 200 millas náuticas²³ que le concede la *Convemar* de forma consuetudinaria); el mero hecho de no comparecer a ésta privaría a Colombia de su posibilidad de aportar las pruebas contrarias al respecto. Es muy difícil para un juez determinar que una parte que no comparece tiene la razón cuando ésta no realiza ningún acto procesal.

En conclusión, el resultado de esto podría ser de nuevo fatal para Colombia: crónica de una muerte anunciada. Los problemas jurídicos que le genera su comportamiento crearán un gran margen de posibilidad para que pierda aún más terreno marítimo, además de las sanciones que puedan representar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

23 *Ibíd.*



El peso político de la actuación colombiana

Esta parte, más que contener altas cantidades de referencias académicas y explicaciones jurídicas, tendrá una serie de planteamientos a modo de análisis; basado en hechos y optando por un análisis pragmático y lógico como lo es el de una decisión estatal desde la política. Es por esto que esta parte será mucho más corta en comparación con la anterior, pero servirá para ampliar aún más el alcance del entendimiento de la actuación colombiana y determinar entonces si, a la luz de la política, tal vez las actuaciones de Colombia sí sean adecuadas a pesar de los problemas jurídicos que pueda tener. La siguiente sección presentará indirectamente la pregunta del por qué el Estado colombiano realizó cierta acción, y la respuesta buscará enfocar al lector sobre las posibles razones políticas al respecto.

1. Estudio político íntegro de la actuación colombiana

Aunque el retiro del PB no sea desconocer del todo a la CIJ, esto sólo tiene una razón de ser desde el ámbito político para que haya sucedido: constituye un blindaje para que en futuros litigios sea necesario acudir a otros medios de solución pacífica de conflictos previstos por el derecho internacional y no se le pueda demandar contenciosamente ante ésta. Hasta el momento, de todos los miembros del PB, sólo uno ha decidido denunciarlo además de Colombia²⁴.

Los eventuales problemas que trae esto es la percepción del compromiso de Colombia de pertenecer a un modelo globalizado de jurisdicción. Críticas por parte de organizaciones internacionales como la Unasur o de ciertos países puede debilitar o hacer más complicadas las relaciones diplomáticas entre ambos Estados (lo que indirectamente puede afectar situaciones como la economía, por ejemplo). Aunque sea posible no aceptar a la CIJ y soportar las posibles críticas, todo se complica aún más si se dice que, además, no se acatará uno de sus fallos (que provino de la debida declaración de la jurisdicción de la corte).

Sobre esto hay que entender dos cosas: que como se citó en la sección 1.2, en la práctica muchas de las sentencias de la corte son acatadas sin necesidad de nada más (lo que desacatarla se convierte en algo excepcional y fácilmente criticable); y que si bien pudieron existir problemas en el transcurso del proceso como lo afirmaron los senadores Roy

24 Fue El Salvador, el 24 de noviembre de 1973.



Barreras²⁵ y Álvaro Uribe²⁶, el simple desacato del fallo genera de por sí ya no una mala percepción sino graves consecuencias diplomáticas, más aún cuando la excusa es que el derecho interno no lo permite (teniendo en cuenta que, como se estudió, esta premisa no tiene ningún valor).

Queda entonces por examinar qué gana Colombia, pues diversos sectores del Estado apoyan la decisión. Como contra-argumento, si simplemente se desacata el fallo, existirá la posibilidad de seguir ejerciendo una soberanía (aunque sea disputada y provocadora) sobre el territorio. Sin embargo, sus relaciones diplomáticas se complicarán, su percepción de mala perdedora crecerá, y recibirá sanciones. En ese caso deberá blindarse del Consejo de Seguridad de la ONU, pues si no lo hace le irá muy mal. Para que el Consejo actúe, además de la votación mayoritaria de los miembros no permanentes, es necesario el voto afirmativo de todos los miembros permanentes. Afectadas las relaciones diplomáticas, frente a esto último Colombia deberá actuar maquiavélicamente si quiere no tener serios problemas de bloqueos económicos o militares: obtener al menos el apoyo de Estados Unidos para que éste ejerza su derecho de veto en el Consejo. En el fondo el contra-argumento no tiene conveniencia política ni jurídica porque de igual forma podrá salir un nuevo fallo desfavorable y se habrán complicado ya las relaciones diplomáticas de forma más grave.

A todo lo anterior se le suma además no sólo una actividad meramente pasiva (el desacato del fallo) sino activa. Como se citó anteriormente, Santos presentó una estrategia mediante la cual se declaraba a San Andrés y sus cercanías como “zona contigua integral”. Esto sirvió de base para comenzar una lluvia de patriotismo frente a la zona (más presencia de la administración pública y de las autoridades). Además, el problema práctico del fallo de la Haya fue que el cálculo realizado por ambos gobiernos fue un tanto diferente: Colombia calcula el territorio perdido en 75.000 Km² aproximadamente, Nicaragua lo calcula en más de 90.000. Esto hace que en ese punto de quiebre estén presentes tanto las autoridades colombianas como nicaragüenses, constituyendo además de un punto caliente, un hecho que le permite a Nicaragua presentar como prueba ante la nueva demanda bajo su petición de ampliar su alcance en el mar Caribe. Es muy peligroso, porque históricamente siempre existe la posibilidad de que empiecen actuaciones bélicas en las zonas de disputa, lo cual sería un escenario desastroso.

25 Prensa del Senado, “Congreso colombiano no aceptará modificar límites marítimos del país: presidente Roy Barreras”, *Sitio Web del Senado de la República de Colombia*, [en línea], disponible en: <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/17462-congreso-colombiano-no-aceptara-modificar-limites-maritimos-del-pais-presidente-roy-barreras>, consulta: 6 de abril de 2016.

26 Asociación Primero Colombia, “Competencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Sitio Web de Álvaro Uribe Vélez*, [en línea], disponible en: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/competencia-de-la-corte-internacional-de-justicia>, consulta: 6 de abril de 2016.



La pregunta de por qué entonces se están realizando estas últimas actividades es tanto una cuestión de orden interno como externo: de orden interno, porque como mucha gente no entiende simplemente por qué se perdió tanto mar de un solo tijeretazo, todos se alzan patrióticamente en contra del fallo y al gobierno no le queda más solución que desacatarlo (si pretende mantener una imagen si quiera positiva de su mandato); y de orden externo, porque en la práctica sus actuaciones pueden constituir actos plenos de soberano que le permita a Colombia demostrar su plena soberanía sobre terrenos que en este momento siguen en disputa, so pena de complicar sus relaciones diplomáticas y comprometer el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esto es contradictorio e inocuo puesto que si Colombia no comparece ante la Haya, aun así ejerza presión política mediante actos soberanos, muy dudosamente podrá probar sus actos “a título de soberano” como sería el caso para la aplicación de la figura de las *Effectivités*.

Como lo afirmó la Revista Semana, opinión totalmente acertada, frente a esto se puede concluir que “en un país como Colombia, donde el cumplimiento de las leyes sigue siendo una tarea pendiente por consolidar, no sería el mejor ejemplo que la cabeza del Estado termine desacatando el fallo de la Corte Internacional de Justicia”²⁷.

Conclusiones

El escenario internacional es como un juego con reglas dadas por los mismos jugadores, y en donde usualmente puede ocurrir una que otra “trampa”. Incluso si esta “trampa” está o no adecuada en las mismas reglas que dieron los jugadores, constituiría una especie de “juego sucio” en el que el jugador sólo busca defender sus propios intereses, comprometiendo así su percepción frente a los otros jugadores. Colombia se encuentra en este panorama.

Los procesos ante la CIJ duran tanto tiempo que todos olvidan realmente las consecuencias que pueden ocurrir al respecto. Nadie sabía con seguridad que se podría quitar tanto mar, y esta expresión se vio reflejada, como lo relata la Revista Semana, en el rostro de los líderes sanandresanos que reflejaban todo el drama mientras se daba lectura a la nueva delimitación²⁸.

27 Redacción nacional Revista Semana, “Y si se desacata el fallo de la CIJ...”, *Sitio Web de Revista Semana*, [en línea] disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/desacata-fallo-cij/268351-3>, consulta: 6 de abril de 2016.

28 Redacción nacional Revista Semana, “Colombia y Nicaragua: un fallo difícil de tragar”, *Sitio Web de Revista Semana*, [en línea] disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-nicaragua-fallo-dificil-tragar/268391-3>, consulta: 6 de abril de 2016.



Lo que se desprende de todo esto es que Colombia tiene que entender que no puede llorar sobre la leche derramada, como dice el refrán. La solución se basa entonces en una cosa: su actuación debe estar encaminada al respeto de las obligaciones internacionales como un Estado respetuoso de la normatividad internacional. Si la intención es querer guardar el resto de mar que queda, la solución no será nunca simplemente desacatar las obligaciones y no comparecer ante un juez que tiene la posibilidad de quitar todavía más. Es exactamente el mismo escenario de antes: nadie esperaba que de un solo tijeretazo se quitara tanto, por ende, no debería sorprender que se quite más.

Con todos los argumentos presentados a lo largo de este texto, la solución más adecuada será presentar todo un nuevo debate jurídico en la nueva demanda que Nicaragua ha interpuesto. Hacer todo lo posible, una vez más, para demostrar que dicha parte del mar Caribe pertenece a Colombia y que no se trata sólo de cuestiones económicas, sino también ambientales y culturales. Evidentemente por la vía de la presión soberana sólo se lograrán más problemas, e incluso si se obtiene de nuevo un fallo desfavorable es muy probable que se siga haciendo presión en esos puntos. Seguir así sólo sería provocar más y sumergirse en una avalancha de críticas por parte de la comunidad internacional.

Para terminar, es bueno recordar unas palabras de Santos en la alocución que tanto se ha citado: “De nuestra parte, los colombianos pueden estar seguros de que nos vamos a oponer decididamente a las pretensiones expansionistas de Nicaragua ante cualquier instancia internacional, con argumentos técnicos y jurídicos muy sólidos que están listos desde hace tiempo, los cuales, como ustedes comprenderán, no puedo revelar. Y no tengo la menor duda, ¡la menor duda!, de que seremos exitosos en ese esfuerzo. [...] Compatriotas: Pueden estar seguros de que –como Presidente y como colombiano– seguiré protegiendo nuestros derechos. Seguiré protegiendo nuestra soberanía, nuestras islas y nuestros mares –y hasta el último centímetro del territorio nacional– sin desmayar un solo minuto”. Es curioso, porque no se sabe hasta qué punto no comparecer ante la instancia internacional sea un argumento jurídico muy sólido para defenderse de las pretensiones de Nicaragua.

A partir de todo lo expuesto se puede concluir fácilmente que se podría perder más terreno marítimo, y que por ende no parece muy realista la afirmación del Presidente: “*Y no tengo la menor duda, ¡la menor duda!, de que seremos exitosos en ese esfuerzo*”.



Bibliografía

- Acevedo, Domingo E., "Relación entre el derecho internacional y el derecho interno", Sitio Web Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, p. 139, [en línea], disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>, consulta: 6 de abril de 2016.
- Asociación Primero Colombia, "Competencia de la Corte Internacional de Justicia", Sitio Web de Álvaro Uribe Vélez, [en línea], disponible en: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/competencia-de-la-corte-internacional-de-justicia>, consulta: 6 de abril de 2016.
- Carta de las Naciones Unidas, artículos 92-94, 26 de junio de 1945, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>, consulta: 5 de abril de 2016.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículos 27 y 46, 23 de mayo de 1969, [en línea], disponible en: http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf, consulta: 6 de abril de 2016.
- Corte Internacional de Justicia, "Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)", Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 652-674, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>, consulta: 5 de abril de 2016, (T del A.).
- Estatuto de la CIJ, artículo 53, 26 de junio de 1945, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consulta: 6 de abril de 2016.
- Mestre-Lafay, Frédérique, "L'ONU", 19ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 119, (T del A.).
- Ospina Fernández, Guillermo, Régimen general de las obligaciones, 8ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 20.
- Prensa del Senado, "Congreso colombiano no aceptará modificar límites marítimos del país: presidente Roy Barreras", Sitio Web del Senado de la República de Colombia, [en línea], disponible en: <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/17462-congreso-colombiano-no-acceptara-modificar-limites-maritimos-del-pais--presidente-roy-barreras>, consulta: 6 de abril de 2016.
- Presidencia de la República de Colombia, "Colombia presenta su Estrategia Integral frente al fallo de la Haya", Sitio Web de la Presidencia de la República de Colombia, [en línea], disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/cepri/noticias/2013/septiembre/Paginas/20130909_02.aspx, consulta: 6 de abril de 2016.



Protocolo de 1930, 5 de mayo de 1930, [en línea], disponible en: <https://pasaportecolombiano.wordpress.com/2007/12/13/documento-protocolo-de-1930/>, consulta: 4 de abril de 2016.

Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2008, p. 552.

Redacción BBC Mundo, “Corte de la Haya se declara competente en la demanda de Nicaragua contra Colombia”, BBC Mundo, (17 de marzo de 2016), [en línea], disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160317_nicaragua_colombia_corte_haya_competente_bm, consulta: 6 de abril de 2016.

Redacción nacional Revista Semana, “Y si se desacata el fallo de la CIJ...”, Sitio Web de RevistaSemana, [en línea] disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/desacata-fallo-cij/268351-3>, consulta: 6 de abril de 2016.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, artículo 56, 30 de abril de 1948, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>, consulta: 6 de abril de 2016.

Tratado Esguerra-Bárceñas, artículo primero, 24 de marzo de 1928, [en línea], disponible en: <http://sajurin.enriquebolanos.org/vega/docs/1928%20TRATADO%20SOBRE%20CUESTIONES%20TERRITORIALES%20ENTRE%20COLOMBIA%20Y%20NICARAGUA.pdf>, consulta: 4 de abril de 2016.

Vasco, Miguel A., “Adhesión a la Convemar”, *El Comercio*, (30 de Octubre de 2011), [en línea], disponible en: <http://www.elcomercio.com/opinion/adhesion-convemar.html>, consulta: 5 de abril de 2015.

Wallace, Arturo, “El tesoro caribeño que se disputan Colombia y Nicaragua”, *BBC Mundo*, (4 de mayo de 2012), [en línea], disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120503_colombia_nicaragua_la_haya_san_andres_caribe_petroleo_aw.shtml, consulta: 5 de abril de 2015.

EL IMPACTO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DE LA “CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES”

THE REGULATORY IMPACT ON THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM OF THE “CONVENTION ON INTERNATIONAL
TRADE IN ENDANGERED SPECIES OF WILD FAUNA AND FLORA”

✉ Por: ANDREA YEPES GONZÁLEZ*

Fecha de recepción: 11 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2016

Resumen

En este artículo se estudia la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES en adelante), Convención que busca evitar que el comercio desmedido de las diferentes especies de fauna y flora afecte la biodiversidad que necesitamos los seres humanos para sobrevivir. Tiene como propósito identificar los objetivos y estructura de la CITES y determinar si ha tenido o no impacto normativo en el ordenamiento jurídico colombiano, así como un breve estudio de la relación que existe entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

Palabras claves: CITES, fuentes, biodiversidad, arreglos institucionales, medio ambiente.

* Abogada, Universidad EAFIT. Contacto: ayepesg@eafit.edu.co



Abstract

This article examines the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), Convention which seeks to avoid the fact that the uncontrolled trade on species of fauna and flora affects the biodiversity that human beings need to survive. Its main purpose is to identify the objectives and structure of CITES and to determine whether or not the Convention has had a normative impact on the Colombian legal system, as well as a brief study of the relationship between international law and domestic law.

Key words: *CITES, sources, biodiversity, institutional arrangements, environment.*

Introducción

El Derecho internacional mantiene una estrecha relación con el Derecho interno de cada Estado. Esto se evidencia a través del hecho de que es necesario que cada Estado miembro de la comunidad internacional respete los compromisos adquiridos mediante cualquiera de las fuentes de Derecho internacional, y dicho cumplimiento se materializa en gran parte por medio del Derecho interno.

El Derecho internacional ambiental toma importancia en los últimos 40 años debido a los problemas medioambientales a los que se enfrenta el mundo actualmente, este cuenta con numerosas fuentes de derechos y obligaciones, de las cuales emana la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES en adelante) sobre la cual se centrará el presente artículo. Esta fue creada con el fin de proteger a las especies de fauna y flora del comercio desmedido del cual han sido víctimas en los últimos años, con el fin de conservar la biodiversidad tan necesaria para la supervivencia del ser humano.

La Convención no tiene sentido a menos que influya en los ordenamientos internos de los Estados que son parte de esta. Para que las obligaciones que de ella emanan tengan un verdadero impacto en la conservación de la biodiversidad es necesario que los Estados que hacen parte de esta adapten su ordenamiento jurídico para que este sea adecuado a los fines de la Convención, expidiendo las normas pertinentes y creando las instituciones y procesos necesarios para tal fin.

Es por lo anterior que cobra importancia el análisis que se realiza en el presente texto, que tiene como fin determinar el impacto normativo que ha tenido la CITES en el ordenamiento jurídico colombiano. Es necesario advertir que el artículo se limita a estudiar las acciones que



ha realizado el Estado colombiano para adaptar su ordenamiento jurídico a las obligaciones impuestas por la CITES. Escapa al contenido de este estudio el hecho de determinar si existe o no un verdadero cumplimiento de la Convención y de los procedimientos pertinentes por parte de las autoridades designadas, y por tanto tampoco se determina si ha disminuido o no la afectación a la biodiversidad que puede causar el comercio de las diversas especies de fauna y flora a partir del acogimiento de la CITES en Colombia.

Además tiene como fin explicar la relación que existe actualmente entre el Derecho internacional y el Derecho interno, la cual se ve reflejada en la manera en que los diferentes Estados acogen las normas internacionales. Esto cobra importancia ya que la esfera internacional trata asuntos de gran relevancia para todos los individuos que hacen parte de los Estados, por lo cual es fundamental determinar la manera en que se relacionan estos dos ámbitos normativos.

Para cumplir con su objetivo el artículo se divide en dos secciones, en la primera se explica la manera en que se relacionan el Derecho internacional y el Derecho interno, y como los diferentes Estados acogen en su ordenamiento las normas internacionales, para luego centrarse en el Derecho internacional ambiental, sus fuentes y la estructura que se ha adoptado para lograr mayor cumplimiento de las normas que emanan de este. En la segunda sección centramos nuestra atención en la CITES, sus objetivos, estructura y la manera como impone obligaciones sobre los Estados, para más adelante centrarnos en el ordenamiento jurídico colombiano y la manera como este ha acogido las normas que emanan de la CITES.

1. Relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno

El Derecho internacional es una de las ramas en que se divide el Derecho, este se compone de múltiples sub ramas dentro de las cuales se tratan temas como el comercio mundial, los Derechos Humanos, el medio ambiente, entre otros. Busca regular la manera en que los Estados se relacionan entre sí, y las responsabilidades jurídicas que existen entre estos, por esta razón, el Derecho internacional mantiene una relación constante con el Derecho interno de cada Estado. A pesar de ser una de las ramas menos desarrolladas y estudiadas del Derecho, ha tenido una gran expansión durante los últimos años, “la expansión del derecho y la Organizaciones Internacionales es un desarrollo notable de los asuntos mundiales en los pasados 60 años. Un número creciente de ámbitos políticos son actualmente objeto de las instituciones legales intergubernamentales, y un número creciente de actores actualmente se encuentran cubiertos por estas instituciones”¹.

1 Ian Hurd, “Three models of the international rule of law”, *Eidos*, (jul-dic 2015, núm. 23), p. 38, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?sid=1b81d39d-612c->



Uno de los aspectos más importantes que debe tratarse sobre esta rama del Derecho, es la relación que sostiene con el Derecho interno de cada Estado, pues, es en conjunto con las instituciones domésticas que este puede funcionar y tener un verdadero efecto sobre las diferentes esferas en las que opera, así pues, es fundamental que existan mecanismos domésticos que faciliten y promuevan la aplicación del Derecho internacional de manera interna, y es de vital importancia que los actores de cada Estado tengan en cuenta los compromisos adquiridos con la comunidad internacional a la hora de expedir sus normas o de realizar cualquier actuación que pueda ir en contra de estos.

Uno de los objetivos del presente capítulo es explorar la manera en que esta relación entre Derecho internacional y Derecho interno se ha desarrollado y cómo ha ido evolucionando con el paso de los años y determinar si en realidad los actores estatales han tomado consciencia de la importancia que reviste el cumplimiento por parte de los ordenamientos internos de los compromisos internacionales adquiridos por cada Estado.

Particularmente se analiza la manera en que se ha estructurado la rama dedicada al Derecho internacional ambiental, las fuentes de las cuales emanan sus normas, la forma en que se imponen normas dentro de esta y en qué grado estas son tomadas en cuenta dentro de los ordenamientos jurídicos internos, específicamente en Colombia; esto teniendo presente que los asuntos ambientales revisten gran importancia para la comunidad internacional actualmente.

1.1 Acogida de las normas internacionales en el ordenamiento interno

Es importante determinar qué tanto los Estados acogen el Derecho internacional pues, en el ámbito de este último se encuentran sumergidas muchas temáticas que son de vital importancia en la actualidad. En primer lugar, el Derecho internacional puede definirse como aquel que “regula la coexistencia de los Estados así como su mutua cooperación y protege ciertos intereses de la comunidad internacional en su conjunto”,² en esta definición encontramos tres componentes esenciales del Derecho internacional, la soberanía, la cooperación y la solidaridad.

El Derecho internacional es una manera de controlar en cierto grado lo que se hace dentro de un Estado sin ir en contra de su soberanía, “los Estados son libres de adquirir obligaciones

4c17-8cea-5d2938021a4e%40sessionmgr110&vid=0&hid=116&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9z dC1saXZI#AN=108525822&db=a9h, consulta: 8 de noviembre de 2015. (T del A).

2 Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez, Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 81-82.



legales si lo consideran conveniente pero una vez que lo hacen están obligados a cumplirlas”³, lo anterior quiere decir que cada Estado tiene la potestad de decidir si se adhiere a un tratado, a una organización, o de cualquier otra manera adquiere una obligación emanada del Derecho internacional, pero una vez el Estado decidió adquirir dicha obligación, está vinculado por esta y está obligado a cumplirla y a tomar las medidas que sean necesarias dentro de su ordenamiento interno para que esté en consonancia con dicha obligación, lo anterior es así pues es imperativo para el Derecho internacional el hecho de respetar la soberanía de cada Estado.

Lo anterior es fundamental para que el sistema internacional funcione y se basa en los principios de *pacta sunt servanda*⁴ y de la buena fe, estos se incorporan en la mayoría de los tratados como maneras de expresar la obligación que tienen los Estados de cumplir con los compromisos que han adquirido en virtud de los diversos instrumentos del Derecho internacional.

El hecho que un Estado cumpla por lo general con sus compromisos internacionales es visto como un comportamiento apropiado, mientras que un Estado que constantemente viola dichos compromisos es considerado por la comunidad internacional como un Estado peligroso. Lo anterior ocurre porque la conservación del orden internacional, el avance de la globalización e incluso el progreso de la civilización dependen en gran medida del acogimiento y cumplimiento que los Estados le den a los diversos compromisos internacionales adquiridos.

La mencionada dependencia del orden internacional sobre el cumplimiento de las normas se da porque estas últimas son una manera de neutralizar el poder de los Estados y evitar acciones discrecionales que pueden afectar a otros miembros de la comunidad internacional; el Derecho internacional contiene una serie de límites que son aceptados por cada Estado y que buscan asegurar que las relaciones entre los miembros de la comunidad internacional estén guiadas por ciertos principios y normas con el fin de que se presenten el menor número de conflictos posibles y que las relaciones internacionales en lugar de incentivar el conflicto incentiven el desarrollo y el avance de la civilización.

Estas normas pueden dividirse principalmente entre las normas de *hard law* y las de *soft law*. “El término *hard law* en este caso se refiere a las obligaciones legalmente vinculantes que son precisas y que delegan autoridad para interpretar y aplicar la ley”⁵, mientras que

3 I. Hurd, *Op. cit.*, p.39. (T del A)

4 Los acuerdos o pactos que haya entre dos o más partes deben ser cumplidos.

5 Charlotte Ku, Paul F. Diehl, *International law classic and contemporary readings*, 3ª ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2009, p.21. (T del A)



el término *soft law* se refiere a ciertos actos que a pesar de no tener efectos jurídicos vinculantes gozan de cierta eficacia jurídica que deriva de la influencia que tienen por su capacidad de persuasión sobre los diferentes actores de la comunidad internacional.

Sin embargo la división de las diversas normas en estas dos categorías no es una cuestión absoluta, pues existen tres criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la *vinculatoriedad* de estas, estos son “el grado en que las normas son obligatorias, la precisión de esas normas y la delegación de algunas funciones de interpretación, monitoreo e implementación a un tercero [...] cada una de estas dimensiones puede variar de alto a bajo, y cada una puede variar independientemente de las demás”⁶. Por tanto una norma puede considerarse *soft law* pero debe tenerse en cuenta que puede tener diferentes grados de obligatoriedad, precisión y delegación.

Otra cuestión igualmente importante es la determinación de cuándo se presenta incumplimiento de una norma internacional por parte de un Estado. Anteriormente se determinó la importancia del respeto de la soberanía estatal por parte del Derecho internacional, esto, además de la consecuencia enunciada anteriormente según la cual cada Estado es el que decide si se adhiere o no a determinada norma, tiene otra consecuencia y es el hecho de que cada Estado hace sus propias reservas e interpretaciones de las obligaciones que contrae y de la manera como las aplica. Lo anterior hace que sea difícil establecer un criterio universal sobre el cual se determine el cumplimiento o incumplimiento de una obligación internacional, por el contrario es necesario que se determine caso por caso, teniendo en cuenta el Estado del que se trata, la obligación y las circunstancias pertinentes.

A pesar que la cuestión de la aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno debe mirarse para ciertos fines de manera individual para cada Estado, es posible identificar una tendencia hacia la aplicación del Derecho internacional dentro de los ordenamientos jurídicos cada vez mayor, “es innegable que el derecho internacional se está aplicando hoy en Tribunales con mayor frecuencia que en el pasado. Y al hacerlo rara vez cuestionan la explicación teórica de su recurso al derecho internacional”⁷.

Esta creciente aplicación del Derecho internacional en los ordenamientos internos se ve reflejada en el hecho que “el rango de acuerdos internacionales ha crecido rápidamente en

6 Judith L. Goldstein et al., *Legalization and World Politics*, Cambridge, The MIT Press, 2001, p.3, 4. (T del A)

7 G. Ferreira, A. Ferreira-Snyman, “The incorporation of public international law into municipal law and regional law against the background of the dichotomy between monism and dualism”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2014, Vol. 14, núm. 4, p1471, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?sid=5655bf06-e9d9-49e9-bb3c-97d4f73aa26d%40sessionmgr115&vid=0&hid=116&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2I0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=100033585&db=a9h>, consulta: 7 de noviembre de 2015. (T del A)



los últimos 40 años con el desarrollo de reglas que regulan el comportamiento económico, social, ambiental las comunicaciones y los Derechos Humanos”⁸. Además se refleja en las numerosas Organizaciones Internacionales que han surgido y en el crecimiento y desarrollo de órganos de solución de disputas con carácter vinculante.

Otra cuestión importante para determinar la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno y la manera como el primero se integra al segundo tiene que ver con la manera en que cada Estado ve la relación entre estos. Desde una perspectiva clásica del derecho existen dos corrientes, la monista y la dualista; quienes se adscriben a la primera consideran que el Derecho internacional y el Derecho interno son un solo sistema jurídico y por tanto creen que el Derecho internacional se puede aplicar directamente sin necesidad de que se incorpore al Derecho interno. Quienes se adscriben a la segunda consideran que son dos sistemas jurídicos separados y por tanto creen que el Derecho internacional tiene que incorporarse al Derecho interno para poder ser aplicado. Visto desde otra óptica.

“los Derechos estatales conciben la recepción de los tratados básicamente de dos formas: previa transformación mediante un acto formal de producción normativa interna (ley, decreto)-régimen de recepción especial- o mediante su incorporación inmediata desde que el tratado es internacionalmente obligatorio, exigiendo eventualmente el acto material de su publicación oficial –régimen de recepción automática”⁹.

Si centramos la atención en Colombia, encontramos que este ha adoptado un monismo moderado, tal como lo expresa la Corte Constitucional

“La Constitución de 1991 modificó por completo las relaciones entre el derecho internacional y el interno, adoptando un modelo de monismo moderado [...] consiste en admitir que los tratados internacionales deberán ser sometidos a la respectiva aprobación congresional (sic) y control de constitucionalidad, pero que una vez ratificados, entrados en vigencia en el orden internacional y publicados en el Diario Oficial (Ley 7ª de 1944), la norma internacional resulta invocable (sic) ante los jueces y administración pública, sin que se precise reproducir su texto en una ley ordinaria, es decir, no se requiere una nueva ley para convertirse en derecho interno”¹⁰.

Lo anterior requiere ser matizado pues es necesario tener en cuenta que según la Corte en algunos casos se hace necesario expedir una ley ordinaria para poder ejecutar los mandatos de la norma internacional dentro del Estado, especialmente cuando se trata de normas que requieren ser clarificadas para poder ser aplicadas en el ordenamiento interno.

8 C. Ku, P. Diehl, Op. Cit., p. 143. (T del A).

9 Antonio Remiro Brotons, et al., *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 356-357.

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2009.



Además, es importante tener en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano consagra el concepto de bloque de constitucionalidad; este es el conjunto de normas que tienen rango constitucional y al hecho que “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos *supralegales*, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”.¹¹ La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, estableciendo que existen dos tipos de bloque, el bloque en *strictu sensu*, conformado por los principios y normas de valor constitucional, y el bloque en *lato sensu*, conformado por todas las normas, de diversa jerarquía que obran como parámetro para realizar el control de constitucionalidad de la legislación.

Después de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, a pesar que ha sido una tarea difícil y llena de ambigüedades y contradicciones, es posible concluir que hoy en día

“hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente”¹².

Como se evidencia, desde de una perspectiva clásica del derecho, es posible afirmar que Colombia adopta un modelo monista moderado de recepción de las normas internacionales y además consagra la posibilidad de que estas tengan rango constitucional y prevalezcan entonces sobre las normas internas que tengan inferior jerarquía, esto muestra la importancia que se le da a la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno en nuestro ordenamiento y además la gran influencia que pueden tener las normas de Derecho internacional dentro de este.

De lo anterior entendemos que, si actualmente se mira el panorama de manera general es posible concluir que los Estados han tomado consciencia de la importancia que reviste el cumplimiento y la aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento interno, ya

11 Rodrigo Uprimny, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, p. 2.

12 *Ibíd.* p. 34.



sea que, desde una perspectiva clásica del derecho, se adscriban a la corriente monista o dualista de igual manera existen métodos para incorporar dichas normas dentro de los sistemas jurídicos domésticos, esto posiblemente como consecuencia del aumento que se ha dado a nivel internacional de las normas con carácter vinculante, las Organizaciones Internacionales y los órganos de solución de conflictos, es decir, el aumento que se ha dado de las fuentes internacionales especialmente de aquellas que tienen la característica de ser *hard law*. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el grado de cumplimiento de las normas internacionales depende en gran medida del Estado en cuestión y de la norma de la que se trate, ya que algunas cuentan con mecanismos jurídicos con mayor coerción y por tanto se aplican con mayor facilidad dentro de los Estados mientras que otras no cuentan con mecanismos realmente establecidos y desarrollados para determinar el cumplimiento de los Estados de las normas específicas.

Este artículo, en adelante centrará la atención en el Derecho internacional ambiental, al ser una de las ramas más novedosas a nivel teórico y práctico tanto dentro de los Estados como a nivel internacional, por lo cual se hace necesario analizar la manera en que esta está constituida, sus instituciones y la manera en que sus normas se imponen e implementan en los ordenamientos jurídicos internos, especialmente el colombiano.

1.2 Fuentes de Derecho internacional ambiental, su estructura e imposición de normas sobre los ordenamientos internos

El Derecho internacional ambiental es “un compendio de declaraciones, tratados y normas —vinculantes y voluntarias— que se han desarrollado a la par del conocimiento científico y la toma de conciencia del estado actual de nuestro planeta natural”¹³. Es posible afirmar que su historia se divide en tres etapas, la primera es la que se dio antes de la Conferencia de Estocolmo, la segunda es la que se da a partir de la Declaración de Estocolmo en 1972 y la tercera se da a partir de la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro en 1992.

Durante la primera etapa (esto es antes de los años 60) no existía una verdadera conciencia ambiental y por tanto no existía una regulación a nivel internacional sobre temas ambientales, simplemente existían iniciativas aisladas, una de ellas fue la Convención de Londres de 1900 que nunca entró en vigor pues no reunió el número de firmas necesarias, 33 años después se firmó el Convenio de Londres el cual buscaba, al igual que la Convención fallida, proteger la vida silvestre en África. La verdadera conciencia a nivel internacional sobre el tema ambiental se desarrolló en los años 60 cuando los diversos actores de la comunidad

13 Florencia Ortúzar, “El Derecho Internacional Ambiental, Historia e Hitos”, *AIDA Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente*, [en línea], disponible en: <http://www.aida-americanas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>, consulta: 14 de diciembre de 2015.



internacional comenzaron a darse cuenta de las amenazas a las que se enfrentaba el medio ambiente, uno de los hitos que marcaron esta época fue la publicación de libro *Primavera silenciosa*¹⁴ de Rachel Carson, una bióloga estadounidense, que muestra los efectos de los plaguicidas sobre el entorno y el peligro que estos representan para el ser humano.

La segunda etapa se da con la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, de la cual surge la Declaración de Estocolmo en 1972, en esta se reconoce el derecho a un entorno sano y se tienen en cuenta temas como la contaminación, el uso de los recursos hídricos, la deforestación, el cambio climático, los vertidos peligrosos y la disminución de la biodiversidad entre otros. El Principio 21 es uno de los más importantes de la Declaración pues establece "la responsabilidad de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción no causen daños al medio ambiente de otros Estados",¹⁵ además esta estableció el principio de la cooperación, en el cual se reconoce que para enfrentar los desafíos que plantea el ecosistema global es necesario que los diferentes Estados unan fuerzas. Así mismo se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, órgano encargado de velar por los asuntos ambientales a nivel global.

Después de esta Declaración se empezaron a ver cambios a nivel de las legislaciones locales, en algunos Estados se crearon autoridades encargadas de velar por el medio ambiente y se promulgaron normas con este mismo fin. En 1983 se creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo encargada de la relación entre el medio ambiente y desarrollo, fruto de la cual surgió el concepto de desarrollo sostenible. Por último en 1987 se firmó el Protocolo de Montreal, diseñado para proteger la capa de ozono, este cobra importancia pues se puede tomar como ejemplo de lo beneficiosa que puede llegar a ser la cooperación entre los diferentes Estados para la protección del medio ambiente.

La tercera y última etapa se da a partir de la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro, en la cual se buscaba crear nuevos niveles de cooperación entre los diferentes actores de la comunidad internacional, durante esta conferencia se presentaron tres instrumentos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Declaración de Rio, en esta última se reafirmó la Declaración de Estocolmo y se promulgó la Agenda 21, durante esta el principal tema fue el desarrollo sostenible.

A partir de la Declaración de Rio el tema medioambiental ha tomado más importancia a nivel global, materializándose en la inclusión de la protección del medio ambiente en los diversos tratados económicos; además de la firma de diversos tratados con el fin exclusivo de proteger el medio ambiente y de lograr un desarrollo sostenible a nivel global.

14 *Ibíd.*

15 *Ibíd.*



Es importante resaltar la importancia que ha venido tomando esta rama del Derecho proveniente de las circunstancias en que vivimos actualmente,

“es ampliamente reconocido que el planeta enfrenta un diverso y creciente margen de desafíos ambientales que solo pueden ser abordados a través de la cooperación internacional. La lluvia acida, la disminución del ozono, el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, los desechos y productos tóxicos y peligrosos, la polución de ríos y pérdida de recursos de agua dulce son algunos de los asuntos sobre los que el derecho internacional está llamado a actuar”¹⁶.

Todas estas circunstancias condujeron a que los diversos Estados reconocieran la necesidad de actuar de forma conjunta para solucionar los problemas ambientales a los que se enfrenta el planeta actualmente.

Es posible afirmar que las prioridades ambientales para la comunidad internacional, se dividen en dos categorías, en la primera se identifican prioridades para la protección y conservación de recursos ambientales, dentro de esta se encuentra la protección de la atmósfera, de los recursos naturales, la conservación de la biodiversidad, entre otros. En la segunda categoría se identifican actividades de innovación tecnológica e industrial que se consideran especialmente dañinas para el medio ambiente y por tanto requieren regulación especial, dentro de esta se encuentra la biotecnología, el manejo de desechos tóxicos, las prácticas agrícolas, entre otros.

Después de realizar un breve recorrido por la historia del Derecho internacional del medio ambiente, la importancia que cobra en la actualidad y los asuntos que requieren un trato prioritario, se hace necesario examinar las instituciones por medio de las cuales se busca la mencionada cooperación internacional. Además se debe examinar la imposición de normas y estándares que sean aplicables a los diferentes Estados con el fin de lograr un equilibrio entre el desarrollo industrial y tecnológico y la protección y conservación del medio ambiente.

Según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las fuentes de Derecho internacional son los tratados, la costumbre internacional los principios generales del Derecho y las fuentes subsidiarias donde se incluyen las decisiones de Cortes y Tribunales y la doctrina. Teniendo en cuenta todas las fuentes mencionadas por la Corte y tomando también en cuenta las normas de *soft law* encontramos que existe un amplio panorama de regulación en materia de Derecho internacional ambiental.

Una cuestión importante a señalar es el hecho que no existe en la actualidad una autoridad centralizada que se encargue de los asuntos ambientales, de proferir normas y de asegurar

¹⁶ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^o ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 3 (T del A).



que los Estados y los demás actores de la comunidad internacional cumplan con el amplio esquema de regulación sobre el tema. Esto trae como consecuencia una gran desigualdad entre las obligaciones que tiene cada Estado y cada miembro de la comunidad internacional, pues al no existir una autoridad central, las normas que se han adoptado han formado un sistema complejo de relaciones bilaterales y multilaterales, no existe un estándar al que estén sujetos todos los miembros de la comunidad internacional, de esta manera "las reglas aplicables a cualquier Estado dependerán de los tratados de los cuales este es parte, y los actos de Organizaciones Internacionales y la costumbre entre otras reglas que lo vinculan. Existen disparidades entre países y grupos de países, regiones y sub-regiones y dentro de las regiones y sub-regiones"¹⁷.

Lo anterior influye de igual manera en el grado de cumplimiento que se le da a las normas de Derecho ambiental internacional, pues esta rama no cuenta con un órgano encargado de hacer cumplir las obligaciones que adquieren los Estados, ni con métodos de resolución de conflictos entre los miembros de la comunidad internacional, como si lo tienen otras ramas del Derecho. Como ejemplo puede tomarse el Derecho internacional comercial, el cual cuenta con una autoridad centralizada, a saber la Organización Mundial del Comercio (OMC en adelante) dentro de la cual está constituido un Órgano de Solución de Diferencias con la capacidad de imponer sanciones a los Estados, y con los mecanismos necesarios a su disposición para hacer que estos cumplan con las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de las normas internacionales sobre comercio.

La principal fuente de derechos, obligaciones y compromisos en materia ambiental son los tratados o acuerdos, "la inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas como de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios Tratados"¹⁸. Estos son definidos en el artículo 2 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Dentro del amplio número de tratados que existen en materia ambiental es posible identificar algunos que revisten mayor importancia y que se consideran como tratados de los cuales emanan normas que imponen derechos y obligaciones a los Estados que hacen parte de estos. Dicha importancia depende del asunto que incumbe al tratado, el número

17 *Ibid.*, p. 124 (T del A).

18 Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 153.



de Estados que participan en su negociación, y el rango de aplicación que tenga, entre otras características, dentro de este tipo de tratados se encuentra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Protocolo de Montreal, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES en adelante), entre otros tantos. Es importante resaltar que el número de tratados sobre Derecho ambiental ha incrementado en gran escala a lo largo de los últimos años, lo que muestra la importancia que ha tomado el asunto a nivel global y la importancia de esta fuente dentro del Derecho internacional ambiental.

Aun cuando se han hecho tantos adelantos en materia de regulación en el Derecho internacional ambiental, es evidente la necesidad de crear una autoridad central que se encargue de los asuntos ambientales con el fin de unificar los estándares internacionales en la materia y evitar que haya conflictos entre las normas por la manera en que se adoptan, ya que al no existir un ente centralizado, no hay coherencia en las obligaciones que tiene un Estado respecto de otro, ya que existe “una enorme variedad de instituciones que involucran muchos actores diferentes y escalas geográficas [...] existen cientos (si no miles) de instituciones a nivel global, nacional y local”¹⁹ que tratan el asunto del medio ambiente. Además es necesario que haya un órgano específico que se encargue de la solución de los conflictos que se deriven del incumplimiento de normas y compromisos adquiridos en materia ambiental, con el fin de tener una jurisprudencia unificada sobre el tema y brindar una mayor seguridad jurídica a los miembros de la comunidad internacional que tienen algún interés en el tema.

Dada la importancia de los tratados o acuerdos internacionales dentro del Derecho internacional ambiental; se hace necesario desarrollar más a fondo su estructura y la manera en que se imponen obligaciones a los ordenamientos internos por medio de estos. Anteriormente se mencionó que no existía una autoridad central que regulara el Derecho internacional ambiental, sin embargo, existe una práctica que ha ido en aumento en los últimos años

“Desde principios de los 70 se han concluido un número considerable de acuerdos multilaterales en el campo ambiental que establecen un patrón común de arreglos institucionales. El propósito de estos arreglos es desarrollar el contenido normativo del régimen regulatorio establecido en cada acuerdo y supervisar la implementación y cumplimiento del régimen por parte de los Estados”²⁰.

19 Terence C. Halliday, Gregory Shaffer, *Transnational Legal Orders*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 287. (T del A).

20 Robin R. Churchill, Geir Ulfstein, “Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in international Law”, en: *The American Journal of International Law*, (vol.94, núm. 4, octubre de 2000), p.623. (T del A)



Estos arreglos institucionales buscan darle más coherencia al sistema y tener una entidad que controle el cumplimiento de los Estados parte de un tratado de las obligaciones que emanan de este, sin embargo dichos arreglos no tienen la misma estructura que una Organización Internacional, sino que tienen un carácter ad hoc. Generalmente tienen una conferencia o reunión de las partes (COP en adelante por sus siglas en inglés) la cual tiene poderes de decisión, una secretaría y uno o varios cuerpos subsidiarios. Dentro de los tratados que establecen estos arreglos institucionales se encuentran la Convención de Londres, la Convención de Viena, el Protocolo de Montreal y la CITES, entre otros.

Dentro de su estructura, se encuentra como órgano principal la COP, este es un órgano en el cual están representados todos los Estados que son parte del tratado, no tiene una sede permanente, sino que se reúne en diferentes lugares del mundo normalmente una vez al año. La COP tiene diferentes funciones dentro los arreglos institucionales, en primer lugar puede decidir sobre asuntos internos, en segundo lugar "contribuye al desarrollo de nuevas obligaciones sustantivas de las partes al enmendar el acuerdo Multilateral o adoptando nuevos protocolos"²¹ y en tercer lugar supervisa el cumplimiento que le dan las partes a las normas emanadas del acuerdo y las consecuencias del no cumplimiento de estas, por último la COP puede adoptar arreglos con Organizaciones Internacionales o con otros Estados.

Además de la COP existe también la Secretaría, es posible que en el tratado se designe una Secretaría permanente, o que se establezca una provisional para que sea la COP quien tome la decisión final, sin embargo generalmente se hace uso de las Secretarías de las Organizaciones Internacionales existentes. Su principal función es la de proveer servicios para la implementación del acuerdo a la COP, a los cuerpos subsidiarios y a los Estados parte. Por último, dentro de la estructura de los arreglos institucionales se encuentran los Cuerpos Subsidiarios, que pueden ser de tres tipos, el primero tiene un carácter consultivo, el segundo provee asistencia financiera y la transferencia de tecnología y el tercero es responsable de la implementación y cumplimiento del acuerdo, además es posible que se establezcan cuerpos subsidiarios con fines diferentes a los mencionados.

La importancia de estos arreglos institucionales se refleja en la afirmación de que

"el éxito inherente a cualquier esfuerzo de conservación basado en los tratados es una función con tres variables principales, a saber (i) el rango, rigor y corrección de las provisiones sustantivas de los instrumentos legales en cuestión; (ii) la efectividad de la maquinaria para la implementación y ejecución; y (iii) el nivel de participación de los Estados, y, en efecto, otros actores clave"²².

21 *Ibíd.*, p.626. (T del A).

22 Michael Bowman, "Beyond the "Keystone" COPs: The Ecology of Institutional Governance in Conservation



Estos arreglos imponen normas sobre los ordenamientos internos de diferentes maneras, una de ellas es a través de la capacidad que tienen las COP de hacer enmiendas a los anexos de los acuerdos, ya que a través de una enmienda de esta categoría, se puede afectar de manera sustantiva las obligaciones que tienen las partes del tratado. Además dichas enmiendas son vinculantes para todas las partes, a menos que sean objetadas dentro de un determinado periodo de tiempo. Igualmente las COP pueden estar autorizadas en una provisión del acuerdo para crear nuevas reglas relativas a algún tema relevante, reglas que son vinculantes para las partes del tratado; de igual manera pueden estar autorizadas para adoptar medidas que se relacionan con la implementación de las partes de una obligación sustantiva, estas medidas aunque no son estrictamente actos con fuerza de normas tienen cierto contenido normativo. Además de las facultades descritas anteriormente, por lo general en los acuerdos se le da a la COP la capacidad de tomar cualquier acción adicional que se requiera para alcanzar el propósito del acuerdo, esta es una cláusula general, que puede generar controversia por tener un amplio rango de aplicación.

De igual manera, dentro de cada Estado que se hace parte de un tratado internacional del medio ambiente, deben existir entidades encargadas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de este, y que sean las responsables de rendir cuentas a los órganos internacionales encargados de verificar el acogimiento de las normas consagradas en el tratado específico. De esta manera, debe haber siempre cooperación entre las COP o demás órganos de los arreglos institucionales, y las entidades que se encargan del tema dentro de los Estados parte, esto con el fin de lograr que haya coherencia entre las obligaciones que adquiere un Estado a nivel internacional y las normas que se adoptan a nivel interno, con el fin de lograr la conservación del medio ambiente y a la misma vez un desarrollo sostenible dentro de los Estados.

Es posible concluir que, a pesar que en el área de Derecho internacional ambiental no existe una autoridad centralizada que se ocupe de darle coherencia al sistema y de hacer que los Estados cumplan con las obligaciones emanadas de las diferentes fuentes, sí existen los arreglos institucionales, los cuales se crearon con el fin de solucionar dichos problemas, siendo una herramienta para lograr imponer las normas de Derecho internacional ambiental dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, esto porque

Treaty Regime”, *International Community Law Review*, 2013, vol. 15, núm. 1, p.6, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?vid=2&sid=8e598ee3-3393-4f3b-a498-fbd472e69fdd%40sessionmgr114&hid=116&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=86953961&db=a9h>, consulta: 17 de noviembre de 2015. (T del A), subraya de la autora.



“la falta de instituciones apropiadas hace muy difícil el desarrollo y la actualización y adaptación de los acuerdos a las circunstancias cambiantes, lo cual es necesario por dos razones fundamentales: primero, el conocimiento de los problemas ambientales presentes en los acuerdos está en constante expansión. Segundo, cuando se concluye un acuerdo, las partes pueden alcanzar un acuerdo limitado en cuanto a cómo enfrentar el problema ambiental específico; pero a través del tiempo puede emerger un consenso sobre la necesidad de tomar medidas más estrictas”²³.

Este tipo de arreglos le da cierta coherencia al sistema y a pesar de ser un fenómeno poco estudiado, es un gran avance para llegar a la creación de una organización centralizada que se encargue de los asuntos ambientales.

Con el fin de ahondar sobre el tema, se hace necesario delimitar el rango de estudio, por tanto en adelante el artículo se centrará en la CITES, uno de los Tratados que mayor importancia ha cobrado actualmente, pues día a día aumenta la necesidad de proteger la biodiversidad por medio de regulación internacional, ya que con el aumento del comercio a nivel mundial, se ha visto afectada, al haber un drástico aumento del comercio de los diferentes bienes y servicios, entre ellos la fauna y flora silvestre. Por tanto en la sección dos se estudiará la estructura de la CITES, sus objetivos principales y el impacto normativo que esta ha tenido en el ordenamiento jurídico colombiano.

2. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, su estructura y su aplicación en Colombia

En primer lugar es importante anotar que la CITES es “un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos. Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituye una amenaza para su supervivencia”²⁴. Esta entró en vigor el 1 de julio de 1975²⁵ y fue creada debido a la necesidad de proteger a las especies en peligro de extinción ante el aumento del comercio a nivel mundial; sin embargo, es en los últimos años donde se ha visto notablemente la necesidad de la cooperación entre los Estados en este tema, pues

²³ Robin Churchill, *Op. cit.*, p.628. (T del A).

²⁴ CITES, “¿Qué es la CITES?”, *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*, [en línea], disponible en: <https://www.cites.org/esp/disc/what.php>, consulta: 27 de noviembre de 2015.

²⁵ *Ibíd.*



“se estima que anualmente el comercio internacional de vida silvestre se eleva a miles de millones de dólares y afecta a cientos de millones de especímenes de animales y plantas. El comercio es muy diverso, desde los animales y plantas vivas hasta una vasta gama de productos de vida silvestre derivados de los mismos, como los productos alimentarios, los artículos de cuero de animales exóticos, los instrumentos musicales fabricados con madera, la madera, los artículos de recuerdo para los turistas y las medicinas”²⁶.

Debido a este elevado grado de comercio y de otros factores como la destrucción del hábitat de las diferentes especies, muchas de estas se han visto considerablemente reducidas en población, incluso hasta el punto de llegar al borde de la extinción.

Es por lo anterior que cobra importancia el análisis que se pretende hacer con el presente artículo, pues no basta con la expedición de una convención que tenga el fin de proteger a las especies en vía de extinción. Es necesario que los Estados que hacen parte de esta adecuen sus ordenamientos internos de manera que las normas consagradas en la Convención que tienen el fin de proteger a las diferentes especies sean cumplidas a cabalidad y de esta manera en realidad haya un impacto en la conservación de la biodiversidad.

A continuación se hace un análisis en primer lugar de los objetivos que tiene la CITES a nivel global y de la estructura por medio de la cual busca cumplir dichos objetivos, para luego compararla con los arreglos institucionales mencionados en el primer capítulo del presente artículo. En segundo lugar se analiza el ordenamiento colombiano y la manera en que este se ha adecuado a los compromisos adquiridos con la CITES.

2.1 Objetivos de la CITES, su estructura y órganos encargados de ejecutar la Convención

La CITES se crea con el objetivo principal de conservar la biodiversidad y evitar la extinción de las especies de fauna y flora que existen actualmente. Su creación responde a las circunstancias en las que vivimos, en primer lugar el aumento de la población humana ha causado la reducción o pérdida de los hábitats naturales de animales y plantas, además con el aumento del comercio a nivel global, se aumenta a su vez el comercio de las diferentes especies, situación que, de no ser controlada, podría llevar a una disminución drástica de determinada población e incluso a su extinción.

La conservación de la biodiversidad es un tema de gran importancia para la comunidad internacional, esto porque el ser humano depende enteramente de esta para su

26 *Ibíd.*



supervivencia pues muchos de los productos que utilizamos a diario provienen tanto de plantas como de animales. La CITES busca regular el comercio de las diferentes especies a nivel internacional, para evitar que este sea una amenaza para estas ya que

“gran parte de estos productos son consumidos en el país de origen, pero muchos otros son obtenidos o producidos en un lugar y luego comercializados hacia otras partes del mundo. En general, regiones como África, Asia, Centro y Suramérica, son fuentes importantes de ejemplares, productos y derivados de vida silvestre para otras regiones como Europa y Norteamérica”²⁷.

Es por esto que se hace necesario algún tipo de regulación para evitar que el comercio se dé de manera tal que pueda afectar la supervivencia de los animales y plantas.

La relación entre el comercio y el medio ambiente es complicada pues “existen efectos físicos y económicos del comercio sobre el medio ambiente. Por ejemplo el libre comercio tiende a incrementar los niveles económicos, lo cual puede permitir una mayor protección ambiental, pero el comercio de ciertos productos como especies en vía de extinción o desperdicios peligrosos puede contribuir a los daños ambientales”²⁸. Existen posiciones encontradas entre aquellos que defienden como prioridad el medio ambiente y aquellos que consideran que la prioridad debe ser el comercio.

Sin embargo, es innegable que el comercio de ciertos bienes (por ejemplo animales y plantas) puede ser negativo para el medio ambiente, la falta de regulación del comercio internacional en este sentido y las presiones que se derivan del mundo globalizado en que vivimos actualmente, sumado a la disminución de los hábitats naturales de las especies, han causado una gran disminución de la biodiversidad tanto animal como vegetal. De ahí deriva la importancia de una Convención como la CITES, que imponga ciertos estándares al comercio internacional de especies tanto animales como vegetales para garantizar que el comercio se dé de tal manera que no afecte la mencionada biodiversidad. De igual manera es importante que a nivel doméstico se tomen medidas similares, pues no solo es el comercio internacional el que afecta la diversidad, sino también el comercio a nivel interno.

El cumplimiento de una Convención como la CITES cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que “se estima que el comercio internacional de flora y fauna silvestres produce miles

27 Jorge G. Álvarez Romero, Hesiquio Benítez Díaz y Adán Oliveras de Ita, “CITES: UN CONVENIO PARA PROTEGER LAS PLANTAS Y ANIMALES AMENAZADOS POR EL COMERCIO ILEGAL”, *Biodiversitas*, (julio 2003), [en línea], disponible en: www.ibiologia.unam.mx/pdf/directorio/c/cervantes/clases/.../cites.doc, consulta: 9 de diciembre de 2015.

28 Daniel Bethlehem et al., *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 2009, P. 508. (T del A)



de millones de dólares anualmente y está compuesto por cientos de miles de especímenes, entre organismos vivos, partes, productos y derivados. Este comercio rebasa las capacidades de los países y por lo tanto su regulación requiere la cooperación internacional para evitar que sea una amenaza para las especies silvestres”,²⁹ esto quiere decir que un instrumento como la CITES es necesario pues es vital que exista cooperación internacional entre los diversos Estados para lograr que realmente haya una conservación del medio ambiente y de la biodiversidad a nivel global.

De lo anterior podemos concluir que el principal objetivo de la CITES es regular el comercio internacional de especies animales y vegetales, imponiendo ciertas condiciones y medidas de control con el fin de promover la conservación y el aprovechamiento sustentable de la biodiversidad. Además que la importancia de esta radica en las condiciones actuales tanto del comercio como de la biodiversidad, en cuanto el comercio ha aumentado y esto, sumado a otros factores ha causado la disminución de la biodiversidad.

Para cumplir con este objetivo la CITES establece un marco jurídico internacional, imponiendo a los Estados parte la implementación de ciertos procedimientos que deben aplicarse a la hora de la comercialización de las especies que están incluidas en sus apéndices. Esta Convención no prohíbe el comercio internacional de dichas especies sino que lo regula, dependiendo del grado de amenaza de la especie específica, se toman medidas más o menos estrictas.

Las especies que se amparan en esta Convención se dividen en tres apéndices,

“en el Apéndice I se incluyen todas las especies en peligro de extinción. El comercio en especímenes de esas especies se autoriza solamente bajo circunstancias excepcionales, en el Apéndice II se incluyen especies que no se encuentran necesariamente en peligro de extinción, pero cuyo comercio debe controlarse a fin de evitar una utilización incompatible con su supervivencia”³⁰,

En el Apéndice III se incluyen las especies que algunas de las partes quieren conservar y que tienen protección legal dentro de su jurisdicción y por tanto necesitan la cooperación de las demás partes para que el comercio internacional no afecte su población. Las especies que están incluidas en los Apéndices II y III pueden ser comercializadas, simplemente se imponen ciertas condiciones y medidas de control para evitar que se haga de una manera desmedida que amenace su supervivencia.

29 Jorge Álvarez, *Op. Cit.*

30 CITES, “¿Cómo funciona la CITES?”, *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*, [en línea], disponible en: <https://www.cites.org/esp/disc/how.php>, consulta: 9 de diciembre de 2015.



Dichas medidas se manifiestan en un sistema de permisos y certificados que solo se otorgan cuando se cumplen ciertas condiciones. Principalmente se debe asegurar que la operación comercial que se ejecutará con cierta especie no representa un riesgo o amenaza para esta, analizando su situación poblacional.

Cuando se trata de un espécimen incluido en el Apéndice I “se requiere un permiso de importación expedido por la Autoridad Administrativa del Estado de importación”,³¹ el cual solo se expide si el espécimen no será utilizado con fines primordialmente comerciales y si la importación no será perjudicial para su supervivencia, si es un espécimen vivo la Autoridad Científica debe verificar que quien lo recibirá pueda albergarlo y cuidarlo adecuadamente. Además “se requiere un permiso de exportación o un certificado de reexportación expedido por la Autoridad Administrativa del Estado de exportación o reexportación”,³² este permiso solo puede expedirse si el espécimen fue legalmente obtenido, si la operación comercial no será perjudicial para la supervivencia de la especie y se ha expedido previamente un permiso de importación, y el certificado de reexportación solo puede expedirse si el espécimen se importó de acuerdo a la Convención y cuando sea un espécimen vivo si se ha expedido previamente un permiso de importación. Cuando se trata de especímenes vivos se deben transportar de manera que se evite al máximo el riesgo de heridas, deterioro de su salud o maltrato.

Cuando se trata de un espécimen incluido en el Apéndice II “se requiere un permiso de exportación o un certificado de reexportación expedido por la Autoridad Administrativa del Estado de exportación o reexportación”,³³ dicho permiso solo puede expedirse si el espécimen fue legalmente obtenido y si la exportación no será perjudicial para su supervivencia, y el certificado de reexportación solo puede expedirse si el espécimen fue importado de acuerdo con la Convención. Aplica la misma regla anterior cuando se trate de especímenes vivos en cuanto a su transporte. En este caso no se requiere un permiso de importación, excepto si esto se especifica en la legislación nacional del Estado del que se trate.

Cuando se trata de un espécimen incluido en el Apéndice III se requiere un permiso de exportación expedido por la Autoridad Administrativa del Estado que haya incluido la especie en el apéndice, este permiso solo se expide si el espécimen se obtuvo legalmente y cuando se trata de especímenes vivos si se transportan de manera que se reduzca el riesgo de heridas, deterioro de su salud y maltrato. Cuando se exporte de cualquier otro Estado

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*



se requiere un certificado de origen expedido por la Autoridad Administrativa, y cuando se trate de reexportación se requiere un certificado de reexportación expedido por el Estado de reexportación.

De lo anterior entendemos que todas las especies incluidas en los apéndices requieren algún tipo de certificado o permiso para su comercio internacional. Es mediante este sistema que la CITES pretende controlar el comercio de especies y verificar que cuando se dé cumpla con ciertas condiciones que permitan la conservación de las especies, esto lo hace a través de ciertas autoridades que se deben crear dentro de cada Estado que haga parte de la Convención, como se explicará más adelante.

Para cumplir con su objetivo principal la CITES cuenta con una estructura de órganos determinada. Dentro de esta se encuentra como órgano principal la Conferencia de las Partes (COP), además cuenta con un Comité permanente, un Comité de fauna, un Comité de flora y la Secretaría de la CITES.

La COP es el órgano máximo de la Convención, está conformada por todos los Estados miembro, esta se reúne cada dos o tres años con el fin de examinar los progresos que se han dado en cuanto a la conservación de las especies que están incluidas en los apéndices, además para analizar propuestas para enmendar dichos apéndices, examinar los informes presentados por los Estados parte, los Comités y la Secretaría y realizar recomendaciones para mejorar la eficacia de la Convención. Además de la participación de las delegaciones de los Estados parte también pueden acudir observadores, entre los cuales pueden estar los representantes de los Estados que no son partes, algunas Organizaciones Internacionales y organizaciones no gubernamentales que estén interesadas en el tema.

El Comité permanente es un órgano que busca orientar a la Secretaría en la aplicación de la Convención y también supervisa su presupuesto. Además el Comité se encarga de coordinar y supervisar la labor de los Comités y grupos de trabajo y prepara proyectos para presentarlos a la COP. Los miembros de este son representantes de cada una de las regiones geográficas, Asia, Europa, África, América del Norte, América Central, América del Sur y el Caribe y Oceanía, se reúnen normalmente una vez al año y antes y después de cada reunión de la COP.

Los Comités de fauna y flora se crearon con el fin de proporcionar apoyo técnico en la toma de decisiones sobre las especies, teniendo en cuenta que sus miembros deben tener conocimientos biológicos. Entre sus tareas esta proporcionar apoyo científico a la COP y demás órganos de la CITES, examinar periódicamente a las especies para garantizar su adecuada categorización en los apéndices, recomendar medidas coercitivas cuando las especies sean objeto de comercio insostenible, entre otras.



Por último se encuentra la Secretaría, esta es administrada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio ambiente (UNEP por sus siglas en inglés) y se ubica en Ginebra, Suiza. Entre sus funciones se encuentra la de desempeñar un papel de coordinación y asesoramiento en el funcionamiento de la Convención, actuar como depositaria de cierta información, prestar asistencia técnica, entre otras. Además se encarga de distribuir la información entre las partes por lo general mediante notificaciones.

La estructura establecida para cumplir con los objetivos que se trazó la CITES es de aquellas que se mencionaron en el primer capítulo del presente artículo. Se trata de uno de los acuerdos multilaterales que instauraron un patrón común de arreglos institucionales con el fin de desarrollar su contenido y tener un mayor control del cumplimiento de la Convención por parte de los Estados que son parte de esta.

Los órganos que se acaban de describir, y que hacen parte de la estructura de la CITES son los que por regla general se establecen en los arreglos institucionales, ya que cuentan con una COP, una secretaría y uno o varios cuerpos subsidiarios, en este caso el Comité permanente y los Comités de fauna y flora. El hecho de que la CITES haya tomado esta estructura es una gran ventaja tomando en cuenta dos variables, la primera es el hecho que esta estructura está diseñada con el fin de que haya un mayor grado de cumplimiento de los acuerdos por parte de los Estados. La segunda es la necesidad de que el comercio de las diversas especies se haga cumpliendo con los estándares establecidos por la CITES con el fin de conservar la biodiversidad que se ha visto afectada por el volumen de comercio tanto a nivel nacional como internacional que se da en la actualidad, por tanto la estructura adoptada por esta Convención es adecuada para los fines que se persiguen.

Es posible afirmar que “la fuerza de la Convención reside en las distintas fases del acuerdo, que son posibles debido a su estructura y enfoque”³⁴, esto quiere decir que uno de los factores que ha contribuido al mayor y mejor desarrollo de la Convención es la estructura que se adoptó pues

“en la nueva Convención se conjugaban los conceptos de reglamentación del comercio y de conservación que se habían esbozado en acuerdos precedentes, pero de forma innovadora, se estableció la Conferencia de las Partes como órgano de adopción de decisiones encargado de formular recomendaciones y ajustar periódicamente la Convención y sus Apéndices”³⁵.

34 Secretaría CITES, “CITES en el mundo, Boletín Oficial de las Partes”, CITES, [en línea], 3 de marzo de 2003, disponible en: <https://cites.org/esp/news/world/30special.pdf>, consulta: 4 de enero de 2016.

35 *Ibíd.*



Es posible afirmar que esta estructura fue en gran parte la clave del éxito de la Convención y que ha garantizado que la CITES siga adaptándose y haciendo frente a los desafíos que se presentan cada día en cuanto a la conservación de especies, tema que es cambiante debido a la diversidad de factores que pueden influir en dicha conservación. Lo anterior se debe a que gracias a la estructura adoptada se ajustan de manera periódica los procedimientos y se refuerza su estructura interna de Comités y procesos; de esta manera la CITES ha logrado posicionarse como un mecanismo eficaz para la conservación de las especies de fauna y flora que están incluidas en sus apéndices.

Habiendo determinado los órganos principales que componen la estructura de la CITES y la importancia de esta, se hace necesario pasar a analizar los órganos que se encargan de implementarla dentro de cada Estado parte, es importante pues para que la CITES funcione se hace necesario que haya una instrumentación efectiva de sus disposiciones dentro de cada uno de los Estados parte, lo cual, se hace por medio de Autoridades Administrativas y Autoridades Científicas, tema que se desarrollará más a fondo en la segunda parte de la sección como se ve a continuación.

2.2 Autoridades Administrativas y Autoridades Científicas encargadas de darle cumplimiento a la CITES y el impacto normativo de la Convención en Colombia

Además de los órganos mencionados que componen la estructura de la CITES a nivel internacional, dentro del marco de esta cada Estado parte crea Autoridades Administrativas y Autoridades Científicas que operan a nivel nacional. Lo anterior con el fin de que la CITES cumpla verdaderamente con sus objetivos, teniendo en cuenta que para lograr la conservación de la biodiversidad no basta con tener una estructura a nivel internacional, sino que deben existir entidades que se encarguen de darle cumplimiento a los compromisos adquiridos en virtud de la Convención dentro de cada Estado parte, pues solo si cada Estado que hace parte de la Convención se compromete a cumplirla y a proteger la biodiversidad verdaderamente se podrá llegar a cumplir con los objetivos propuestos en esta.

De acuerdo a lo establecido por la CITES “cada Parte en la Convención debe designar una o más Autoridades Administrativas que se encargan de administrar el sistema de concesión de licencias y una o más Autoridades Científicas para prestar asesoramiento acerca de los efectos del comercio sobre la situación de las especies”³⁶.

Específicamente la Autoridad Administrativa

36 CITES, *Op. cit.*



“tiene el mandato de velar por que se cumplan las disposiciones de la Convención con respecto al comercio que se realice con las especies incluidas en los Apéndices. Al desempeñar esta función y con respecto a diversos requisitos, la Autoridad Administrativa deberá recabar el asesoramiento de la Autoridad Científica. La Autoridad Administrativa puede, asimismo, solicitar el asesoramiento de otras instituciones debidamente cualificadas, incluidas las organizaciones regionales”³⁷.

Además es la Autoridad Administrativa de cada Estado la que debe emitir los permisos y certificados que se requieran para efectuar las transacciones comerciales de las diversas especies, igualmente debe presentar los informes sobre el comercio del Estado específico ante la CITES acreditando el cumplimiento de los compromisos que de esta emanan, por tanto esta mantiene un contacto permanente con los diversos órganos que hacen parte de la estructura de la Convención.

Además de las funciones anteriores, esta autoridad cumple otras tantas, sin embargo es importante resaltar que una de las más importantes es la de “conseguir la vinculación y coordinación de las disposiciones de la CITES con la legislación y los programas nacionales de conservación de la vida silvestre, de tal manera que la regulación del comercio internacional repercuta de manera efectiva en la conservación de la especie”³⁸. Función que cobra importancia pues el cumplimiento de la Convención dentro de los diferentes Estados es el presupuesto más importante para lograr que esta tenga impacto en la conservación de la biodiversidad y en la protección de las especies incluidas en los Apéndices.

Las Autoridades Científicas, además de asesorar a la Autoridad Administrativa sobre el efecto que el comercio tiene en las especies, se encargan de revisar las propuestas para enmiendas a los Apéndices que se pueden presentar a la COP, teniendo en cuenta que quienes hacen parte de la Autoridad Científica de determinado Estado deben tener conocimientos especializados en la materia, además pueden apoyarse en asesores que tengan conocimientos específicos dependiendo del asunto del que se trate o consultar grupos de expertos. Además de lo anterior esta autoridad cumple otras funciones como “la promoción de la investigación, la organización de foros y reuniones para el análisis de la situación de las especies CITES y el diseño y actualización de bases de datos con información de las especies CITES”³⁹.

37 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *Informe de la Consulta De Expertos Sobre La Aplicación De Cuestiones Asociadas Con La Inclusión De Especies Acuáticas Explotadas Comercialmente En Los Apéndices De La CITES*, Roma, 25-28 de mayo de 2004, p. 4.

38 J. Álvarez, *Op. Cit.*

39 *Ibíd.*



En suma, la importancia de los órganos anteriormente descritos se basa en que la consecución de los objetivos planteados en la CITES depende de la manera en que esta se implemente en el ámbito nacional. Son los Estados parte de la Convención los que deben tomar las medidas necesarias para que en primer lugar se ejerza una inspección efectiva del cumplimiento de la Convención en las fronteras, aeropuertos y puertos, en segundo lugar deben promover hábitos de conservación de la biodiversidad entre sus habitantes de manera que estos comprendan la manera en la que se debe aprovechar la vida silvestre sin afectar su diversidad natural. Por último se debe llevar a cabo una lucha en contra de las redes de tráfico, identificando a los individuos responsables de la extracción de la vida silvestre y del comercio ilegal de las especies consagradas en la Convención.

Centrando nuestra atención en el Estado colombiano encontramos que con el fin de cumplir con las disposiciones de la Convención se han adoptado diversas normas. En primer lugar es importante anotar que la CITES se adoptó mediante la ley 17 de 1981 “Por la cual se aprueba la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”, suscrita en Washington, D.C. el 3 de marzo de 1973,” y se ratificó el 31 de agosto de 1981. A partir de esto, el Estado colombiano ha expedido diversas normas mediante las cuales se establecen las condiciones necesarias para que el ordenamiento jurídico esté de acuerdo con la Convención.

En primer lugar se hizo necesario que Colombia designara una Autoridad Administrativa, por tanto, mediante el Decreto 1401 del 27 de mayo de 1997 se designó al Ministerio del Medio Ambiente para cumplir con esta tarea, y se establecieron las funciones que debía cumplir, entre las cuales se encuentran

“Establecer el procedimiento para la expedición de los permisos y certificados a que se refiere la Convención CITES, conceder los permisos y certificados a que se refiere la Convención CITES, con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo VI de la Convención, mantener comunicación con la Secretaría de la Convención CITES y con las Partes de la Convención, para asegurar su correcta aplicación en Colombia, preparar conjuntamente con la autoridad científica CITES de Colombia, propuestas para someterlas a consideración de los diferentes órganos propios de la Convención, en especial aquellas relacionadas con la inclusión, exclusión o transferencia de especies en los Apéndices de la misma”,⁴⁰ entre otras.

En virtud de este mandato es el Ministerio del Medio Ambiente el encargado de mantener el contacto con la Secretaría de la CITES con el fin de informar los avances que se hayan

40 Colombia, Presidente de la República, Decretos, Decreto 1401 de 1997 por el cual se designa la Autoridad Administrativa de Colombia ante la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES-, y se determinan sus funciones, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 27 de mayo de 1997, art. 2.



hecho en materia de protección de la biodiversidad y el cumplimiento que se le da a los compromisos adquiridos por el Estado en virtud de la Convención.

En segundo lugar se hizo necesario que se designaran Autoridades Científicas que cooperaran con el Ministerio del Medio Ambiente para lograr un cumplimiento adecuado de los compromisos emanados de la CITES, por tanto se expide el Decreto 1420 del 29 de mayo de 1997, en este se designa

“al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt”; al Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” -INVEMAR-; al Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM-; al Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas “SINCHI”; y el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “John von Neumann”, como Autoridades Científicas de Colombia ante la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES”⁴¹.

Es oportuno aclarar que en el mismo Decreto se estableció que es el Instituto de Recursos Biológicos -Alexander von Humboldt- quien tiene a su cargo la representación de las Autoridades Científicas. Son estas entidades las encargadas de asesorar al Ministerio del Medio Ambiente sobre asuntos técnicos cuando este lo requiera.

Además de las entidades mencionadas se crearon las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR en adelante), estas “son entes corporativos de carácter público (...) encargados por ley de administrar -dentro del área de su jurisdicción- el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y propender por el desarrollo sostenible del país”,⁴² además son quienes ejercen autoridad en los puertos de embarque que estén dentro de su jurisdicción, por lo cual deben tener una relación constante con el Ministerio del Medio Ambiente y rendirle cuentas a este del cumplimiento de sus funciones dentro de cada jurisdicción.

En cumplimiento de sus funciones el Ministerio del Medio Ambiente expidió la Resolución 573 de 1997, mediante la cual se establecen los procedimientos que se deben llevar a cabo para obtener los permisos CITES, es decir, permisos de importación, de exportación o de reexportación. Dependiendo del permiso del que se trate y de las circunstancias concretas se lleva a cabo el procedimiento para expedirlo, teniendo siempre en cuenta el texto de la Convención y de la Resolución mencionada.

41 Colombia, Presidente de la República, Decretos, Decreto 1420 de 1997 por el cual se designan las Autoridades Científicas de Colombia ante la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES-, y se determinan sus funciones, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 29 de mayo de 1997, art. 1.

42 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, “Corporaciones Autónomas Regionales”, *MINAMBIENTE*, [en línea], disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=885:plantilla-areas-planeacion-y-seguimiento-33>, consulta: 6 de enero de 2016.



Es posible encontrar dentro del ordenamiento colombiano otras normas que están dirigidas a la protección de la biodiversidad y al cumplimiento de la CITES, dentro de estas puede destacarse la Resolución 383 de 2010 mediante la cual se declaran cuales especies dentro del territorio nacional se consideran como especies amenazadas. Esta fue corregida en la Resolución 2210 de 2010 y finalmente derogada por la Resolución 192 de 2014 donde se actualiza el listado de especies amenazadas, esto en virtud de la recomendación de incluir nuevas especies a la lista hecha por el Comité Coordinador de Categorización de Especies Silvestres Amenazadas⁴³.

Además de las Resoluciones mencionadas se han creado diversas iniciativas como el Programa Nacional para el Manejo y Conservación de manatíes en Colombia y el Programa Nacional para la Conservación del Cóndor Andino en Colombia, mediante los cuales se busca el desarrollo de estrategias para la protección específica de ciertas especies mediante la participación de los diversos actores de la sociedad que pueden tener interés o conocimiento del tema. Dentro de estas también se encuentra la Iniciativa Global por los Arrecifes de Coral, a la cual se integró el Ministerio de Ambiente logrando que se incluyeran tres nuevas especies a los Apéndices de la CITES.

De acuerdo con las normas expedidas por el Estado colombiano con el fin de cumplir sus compromisos con la CITES existen actualmente dos tipos de trámites para obtener un permiso CITES “si se trata de permisos con fines comerciales, la emisión es administrada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE)⁴⁴ del Ministerio de Comercio Industria y Turismo (MinCIT)⁴⁵, mientras que “si son permisos con fines no comerciales (Investigación, zoológicos/acuarios, circos, mascotas, artículos personales y trofeos de caza) la emisión se hace en físico a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS)⁴⁶. En ambos casos el permiso debe imprimirse en papel original y es firmado por la Autoridad Administrativa y remitido a la Autoridad Ambiental que tiene jurisdicción en el puerto correspondiente.

Existe actualmente un proyecto que busca fomentar el trabajo conjunto en la región amazónica en cuanto a la emisión electrónica de los permisos CITES, este es impulsado

43 Comité creado por medio de la Resolución 1218 de 2003 “Por la cual se reglamenta la conformación y el funcionamiento del Comité Coordinador de Categorización de Especies Silvestres Amenazadas en el territorio nacional.”

44 Creada por medio del decreto 4149 de 2004 administrada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

45 Colombia, Margarita María Moreno Arocha, *Informe Final: Consultoría de Colombia en la Implementación de Permisos Electrónicos de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites)*.

46 *Ibíd.*



por la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica,⁴⁷ ente que firmó un acuerdo con la Secretaría de la CITES para llevar a cabo el mencionado proyecto que tiene dos componentes fundamentales

“El componente A, orientado a apoyar el desarrollo de capacidades en los Países Miembros de la OTCA que no han implementado (o están en proceso) sistemas de emisión electrónica de permisos CITES (Bolivia, Guyana, Suriname y Venezuela) y el componente B, orientado al desarrollo de un plan regional para la implementación de los sistemas de emisión electrónica de permisos CITES alineados con los procesos nacionales de ventanilla única, conformado por los países que ya operan o tienen en desarrollo un sistema nacional de emisión de permisos electrónicos y que tienen, o aspiran a tener, un portal Ventanilla Única de Comercio Exterior, a través del cual se realiza el trámite de permisos CITES (Brasil, Colombia, Ecuador y Perú)”⁴⁸.

Con este proyecto se busca que exista uniformidad entre los Estados que lo conforman en cuanto al sistema por medio del cual se emiten los permisos CITES, siendo el sistema de permisos electrónicos beneficioso en cuanto a reducción de costos y aumento de la interoperabilidad entre los diversos actores del comercio internacional, al contar con documentos estandarizados y ubicados en un mismo punto.

Lo anterior da cuenta de que no solo se han hecho esfuerzos dentro de Colombia para cumplir con los compromisos CITES; sino que además se han hecho esfuerzos de alcance internacional, buscando mejorar el sistema con el que se cuenta actualmente con el fin de facilitar los trámites tanto para los ciudadanos como para las autoridades encargadas de estos.

Es importante resaltar que “el país ha tenido una participación activa y de apoyo, y se ha desempeñado recientemente como representante sudamericano en el Comité Permanente de la CITES”⁴⁹ además ha presentado de manera oportuna los informes pertinentes a la Secretaría de la CITES y ha “promulgado legislación sobre ordenación de las especies silvestres para dar cumplimiento a las obligaciones y recomendaciones emanadas de dicha Convención”⁵⁰. Lo anterior ha dado como resultado que Colombia haya sido incluida en la Categoría uno de la CITES, lo que da a entender que el Estado ha cumplido de manera general con los compromisos establecidos en esta Convención.

47 Ente internacional encargado de fomentar la conservación y uso sostenible de los recursos naturales teniendo en cuenta el concepto de desarrollo sostenible.

48 M. Moreno, *Op. cit.*

49 OECD/ECLAC (2014), *OECD Environmental Performance Reviews: Colombia 2014*, OECD Publishing, p. 141.

50 *Ibíd.*



Sin embargo hay que tener en cuenta que el control del tráfico ilícito de especies amenazadas es un desafío con gran nivel de dificultad para el estado colombiano, teniendo en cuenta el difícil acceso a las zonas donde abundan las especies de fauna y flora que necesitan protección, hecho que hace compleja la vigilancia y aplicación de las normas emanadas de la CITES en todo el territorio colombiano, situación por la cual, a pesar de los grandes avances que se han dado, aún queda mucho por hacer para lograr una verdadera protección de la biodiversidad dentro del Estado.

Para concluir es posible asegurar que a partir de la vigencia de la CITES se han llevado a cabo numerosos esfuerzos por parte del Estado colombiano para que su ordenamiento jurídico esté de acuerdo con los compromisos adquiridos internacionalmente, creando instituciones y autoridades, expidiendo normas y liderando iniciativas, e incluso adhiriéndose a iniciativas a nivel internacional, sin embargo, es necesario que más allá de un desarrollo normativo se dé un desarrollo a nivel individual, siendo de gran importancia que cada individuo que hace parte del Estado colombiano tome consciencia sobre la importancia de la conservación de la biodiversidad, es en este punto en el que falta mayor desarrollo en Colombia y en el que se debe centrar el Estado colombiano si quiere lograr que haya una mayor conservación de la biodiversidad tan rica que posee.

En este punto se ve reflejada la importancia de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, es posible apreciar como en el Estado colombiano se cumple cada vez más con los compromisos adquiridos a nivel internacional, situación que se refleja en la mayor protección que existe actualmente de las diferentes especies de fauna y flora que habitan en Colombia. Igualmente es importante resaltar que la estructura adoptada por la CITES, y que ha sido adoptada por numerosos acuerdos multilaterales en materia ambiental en los últimos años, ha sido de gran provecho y se ha comprobado que puede ser útil como herramienta para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos adquiridos por parte de los Estados si se toma como ejemplo el desarrollo que ha tenido la protección de la biodiversidad en Colombia y el cumplimiento por parte de esta con los compromisos adquiridos en virtud de la CITES.

Es posible afirmar que la CITES ha tenido cierto grado de impacto normativo en Colombia teniendo en cuenta las normas que se han expedido y el acogimiento de estas por parte de las diferentes autoridades, sin embargo, aun existen numerosos problemas como el difícil acceso a las zonas donde habitan las especies, que afectan de cierta manera la aplicación de dichas normas y el cumplimiento de los compromisos CITES por parte de las autoridades designadas para esto. Se resalta que escapa a el tema de este artículo determinar si verdaderamente se ha disminuido el comercio de especies que afecte su población, pues como se explicó, para lograr la conservación de la biodiversidad no solo es necesario un cambio a nivel normativo, sino también a nivel de consciencia de cada individuo que hace parte del Estado colombiano.



Conclusiones

En primer lugar es posible concluir que a lo largo de los últimos años los Estados han tomado consciencia, cada vez más, de la importancia que reviste el cumplimiento y aplicación de las diferentes normas internacionales en los ordenamientos jurídicos internos. Esto posiblemente se debe al avance que se ha dado en el plano normativo internacional gracias al mayor número de normas con carácter vinculante, Organizaciones Internacionales y órganos de solución de conflictos, y a los temas que hacen parte de la esfera internacional, que son en principio temas de interés mundial, que afectan de gran manera a los diferentes Estados y a los individuos que hacen parte de ellos y por ende merecen ser tenidos en cuenta por estos.

Sin embargo, es necesario anotar que el grado de cumplimiento de las normas internacionales no es un asunto que se pueda generalizar. Depende en gran medida del Estado y de la norma de que se trate, ya que algunas cuentan con mecanismos jurídicos con mayor nivel de coerción, por lo cual se aplican con mayor facilidad dentro de los Estados mientras que otras normas carecen de estos mecanismos, o no están completamente desarrollados lo que hace más difícil su aplicación dentro de un Estado específico.

En segundo lugar, centrando la atención en el Derecho internacional ambiental, se puede concluir que esta rama cuenta con numerosas fuentes; no obstante, no existe una autoridad centralizada que se ocupe de darle coherencia al sistema y de hacer que los Estados cumplan con las obligaciones que emanan de dichas fuentes. Este es un claro ejemplo de las diferencias que pueden existir entre las diversas ramas de Derecho internacional, en este caso, al no existir una entidad centralizada las normas ambientales no tendrían en principio un mecanismo jurídico coercitivo que obligara a los Estados a cumplirlas.

Con todo, encontramos que existe la figura de los arreglos institucionales, los cuales se crearon con el fin de ser una herramienta para imponer las normas de Derecho internacional ambiental dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Estos le dan cierto grado de coherencia al sistema y a pesar de ser un fenómeno poco estudiado constituyen un gran avance para llegar a la creación de una autoridad centralizada que se encargue de los asuntos ambientales a nivel global.

Además encontramos que la CITES es una de las convenciones que ha tomado la estructura de arreglo institucional, esto con el fin de cumplir su objetivo de conservar la biodiversidad y evitar la extinción de las especies de fauna y flora que existen actualmente. Esta estructura ha sido uno de los factores que ha contribuido a que haya un mayor grado de cumplimiento de la Convención en los Estados parte, ya que los órganos que hacen parte de esta fueron



diseñados para hacer frente a los desafíos que se presentan cada día en cuanto a la conservación de especies. Ya que el tema es cambiante debido a la diversidad de factores que pueden influir en dicha conservación, la estructura adoptada es útil pues se ajustan de manera periódica los procedimientos y se refuerza la estructura interna.

Por último es necesario aclarar que escapa al tema de la investigación determinar si en realidad ha aumentado la protección de la biodiversidad en contra del comercio desmedido de especies animales y vegetales que se presenta en el mundo globalizado en que vivimos actualmente. No solo es necesario que se dé un cambio a nivel normativo, sino también en la consciencia de cada individuo que hace parte del Estado para lograr un verdadero impacto en la conservación de la biodiversidad; empero a partir de la investigación es posible afirmar que la CITES ha tenido un cierto grado de impacto normativo en Colombia.

Encontramos que a partir de la vigencia de la CITES el Estado colombiano ha realizado acciones para que su ordenamiento jurídico esté de acuerdo con los compromisos que emanan de la Convención. Esto se ve reflejado en la creación de instituciones, autoridades y procedimientos, además en el hecho de que el Estado lidera diversas iniciativas para la protección de la biodiversidad y se adhiere a otras cuantas que existen a nivel internacional.

No obstante esto no es suficiente para proteger a las especies de fauna y flora que se encuentran en peligro, existe un desarrollo normativo en la medida en que se han creado autoridades y procedimientos; sin embargo, es importante que dichas autoridades cumplan en realidad con sus funciones y dichos procedimientos sean verdaderamente cumplidos, análisis que escapa a la investigación objeto del presente texto. Además es fundamental que cada individuo que hace parte del Estado colombiano tome consciencia sobre la trascendencia de la conservación de la biodiversidad, punto en el cual falta un mayor desarrollo en Colombia y en el que debe trabajar el Estado colombiano para lograr una mayor protección de las diferentes especies de fauna y flora que habitan en su territorio.

En este punto es posible apreciar como se refleja la importancia de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, pues el Estado colombiano cumple cada vez más con los compromisos que adquiere a nivel internacional. Lo anterior se manifiesta en este caso en la mayor protección a nivel normativo que existe actualmente de las especies de fauna y flora que habitan en el Estado. Sin embargo queda el interrogante de si en realidad las medidas que ha tomado el Estado han causado la disminución en el comercio de las especies amenazadas y por tanto han aumentado sus posibilidades de supervivencia y su calidad de vida.



Bibliografía

- Álvarez, Romero Jorge G., Benítez Díaz Hesiquio y Oliveras de Ita Adán, “CITES: Un Convenio Para Proteger Las Plantas Y Animales Amenazados Por El Comercio Ilegal”, *Biodiversitas*, (julio 2003), [en línea], disponible en: www.ibiologia.unam.mx/pdf/directorio/c/cervantes/clases/.../cites.doc, consulta: 9 de diciembre de 2015.
- Bethlehem Daniel et al., *The Oxford handbook of International Trade Law*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 2009, P. 508 (T del A).
- Bowman, Michael, “Beyond the “Keystone” COPs: The Ecology of Institutional Governance in Conservation Treaty Regime”, *International Community Law Review*, (2013, vol. 15, núm. 1), p.6, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?vid=2&sid=8e598ee3-3393-4f3b-a498-fbd472e69fdd%40sessionmgr114&hid=116&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZI#AN=86953961&db=a9h>, consulta: 17 de noviembre de 2015 (T del A).
- Churchill, Robin R., Ulfstein Geir, “Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in international Law”, en: *The American Journal of International Law*, (vol.94, núm. 4, octubre de 2000), p.623 (T del A).
- CITES, “¿Qué es la CITES?”, *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*, [en línea], disponible en: <https://www.cites.org/esp/disc/what.php>, consulta: 27 de noviembre de 2015.
- CITES, “¿Cómo funciona la CITES?”, *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*, [en línea], disponible en: <https://www.cites.org/esp/disc/how.php>, consulta: 9 de diciembre de 2015.
- Colombia, Margarita María Moreno Arocha, *Informe Final: Consultoría De Colombia En La Implementación De Permisos Electrónicos De La Convención Sobre El Comercio Internacional De Especies Amenazadas De Fauna Y Flora Silvestres (Cites)*.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2009.
- Colombia, Presidente de la República, Decretos, Decreto 1401 de 1997 por el cual se designa la Autoridad Administrativa de Colombia ante la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES-, y se determinan sus funciones, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 27 de mayo de 1997, art. 2.
- Colombia, Presidente de la República, Decretos, Decreto 1420 de 1997 por el cual se designan las Autoridades Científicas de Colombia ante la Convención sobre el Comercio



Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES-, y se determinan sus funciones, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 29 de mayo de 1997, art. 1.

Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 153.

Ferreira G., Ferreira-Snyman A., “The incorporation of public international law into municipal law and regional law against the background of the dichotomy between monism and dualism”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, (2014, Vol. 14, núm. 4), p1471, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?sid=5655bf06-e9d9-49e9-bb3c-97d4f73aa26d%40sessionmgr115&vid=0&hid=116&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZI#AN=100033585&db=a9h>, consulta: 7 de noviembre de 2015 (T del A).

Goldstein, Judith L., et al., *Legalization and World Politics*, Cambridge, The MIT Press, 2001, pp. 3, 4 (T del A).

González, Campos Julio D., Sánchez Rodríguez Luis I., Sáenz de Santa María Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 81-82.

Halliday, Terence C., Shaffer Gregory, *Transnational Legal Orders*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 287 (T del A).

Hurd, Ian, “Three models of the international rule of law”, *Eidos*, (jul-dic 2015, núm. 23), p. 38, [en línea], disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/detail/detail?sid=1b81d39d-612c-4c17-8cea-5d2938021a4e%40sessionmgr110&vid=0&hid=116&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZI#AN=108525822&db=a9h>, consulta: 8 de noviembre de 2015 (T del A).

Ku, Charlotte, Diehl Paul F., *International law classic and contemporary readings*, 3ª ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2009, p. 21 (T del A).

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, “Corporaciones Autónomas Regionales”, *MINAMBIENTE*, [en línea], disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=885:plantilla-areas-planeacion-y-seguimiento-33>, consulta: 6 de enero de 2016.

OECD/ECLAC (2014), *OECD Environmental Performance Reviews: Colombia 2014*, OECD Publishing, p. 141.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *Informe de la Consulta de Expertos sobre la Aplicación de Cuestiones Asociadas con la Inclusión de Especies Acuáticas Explotadas Comercialmente en los Apéndices de la CITES*, Roma, 25-28 de mayo de 2004, p. 4.



Ortúzar Florencia, "El Derecho Internacional Ambiental, Historia e Hitos", *AIDA Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente*, [en línea], disponible en: <http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>, consulta: 14 de diciembre de 2015.

Remiro Brotóns, Antonio, *et al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 356-357.

Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2º ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 3 (T del A).

Secretaría CITES, "CITES en el mundo, Boletín Oficial de las Partes", CITES, [en línea], 3 de marzo de 2003, disponible en: <https://cites.org/esp/news/world/30special.pdf>, consulta: 4 de enero de 2016.

Uprimny, Rodrigo, "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", p. 2.

EL ARBITRAJE DE LAS INVERSIONES Y SU INFLUENCIA EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE

THE INVESTMENT ARBITRATION AND ITS INFLUENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

✉ Por: MARÍA ISABEL AGUILAR GOEZ* y ALEJANDRO BOTERO URIBE**

Fecha de recepción: 26 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2016

Resumen

El Arbitraje de las Inversiones ha sido concebido como un instrumento que deja a un lado las necesidades de la sociedad civil¹, concebida como “el espacio donde habitan aquellas personas reunidas de manera libre al igual que la serie de relaciones formadas en el ámbito de la familia, la fe, los intereses y la ideología”²; esto se debe a que es un elemento de protección de dos agentes que tienen altos flujos de capital: los Estados y los inversionistas extranjeros. Esta situación no permite que la sociedad civil pueda tener un margen de maniobra ante las decisiones que se tomen dentro del ámbito del arbitraje, las cuales en la mayoría de los casos terminan por afectarlos. Debido a esto, muchos han puesto en duda su legitimidad, pues al ser el Estado una parte dentro del arbitraje, las decisiones que en este se tomen van a afectar a sus habitantes, por lo que no resulta coherente que estos no

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín-Colombia.
Contacto: maguila9@eafit.edu.co.

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín-Colombia.
Contacto: aboter19@eafit.edu.co.

1 Cecilia Olivet y Pia Eberhardt, “La industria del arbitraje de las inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia”, *The Transnational Institute*, [en línea], (6 de septiembre de 2013), disponible en: <https://www.tni.org/en/node/12277>, consulta: 1 de octubre de 2015.

2 Michael Walzer, *Toward a Global Civil Society*, 2.a ed., Estados Unidos, Berghman, 1998.

tengan presencia dentro de la toma de decisiones que se lleva a cabo dentro del proceso arbitral³. Un estudio que se limite únicamente a estudiar el derecho de las inversiones de manera formal, puede dar como resultado que los casos sean decididos sin tener en cuenta otro tipo de circunstancias de gran trascendencia. El presente escrito pretende plantear una serie de medidas que podrían implementarse en el ámbito del derecho de las inversiones para lograr que esta figura sea efectivamente una herramienta para el desarrollo.

Palabras claves: *inversión, extranjera, desarrollo, sostenible, arbitraje.*

Abstract

The investment arbitration has been conceived as an instrument that does not take into account the necessities of the civil society,⁴ understood as “the space for uncoerced human association and also the set of relational networks – formed for the sake of family, faith, interest and ideology – that fills this space”.⁵ This situation is caused by the fact that the investment arbitration is a system created to protect two high-income agents: States and foreign investors, excluding the rest of them, even in the cases that the decision affects them. Some people have questioned the legitimacy of these settlement of dispute mechanisms, alleging the exclusion of the civil society from a process that involves a party that should guarantee its well-being: The State⁶. In this way, a formal analysis about the foreign investment law can favour the interests of the foreign investors without taking into account other circumstances that merit to be considered. Seeking to solve this situation, this text pretends to show a series of different ways to analyse the foreign investment law, so it can be used as a way of supporting sustainable development.

Key words: *investment, foreign, development, sustainable, arbitration.*

3 Peter Muchlinsky, “Policij Issues”, en: Peter Muchlinsky, Federico Ortino y Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Estados Unidos, Oxford University, 2008, p. 5.

4 C. Olivet y P. Eberhardt, *Op. cit.*

5 M. Walzer, *Op. cit.*

6 P. Muchlinsky, *Op. cit.*, p. 5.



Introducción

Antes de que nada es preciso definir que es el arbitraje de las inversiones y su relación con el derecho internacional económico, y una vez claro esto se abordará la cuestión de por qué el arbitraje de las inversiones es importante para el desarrollo desde una perspectiva general; posteriormente se tratarán temas específicos de cómo contribuye esta institución en la corrupción y la rivalidad de los derechos de los inversionistas frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De la misma manera, se analizará cómo la regulación de las actividades de las empresas en todos sus ámbitos puede prevenir de una manera u otra el uso de este mecanismo de solución de controversias. Asimismo se expondrá cómo mediante instituciones jurídicas como la culpa contributiva o la denegación de beneficios se puede retornar el balance en la relación Estado-inversionista. Finalmente, se hará un acercamiento casuístico que dé cuenta del análisis que se hace a lo largo de todo el presente artículo.

1. El Arbitraje de las Inversiones y el Derecho Internacional Económico

El Arbitraje de las Inversiones (AI en adelante) ha sido una herramienta útil en la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión. En este orden de ideas, su utilidad se traduce en la posibilidad que tiene ese inversor extranjero de salirse de la jurisdicción de un Estado y trasladar esa competencia a un sujeto que se aprecia completamente imparcial, que será quien resuelva la controversia entre estos dos agentes. Esto se traduce en la confianza inversionista de un determinado territorio, especialmente ante la presencia de un mecanismo que evita la extralimitación de las partes.

Esta figura se ubica en el derecho de las inversiones que a su vez se encuentra comprendido en el área del Derecho Internacional Económico (DIE en adelante). El DIE ha sido concebido como el derecho de la globalización⁷, debido a que es el ámbito del derecho que regula los flujos de capitales en el mundo, comprendiendo el derecho internacional de los negocios, el derecho internacional financiero y el derecho internacional de las inversiones.

La división internacional del trabajo es una manifestación del DIE, el cual corresponde al modelo de Estado neoliberal. Este modelo encuentra sus orígenes en las corrientes de renovación del liberalismo desde antes de la Segunda Guerra Mundial. En la obra de

7 Charles Albert Michalet, "Globalisation, attractivité et politique industrielle", *Groupement d'Intérêt Scientifique Pour l'Étude de la Mondialisation et du Développement*, [en línea], 1993, disponible en: http://www.gemdev.org/publications/cahiers/pdf/20/Cah_20_Michalet.pdf, consulta: 1 de octubre de 2015.



Walter Lippmann, “*An inquiry of the principles in a good society*”⁸ se hace un balance sobre el liberalismo y se establecen dos fenómenos que estaban marcando las tendencias económicas de la época: por un lado, los Estados socialistas que en respuesta a los efectos de la implementación del liberalismo estaban organizando la socialización de los medios de producción por medio de una economía dirigida; y por otro lado, los Estados occidentales quienes en reacción a la crisis de la posguerra estaban adoptando medidas proteccionistas. Gracias a la conjugación de estos dos fenómenos, se comenzó a pensar que no era conveniente que el mercado funcionara por sí mismo. Debido a esto, aparece la idea de que el derecho era indispensable para la instauración de mecanismos de mercado, pues el Estado debía ser quien diera las directrices para su funcionamiento.

Esto se puede apreciar en una ponencia que dictó el filósofo francés Louis Rougier en París en 1938, quien introduciendo a Lippmann dice las siguientes palabras⁹:

“ser liberal no es dejar los carros circular en todos los sentidos a su antojo, como lo plantea la Escuela de Manchester (*laissez-faire*), pues generaría congestión y accidentes incesantes, tampoco se trata de fijar a cada carro unas horas de salida, ni un itinerario (como sería el caso de una economía planificada), se trata de imponer un código de ruta”.

El neoliberalismo es la forma de intervención estatal en el mercado, pero de carácter jurídico y formal. Para Michel Foucault,¹⁰ el Estado es un prestatario de reglas para el juego económico. Esto nos lleva a asignarle una tarea específica que para el caso será definida bajo una concepción neoliberal.

El ámbito de la globalización y de las inversiones extranjeras es un espacio de extensión del Estado neoliberal, es por esto que sus características se verán definidas por este. Actualmente se aprecian los siguientes trazos característicos en relación con este fenómeno¹¹:

- La existencia de más de 300 Tratados de Libre Comercio (TLC en adelante) alrededor del mundo y de más de 3000 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI en adelante) que regulan las reglas relativas a este tipo de operaciones, permite apreciar que hay un nivel de intensidad normativa mayor.

8 Walter Lippman, “An enquiry into the principles of the good society”, *Columbia Law Review*, Estados Unidos, vol. 38, 1938, p. 5.

9 Louis Rougier, (s.i.), en Louis Rougier (Presidencia), *Walter Lippman Colloque* Simposio llevado a cabo en París, Francia, 1938.

10 Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, congreso llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil, 1973.

11 Yves Nouvel, *Derecho Internacional Económico*, En Universidad París II: Panthéon-Assa, curso llevado a cabo en París, Francia, 2013.



- La amplia aceptación y adhesión a instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI en adelante) con más de 190 Estados miembros, la Organización Mundial del Comercio (OMC en adelante) con 155 y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIRDI en adelante) con 100 Estados miembros, muestra un aumento de la institucionalización del DIE.
- Con el surgimiento del Acuerdo de Marrakech de 1994 hubo un cambio cualitativo en cuanto a la forma como se concebía la cooperación internacional frente a la globalización, pues de un ámbito de concesiones recíprocas se pasó a una serie de obligaciones que prohíben a los Estados obstaculizar el funcionamiento del mercado.

Las organizaciones internacionales han jugado un rol importante en la promoción del modelo neoliberal. Una manifestación de esto, son los informes *Doing bussiness* del Banco Mundial, donde se examina si las instituciones jurídicas de un Estado son propicias o no para el desarrollo del mercado, de esta forma, éste se clasifica en función de la calidad sus instituciones.

Existen también manifestaciones de imposición por parte de las organizaciones internacionales cuando el Estado se encuentra en riesgo de incumplir con sus obligaciones de deuda. En esta situación, los establecimientos de crédito privado dejan de prestarle dinero, de forma que cuando el Estado acude el FMI para acceder a sus recursos debe presentar una letra de intención explicando cómo va a reformar su economía para devolver su compra de divisas internacionales con su moneda extranjera. Ante esto, el FMI puede acordar la ayuda a cambio de que se introduzcan las mencionadas reformas.

A nivel estatal, la globalización se ha visto favorecida en dos sentidos, el reconocimiento del rol del individuo y la consagración de la función del juez¹².

El reconocimiento del rol del particular se aprecia considerablemente en el dominio del derecho de las inversiones donde los Estado le confieren derechos a los inversionistas extranjeros. Desde un punto de vista teórico, es necesario poner de relieve las teorías de Hayek según las cuales existe un orden espontáneo donde las prácticas son creadas por los mismos agentes. En este orden de ideas, el trabajo del derecho es otorgar reglas que permitan el funcionamiento eficaz de las prácticas espontáneas de los agentes, en este sentido el Estado no determina la finalidad, pues esto lo hacen los particulares¹³.

12 *Ibíd.*

13 Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Reino Unido, Routledge, 1983.



En cuanto a la función del juez, se puede apreciar que el uso de procesos contenciosos se ha desarrollado ampliamente. Esta acción normativa va en el sentido del programa doctrinal neoliberal, en donde Hayek argumenta que es el juez es quien debe crear la regla; hoy nos referimos al árbitro. En este mismo orden de ideas Emmanuel Gaillard, afirma que el árbitro debe tener el poder de establecer soluciones sobre la base de un derecho aplicable que él mismo pueda elaborar como los principios generales del derecho¹⁴, de esta forma se define un árbitro autónomo.

2. El Arbitraje de las Inversiones como un instrumento para el desarrollo

Una inversión es una operación mediante la cual un capital se destina a alguna finalidad con fines de lucro en el extranjero por una larga duración. Esta se caracteriza por:

- Ser un aporte, una contribución o un bien en el territorio de otro Estado.
- Tener una duración que exige que la operación no tenga un carácter instantáneo.
- Ser un riesgo donde la remuneración es incierta.

Cuando existe una diferencia entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero, sustentada en una norma que proteja la inversión, estos últimos pueden resolver su controversia ante la jurisdicción interna del Estado anfitrión, de un Estado tercero, o una jurisdicción internacional. Esta última opción ha sido la más utilizada en el ámbito internacional a través del AI.

Actualmente la vía principal de solución de controversias es de carácter amigable; esta se manifiesta en establecer, ya sea por un TLC o un TBI, una cláusula que obligue a las partes a desplegar sus esfuerzos en la búsqueda de superar sus diferencias por vía de un acuerdo. Desde el punto de vista técnico, las cláusulas pueden estar abarcadas de forma que aseguren la consolidación de la solución del conflicto.

Cuando los tribunales se enfrentan a una solución de conflictos de carácter amigable ejercen un control formal sobre el conflicto, es decir, el análisis que se hace es que los intereses de las partes se ajusten a las normas que regulan la relación (TLC, TBI, convención internacional, ordenamiento jurídico interno, etc.) y con base en estas normas se toma una decisión.

14 Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, (s.l.), Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2008.



El carácter formal del análisis por parte del árbitro, ha sido blanco de controversias pues al ser un mecanismo que enfrenta dos partes con intereses económicos y altos flujos de capital, deja por fuera los intereses de personas con escasos recursos. En otras palabras, el AI, se ha concebido como una herramienta que protege los intereses de las personas con capacidad económica y deja de lado las necesidades sociales, incluyendo dentro de esto la sostenibilidad de los Estados, donde no queda claro cómo se puede tomar una decisión que afecta a millones de personas sin que estas tengan algún margen de maniobra dentro de la toma de tal decisión.

Tal fenómeno se evidencia en la estadística planteada en el Informe Mundial sobre las Inversiones de 2015(WIR 2015 en adelante), que en términos generales muestra que para finales de 2014 el 60% de los casos fueron decididos en favor del inversionista y 40% del Estado. Debido a esta situación, han aparecido diversas propuestas que pretenden usar la inversión extranjera como una herramienta para el desarrollo.

2.1 Una reforma a la gobernanza de la inversión

En el WIR 2015 citado anteriormente, se apunta a una reforma de la gobernanza de la inversión, teniendo en cuenta la cantidad de acuerdos, actores regionales y bilaterales existentes, y los problemas de legitimidad que se han presentado con el arbitraje como uno de los mecanismos de resolución de conflictos. El análisis con respecto a la gobernanza global, se refiere específicamente a 3 tendencias: renovar, reformar y hacerlo de manera gradual.

El presente escrito no pretende asumir una perspectiva reformista radical, sino una gradual acompañada de una mejor utilización de la institución del arbitraje, por medio de: (i) etapas precontractuales acertadas, (ii) inclusión de cláusulas que permitan salvaguardar el derecho a regular en los Estados asuntos de interés general y (iii) una ampliación del espectro de la inversión extranjera en sectores que específicamente promuevan el crecimiento económico y el progreso en el capital humano de manera simultánea. A continuación se explican cada una de ellas:

2.2 Etapas precontractuales acertadas

Previo a la formalización de TBI, es esencial tener una etapa de acercamiento de las partes en donde diversos riesgos puedan ser previstos con el objetivo de evitar múltiples complejidades a lo largo de su relación contractual. Por otro lado, las partes no deben olvidar que si bien los intereses económicos son importantes, los efectos sociales y culturales de una inversión no se pueden ignorar, por lo que habrá ocasiones en donde necesariamente el interés general deberá prevalecer.



Últimamente, ha predominado el pre-establecimiento de acuerdos internacionales de inversión, como una etapa precontractual donde se exponen las ventajas y desventajas de llegar a un futuro acuerdo con un país en específico, en tanto se da cuenta de cuáles sectores están abiertos a una liberalización y cuáles sectores definitivamente no lo están. Los países deben ser claros entonces con aquellos sectores que están reservados, como, por ejemplo, una industria en particular o políticas públicas orientadas hacia subsidios, privatizaciones o simplemente reservas en algún nivel gubernamental como las provincias, municipios etc. Esto no obsta para que los Estados no puedan reconsiderar aquellos sectores que en ámbito de la IED han sido históricamente excluidos; este asunto se ampliará posteriormente.

De esta manera, que el Estado anfitrión haga preacuerdos lo hará más atractivo para los inversionistas y para el Estado de donde proviene la inversión (*home estate*). Estos preacuerdos son una ayuda para apreciar de manera transparente y clara el marco legal o regulatorio. Para esto, es esencial tener un régimen completo de regulación de la inversión, así como una institucionalidad fuerte para así dar una mirada detallada de las regulaciones internas del país anfitrión y considerar en cuáles aspectos pueden entrar a regularse en un futuro¹⁵.

2.3 Salvaguardar el derecho a regular

Existen varios tratados que contienen cláusulas que salvaguardan el derecho a regular. De los 18 TBI consolidados en 2014, hay 14 que contienen cláusulas que establecen expresamente que las partes no pueden dejar de lado asuntos relacionados con la salud, la seguridad o el cuidado del medio ambiente¹⁶. Esta claridad en las cláusulas es buena para las partes, ya que al momento de contratar permite que estas conozcan las implicaciones del contrato y se expongan menos a recurrir a la resolución de una controversia ante un centro arbitral. Asimismo, es importante que el Estado conozca que el acuerdo lo vincula jurídicamente y que si alguna de las cláusulas constituye un actuación como incumplimiento esencial del contrato, las consecuencias pueden ser fatales. Para esto, es necesario que los países receptores o sede de la inversión tengan regulaciones apropiadas para maximizar impactos positivos en el desarrollo, protegiendo el interés general en los sectores política y socialmente vulnerables¹⁷.

15 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *World Investment Report 2015*, Suiza, Naciones Unidas, 2015.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*



2.4 Ampliación del espectro de la inversión extranjera

Tradicionalmente, hay algunos sectores de la economía que se encuentran tácitamente excluidos del espectro de la inversión extranjera, como son la salud, la seguridad social, la educación, el medio ambiente etc. Dichos sectores, que están directamente relacionados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, han sido acaparados de manera histórica dentro de los servicios que presta el Estado. Una opción sería dirigir algunos de estos sectores de la economía a inversionistas extranjeros con la condición de que ellos no dejen de tener presente los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la importancia de orientar cualquier acción hacia estos. En estos casos, el Estado anfitrión, el inversionista y el Estado del que éste proviene, deben examinar e implementar de manera conjunta la inversión en razón de la relevancia social, cultural y ambiental que esto podría llegar a tener.

Si dicha propuesta se realiza de manera diligente, teniendo en cuenta el fin de lucro del inversionista y la promoción del capital humano, se generaría una amplia gama de beneficios tanto económicos como no económicos, incluyendo una mejora en la salud, una mayor expectativa de vida, y la posibilidad de mayor participación en la comunidad¹⁸.

3. El AI como una herramienta para luchar contra la corrupción¹⁹

A nivel mundial se han visto diversas iniciativas para luchar contra la corrupción en el ámbito de las inversiones. Organismos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante), el Centro Nacional de Solución de Controversias de la UNASUR y el Observatorio Internacional de Multinacionales de Ecuador han logrado combatir este fenómeno a través de la excepción de corrupción. Esta última constituye una herramienta que impide que una controversia sea tratada por un tribunal cuando se logra apreciar la presencia de una situación de corrupción por parte del inversionista extranjero.

Dicha figura se puede apreciar en un caso de la Cámara de Comercio Internacional en 1963, donde un árbitro sueco se declaró incompetente frente a una controversia con Argentina. En esta ocasión, el árbitro afirmó que se violaban las buenas costumbres contractuales por lo que las acciones no serían válidas, de manera que el árbitro hizo que cada parte pagara sus costas, y como castigo, no prestó la asistencia del tribunal arbitral.

18 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Human Capital: How What You Know Shapes your Life?*, Francia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

19 Katia Fach, "El arbitraje internacional de las inversiones como acicate en la lucha contra la corrupción", en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



Algunas críticas se han alzado alrededor de la excepción de corrupción: en primer lugar, se cuestiona que sean los mismos agentes de la corrupción quienes la exceptúan, por lo que se cuestiona la legitimidad del resultado, debido a que una de las partes, a pesar de haber sido corrupta se vea beneficiada por la excepción. Ante esta crítica, es importante tener en cuenta que la concepción del Estado no puede ser abarcada de la misma manera que la de un particular (sea una persona o una empresa), por lo que la corrupción por parte del Estado debe tomarse como un acto de un sujeto específico con intereses particulares.

Otro problema que se ha visto de manera repetitiva frente a esta figura es el alto estándar probatorio que se exige al momento de probar la corrupción, situación que ha llevado a que se desestime la pretensión por falta de pruebas (como sucedió en el caso BBVA contra Rumania). Por último, quizás la crítica más fuerte es que no ayuda a erradicar el fenómeno en su totalidad.

Con el fin de hacer que los árbitros busquen la corrupción y obligar a incluir soluciones nacionales anticorrupción, se han planteado las siguientes soluciones:

1. La implementación de normas procesales de amplio margen de maniobra en la fase probatoria para el árbitro.
2. La designación de un perito que ayude a determinar la presencia de corrupción.
3. La prolongación de la fase probatoria para hacer posible probar la corrupción, esto debido al carácter expedito que caracteriza los juicios arbitrales.
4. La admisión de inferencias en el análisis probatorio.
5. La adopción de decisiones tales como la admisión de procesos anticorrupción, la solicitud de una investigación a nivel estatal.
6. La implementación del recurso de nulidad.
7. La inclusión en los tratados de cláusulas anticorrupción.

En relación con este último punto, resulta importante que se impulse a nivel interestatal proyectos como el planteado por el Instituto Nacional para el desarrollo Sostenible de Canadá (Fach, 2009). Se trata del Modelo de Acuerdo Internacional para el Desarrollo Sostenible, que parte del enfoque de que el desarrollo debe venir acompañado de un margen de sostenibilidad. Adicionalmente, en el ámbito de la relación entre el Estado con los inversionistas, parte del deber de ambas partes de no permitir que los Estados transijan sobre intereses importantes al momento de lograr un acuerdo de inversión o de libre comercio, esto implica que las medidas que se tomen no tengan serias repercusiones



a nivel ambiental o de derechos humanos. En cuanto a los inversionistas, el hecho de que el artículo 15 obligue a que estos hagan públicos los pagos realizados a las autoridades estatales, es una herramienta que garantiza un cierto margen de transparencia que puede llegar a servir como una herramienta anticorrupción.

4. La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos²⁰

Las inversiones extranjeras han desarrollado su actividad sin tener presente los derechos humanos, pues normalmente se asume que éstos son un asunto únicamente relegado a los Estados, donde cada particular obedece las normas nacionales.

En este punto, se propone incluir la obligatoriedad de las normas de derechos humanos para las empresas. Esto se lograría por medio de la creación de un ordenamiento jurídico que lleve a que las actividades empresariales no afecten los derechos humanos; se trata de reforzar las instituciones ya existentes y dirigir las de manera específica a la actividad empresarial.

Esto se podría lograr a través de la creación de obligaciones para las empresas por medio de tratados internacionales, haciendo algo parecido a lo que sucede con el derecho internacional humanitario el cual establece obligaciones para todas las partes que se involucran en el conflicto. En este caso, las obligaciones se extenderían para todas las partes que hacen parte de la inversión, asunto que se ha planteado en el Informe Empresarial de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en 2005 donde se incluyen sanciones y controles por parte del Estado en relación con la inversión extranjera.

Dentro de estas obligaciones es importante incluir la abstinencia y la obligación de imponer acciones donde se incluya la debida diligencia empresarial, de manera que se miren consecuencias negativas de la actividad empresarial para evitarlas. De igual forma, es importante que en caso de daño se incluya una obligación de reparar, no solo de indemnizar.

El respeto de derechos humanos no solo podría ser beneficioso para los habitantes de un país sino también para las mismas empresas pues este tipo de actividades a favor de los derechos humanos pueden tener una incidencia positiva para el desarrollo de esta frente a su valoración en la bolsa, su “good will”, la productividad de sus trabajadores y la seguridad en regiones con problemas de orden público.

Si bien actualmente existen algunas herramientas para proteger los derechos humanos ante su vulneración por parte de un inversionista extranjero, estas en su mayoría tienen una

20 Manuel José García y Antonio Varón, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: los Principios Ruggie y su aplicación en Colombia”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



connotación peyorativa, pues apuntan a la obligatoriedad y la vinculatoriedad. Proyectos como el Pacto Global, por su parte, que utiliza la gestión como medio principal para generar cambios económicos, sociales, culturales y ambientales, se expresa necesariamente en la creación de unos principios o reglas de juego que tienen un carácter de *soft law* y que marcan unas pautas bastante útiles y constituyen un comienzo para vincular a las empresas. Sin embargo, desde un sentido estrictamente jurídico, las propuestas expresadas anteriormente dan más seguridad de que las grandes empresas respeten realmente los derechos humanos, en tanto existe un organismo que las haga cumplir o un sistema de sanciones que confirme su cumplimiento. Es muy importante aclarar que la idea no es cambiar el Pacto Global, ya que los objetivos y el método utilizado por este proyecto no traen consigo la creación de este tipo de mecanismos jurídicamente vinculantes.

En el mismo sentido, es bastante positivo tener consolidado un movimiento que ha tenido una gran acogida a nivel mundial y frente al cual se tiene una alta expectativa de que se constituya como una herramienta de monitoreo de las acciones de las empresas, acompañado de una ejecución permanente de los principios que consagra y la cooperación gobierno-sociedad civil para que no sea necesario acudir al castigo.

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE en adelante) es tal vez la institución más importante utilizada por el Pacto Global, que tiene varias áreas de diseño y ejecución de políticas de estado, proyección a la comunidad, proyección a la familia y cumplimiento del régimen legal.

Existe una discusión en torno a su utilidad porque se tiene la percepción de que si no es con enunciados jurídicos vinculantes, difícilmente se lograría generar un cambio. Frente a esto, es necesario diferenciar el contenido de cada norma, decir, lo que regula en sí misma. Es claro que para asuntos que involucren una afectación seria a los derechos humanos o los recursos ambientales, deberían existir normas jurídicamente vinculantes en el sentido clásico de proposición deber ser- consecuencia, que es lo que las hace procesalmente exigibles. Por esta razón, es necesario hacer esa distinción en el contenido de las normas para poder saber si se acomodan más en un tipo o en otro. Cabe aclarar que en este tipo de responsabilidad si se refiere a normas sobre los derechos humanos pero no con una estructura sancionatoria, a parte del lenguaje de estas directrices es de puras recomendaciones. Así las cosas el problema no reside en las normas, la incapacidad sancionatoria del derecho internacional frente a las compañías es porque estas no tienen el carácter de sujetos de derecho internacional, pero esta es otra discusión.

De esta manera es sensato considerar la RSE como una herramienta que puede trabajar de manera paralela con las inversiones para conseguir el desarrollo sostenible, y que bien



ejecutada podría evitar en muchas ocasiones la necesidad de recurrir al AI. Esta premisa nace de un análisis indirecto. Lo que significa esto es que no se pretende caer en una imprecisión teórica en tanto se percibe como un efecto colateral. En otras palabras, si se da la situación fáctica de estos enunciados jurídicos con carácter de *soft law* tal y como son los enunciados de la RSE, éstos sean respetados por las empresas. Esto evitará los efectos prácticos de que un Estado imponga medidas que limiten la actividad de la empresa, en virtud del derecho a regular que tiene él mismo y que esto lleve al incumplimiento del acuerdo TBI, lo cual muy posiblemente finalizaría en un arbitramento.

5. El principio de culpa contributiva y mitigación del daño

Este postulado atiende a que una parte no puede recuperar daños por pérdidas que ella misma pudo haber evitado, dentro del marco de la diligencia media debida. Así las cosas, cuando el resistente puede probar que el pretensionante contribuyó a las pérdidas de las que pide compensación, estas se pueden ver reducidas por la actuación del pretensionante de no mitigar los daños. Tal principio se encuentra en plasmado en diversas fuentes, sin embargo, la definición más clara es la establecida en el artículo 39 del borrador de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Dañinos.

El caso Occidental Vs Ecuador es mundialmente conocido, y en el cual se evidencia la culpa contributiva del inversionista. Aquí el tribunal encontró que la compañía fue expropiada ilegalmente en tanto se les declaró la caducidad de la concesión pero también se logró probar que el pretensionante había contribuido a esa acción en tanto no tenía el consentimiento de Ecuador para transferir algunos derechos. Solo por esa conducta, según lo dispuesto en la ley ecuatoriana, la sanción era la terminación del contrato. Sin embargo según el TBI la expropiación era una medida abiertamente desproporcionada.²¹ Al final, el tribunal decidió reducir en un 25 % los daños causados al inversionista porque el mismo había contribuido o indirectamente provocado la acción del país anfitrión. Una de los árbitros, Brigitte Stern, comenta que la reducción final hecha por el tribunal no es justa en razón de los actos desplegados por el inversionista, una reducción del 50% hubiese sido más apropiada.

Este principio no ha sido muy utilizado en los tribunales arbitrales de inversión, muchas veces porque el tribunal niega su competencia en razón a la violación tan flagrante de las leyes locales. A pesar de esto, la utilidad práctica que resultaría de la debida aplicación

21 Judith Gill y Rishab Gupta, *The principle of Contributory Fault after Yukos*, *Dispute Resolution International*, Reino Unido, vol. 9, 2015, pp. 91 – 184.



de este principio es evidente, en tanto las conductas del inversionista que han sido determinantes en las expropiaciones, tendrán consecuencias peligrosas y la tasación de perjuicios será más justa en la medida en que atiende a los actos negligentes realizados por la parte que reclama los supuestos perjuicios.

Siendo así, se pueden prevenir muchas injusticias, que en vez de ayudar en el proceso de crecimiento del país en desarrollo, podrían retrocederlo. Además este tipo de casos dan cuenta de que los intereses del Estado también son relevantes, que existen garantías para protegerlos, y que no necesariamente este sistema es creado solo para velar por los intereses de los inversionistas.

6. El problema de los derechos de los inversionistas frente a los Derechos Económicos y Sociales²²

Si bien las inversiones extranjeras se conciben como un vía para el desarrollo, se ha criticado el desbalance entre la protección de los derechos culturales y los derechos de los inversionistas. Frente a esto, es importante que se promueva el respeto por los derechos culturales, los cuales deberían ser tenidos en cuenta por los árbitros, al punto que se busque un balance entre los derechos económicos y sociales, y los derechos de los inversionistas. Esto podría ser útil para evitar que las decisiones desconozcan los derechos de las comunidades sobre las cuales incide la inversión.

Algo que podría contribuir a la consolidación de dicho equilibrio, es promover la inversión extranjera en asuntos que tengan relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pues el sector privado puede hacer grandes contribuciones en el sector salud, educación, cambio climático y migración.

Los servicios públicos esenciales, si bien están a cargo del Estado, en algunas ocasiones pueden llegar a ser prestados por particulares por el principio de colaboración que propende por alcanzar los fines propios del Estado Social de Derecho. De esta manera, los inversionistas también podrían llegar contribuir en esta causa, ya que si bien lo que se busca es el crecimiento económico, también hay que buscar el desarrollo del capital humano como en los aspectos de salud, educación y medio ambiente. Es importante tener en cuenta que las políticas de promoción y liberalización en sí mismas no garantizan un

22 Sara Patricia Guzmán y Carlos Andrés Peláez, “El arbitraje internacional de inversiones y sus cuestionamientos frente al art. 11 del Pidesc: fraccionamiento y humanización del derecho económico internacional”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



impacto positivo en el desarrollo por la inversión²³; estas deben ir acompañadas de un trabajo sincronizado de los diferentes actores involucrados.

A manera de ejemplo, si se invierte en el sector salud o en educación, la finalidad en pocas palabras del inversionista sería el lucro, pero si lo hace bajo los requisitos en los que se debe prestar un servicio público esencial, contribuiría al cumplimiento de los objetivos planteados por la Agenda Post 2015. De esta manera, los derechos de los inversionistas y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales podrían entrar en la misma sintonía.

7. La denegación de beneficios para exigir obligaciones a los inversionistas²⁴

En el derecho internacional de las inversiones, los Estados se comprometen a un determinado tratamiento con los inversionistas. Actualmente, hay Estados, que tomando medidas de protección de la población (por ejemplo disminuir el consumo de tabaco), afectan intereses de los inversionistas, y son demandados por éstos ante tribunales de arbitraje, los cuales en muchas ocasiones fallan en contra del Estado. Frente a esto, surge el cuestionamiento de si este tratamiento al que tienen derecho los inversionistas es absoluto, por ejemplo ¿qué tratamiento darle a los inversionistas extranjeros que violentan derechos humanos? De este tipo de situaciones ha surgido una crítica y es que los árbitros de las inversiones muchas veces saben más de derecho comercial internacional que de derecho internacional de las inversiones.

En el derecho internacional de las inversiones, existe una figura llamada la denegación de beneficios, la cual evita que los inversionistas puedan beneficiarse del tratamiento indiferenciado o de tratados de carácter bilateral, incluyendo cláusulas compromisorias, cuando se demuestra una conducta de *treaty shopping*. Esta figura hace referencia al desplazamiento de la empresa de un determinado país a otro para verse beneficiada de los acuerdos comerciales de este país con otros Estados.

La denegación de beneficios es una herramienta útil del derecho de las inversiones que podría servir para obstaculizar abusos por parte de los inversionistas extranjeros en otras situaciones. Ésta podría ser extendida para cuatro casos: la afectación de derechos humanos, el daño ambiental grave, las violaciones sistemáticas a los derechos laborales y

23 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Op. cit.*

24 Daniel Felipe Cristobal García, “La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.



el fraude fiscal. Frente a estas situaciones, aparece una crítica, consistente en la dificultad de probar estos hechos, lo cual se puede superar por medio de investigaciones administrativas.

En la historia se han visto casos en que se utiliza esta figura para los fines propuestos, por ejemplo, en el caso Guaracachi contra Bolivia el tribunal determinó que el Estado es libre de denegar todos los beneficios en caso de abuso del inversionista incluyendo dentro de esto el tratamiento indeterminado, la libertad de transferencias y las cláusulas compromisorias.

En términos jurídicos, la entrada del inversionista al Estado no es más que una oferta abierta que se somete a condición; por solo haber una expectativa, se hace posible denegar beneficios. La carga de la prueba en este caso estaría en cabeza del Estado, y la oportunidad para probar el abuso sería con el traslado de la demanda. No obstante, se critica que esto se podría prestar para abusos por parte del Estado. Por esta razón, se exige que la violación tenga cierta entidad (es decir que sea grave, sistemática, etc.) para introducir un elemento de proporcionalidad.

8. Un acercamiento innovador a la inversión extranjera: El caso de Brasil²⁵

A lo largo del presente texto se han expuesto una gama de posibilidades para hacer el Derecho Internacional de las Inversiones un instrumento que pueda contribuir al desarrollo. El caso de Brasil se desenmarca de la promoción de la inversión extranjera través de la protección al inversionista extranjero y propone un marco que permite prevenir la resolución de disputas y se centra en la cooperación y la facilitación de las inversiones.

Esto se concreta en una serie de tratados llamados Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI en adelante) que se orientan a prevenir la resolución de disputas a través de mecanismos jurisdiccionales o arbitrales, centrándose en la resolución amigable de conflictos. Estos acuerdos han sido ya firmados por países como Angola, Malaui, México y Mozambique.

Un elemento diferencial de estos acuerdos es la presencia de un comité conjunto activo con responsabilidades y competencias amplias. Este comité es quien debe hacer efectivo el acuerdo de inversión, de manera que se encarga de implementar y monitorear los acuerdos del tratado, y de coordinar la cooperación interestatal. Igualmente, sirve como organismo

25 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Martin Dietrich Brauch, "Brazil's innovative approach to international investment law", *International Institute for Sustainable Development*, [en línea], 2015, disponible en: <http://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>, consulta: 1 de octubre de 2015.



de solución de controversias por vía amigable frente a aquellas diferencias generadas por fuera de la actividad de inversión. El caso de Angola permite igualmente el involucramiento de organizaciones no gubernamentales, lo que posibilita que los inversionistas tengan una visión más cercana de las preocupaciones y necesidades de las comunidades en donde la inversión tiene incidencia.

Por otro lado, este tipo de acuerdos dejan de hacer énfasis en la protección al inversionista extranjero y se enfocan en la cooperación y la facilitación de la inversión. Esto no quiere decir que estos acuerdos no contengan cláusulas de protección al inversionista tales como la prohibición de expropiación sin debida remuneración; no obstante, se hace un acercamiento más enfático a la cooperación interestatal, orientándola a facilitar las inversiones bilaterales, en muchos casos enfocándose en sectores económicos concretos donde se encuentra el punto de interés en materia de inversión. Esta facilitación de las inversiones no consiste en estandarizar requisitos y procedimientos legales, sino que se enfoca buscar que la aplicación de las normas de cada Estado optimice la actividad de la inversión extranjera.

En relación con la optimización del desarrollo que conlleva la inversión extranjera, los ACFI hacen énfasis en fomentar conductas responsables por parte de los inversionistas. Este tipo de acuerdos se valen de principios que protegen e incentivan las acciones por parte del inversionista extranjero para impulsar el desarrollo sostenible de la región donde se realiza la inversión. De esta forma, estos principios y estándares se refieren a temas de carácter ambiental, protección de derechos humanos, capacitación de las comunidades, entre otros problemas que se pretendan resolver a través de la inversión extranjera.

Cómo un organismo para evitar que las diferencias ocasionadas en el ámbito de la inversión sean resueltas por mecanismos jurisdiccionales, los ACFI establecen la creación de unos centros de coordinación o agentes quienes brindan apoyo a los inversionistas y contribuyen a evitar las disputas con el Estado. De esta forma, cada Estado se compromete a nombrar un agente autónomo encargado de asistir a los inversionistas extranjeros.

Estos sujetos tienen dos tipos de funciones. En primer lugar asumen un carácter asistencial similar al de las agencias promotoras de inversión, realizando un acompañamiento al inversionista extranjero en la actividad previa a la inversión. Por otro lado, se encargan de investigar quejas hechas por los inversionistas e intentar solucionar conflictos derivados de la inversión extranjera.

Esta figura resulta útil para evitar que las controversias lleguen a mecanismos arbitrales o jurisdiccionales de solución de conflictos. Al establecer estos centros de coordinación,



los ACFI le brindan un carácter de última ratio a los mecanismos de resolución de disputas de carácter arbitral o jurisdiccional, de esta forma, los centros de coordinación deben intentar que las controversias sean resueltas a través de su intermediación, la cual debe ser agotada antes de ir más allá en la solución de la controversia.

Igualmente, se hace un énfasis especial en la relación interestatal para resolver las disputas entre el Estado y el inversionista extranjero. Los Estados de donde provienen los inversionistas resuelven las controversias en nombre de estos; quienes pueden actuar dentro de la solución de la controversia, al igual que lo pueden hacer organizaciones civiles y agencias gubernamentales, sin embargo las partes del litigio son de carácter estatal.

Conclusiones

Desde una perspectiva general, cabe aclarar que el desenvolvimiento de las controversias depende de la situación de cada Estado en particular, donde cada uno debe estudiar y analizar todos los aspectos relacionados con la inversión extranjera y las condiciones específicas de cada territorio con el fin de que se proponga una serie de cambios o reformas adecuadas para cada país²⁶.

Es necesario que de manera multilateral se cambien 5 aspectos de los acuerdos internacionales de inversión para poder llegar a los ODS; estos son (i) la salvaguarda del derecho a regular, (ii) la reforma de los mecanismos de resolución de conflictos de inversiones, (iii) la promoción y la facilitación de la inversión, (iv) el aseguramiento de una inversión responsable y (v) la mejora de la coherencia sistemática del régimen internacional de inversiones²⁷.

El desarrollo de América Latina en los últimos tiempos, ha venido acompañado de una serie de desafíos, entre ellos una mayor presencia de inversionistas extranjeros, y por consiguiente una mayor necesidad del fortalecimiento institucional para lograr que el desarrollo venga acompañado de un aumento en el bienestar general de las personas.

Figuras como la denegación de beneficios, la excepción de corrupción y la aplicación del principio de culpa contributiva son herramientas que necesitan más activismo (tanto en el ámbito interno de los Estados como en el contexto internacional) para lograr que las inversiones se constituyan como un factor efectivo de desarrollo.

26 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Op. cit.*

27 *Ibíd.*



Por su parte, es necesario que los Estados incluyan medidas de compensación de daños o de mejoramiento de las condiciones sociales de las comunidades en los sectores donde se realiza la inversión, de forma que se asegure que la presencia de esta tenga un margen de redistribución e ingresos directo y favorezca a quienes pueden llegar a verse intervenidos por los efectos de la inversión.

Bibliografía

Armitage, Jim, “Big Tobacco put countries on trial as concerns over TTIP deals mount”, The Independent, (21 de octubre de 2014), [en línea], disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/business/analysis-and-features/big-tobacco-puts-countries-on-trial-as-concerns-over-ttip-deals-mount-9807478.html>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie y Martin Dietrich Brauch, “Brazil’s innovative approach to international investment law”, International Institute for Sustainable Development, [en línea], 2015, disponible en: <http://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, World Investment Report 2015, Suiza, Naciones Unidas, 2015.

Fach, Katia, “El arbitraje internacional de las inversiones como acicate en la lucha contra la corrupción”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.

Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, congreso llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil, 1973.

Gaillard, Emmanuel, Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international, (s.l.), Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2008.

García, Daniel Felipe Cristobal, “La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.

García, Manuel José y Antonio Varón, “La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: los Principios Ruggie y su aplicación en Colombia”, en Julián Tole (Moderador), Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia, 2015.



Gill, Judith y Rishab Gupta, *The principle of Contributory Fault after Yukos*, *Dispute Resolution International*, Reino Unido, vol. 9, 2015.

Guzmán, Sara Patricia y Carlos Andrés Peláez, “El arbitraje internacional de inversiones y sus cuestionamientos frente al art. 11 del Pidesc: fraccionamiento y humanización del derecho económico internacional”, en Julián Tole (Moderador), *Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional*, Medellín, Colombia, 2015.

Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*, Reino Unido, Routledge, 1983.

Lippman, Walter, “An enquiry into the principles of the good society”, *Columbia Law Review*, Estados Unidos, vol. 38, 1938.

Michalet, Charles Albert Charles Albert Michalet, “Globalisation, attractivité et politique industrielle”, *Groupement d’Intérêt Scientifique Pour l’Étude de la Mondialisation et du Developement*, [en línea], 1993, disponible en: http://www.gemdev.org/publications/cahiers/pdf/20/Cah_20_Michael.pdf, consulta: 1 de octubre de 2015.

Muchlinsky, Peter, “Policij Issues”, en: Peter Muchlinsky, Federico Ortino y Christoph Schreuer, eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Estados Unidos, Oxford University, 2008.

Nouvel, Yves, *Derecho Internacional Económico*, En Universidad París II: Panthéon-Assa, curso llevado a cabo en París, Francia, 2013.

Olivet, Cecilia y Pia Eberhardt,, , “La industria del arbitraje de las inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia”, *The Transnational Institute*, [en línea], (6 de septiembre de 2013), disponible en: <https://www.tni.org/en/node/12277>, consulta: 1 de octubre de 2015.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Human Capital: How What You Know Shapes your Life?*, Francia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2007.

Rougier, Louis, (s.i.), en Louis Rougier (Presidencia), *Walter Lippman Colloque Simposio* llevado a cabo en París, Francia, 1938.

Walzer, Michael, *Toward a Global Civil Society*, 2.^a ed., Estados Unidos, Berghan, 1998.

LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD ANDINA: A PROPÓSITO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 242-IP-2015 DEL TRIBUNAL ANDINO INCONVENIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN COLOMBIANA

THE TACTILE OR TRADEMARK TEXTURE IN THE ANDEAN COMMUNITY:
ON THE PRELIMINARY RULING 242-IP-2015 OF THE ANDEAN COURT OF JUSTICE

✉ Por: JUAN MANUEL INDACOCHEA JÁUREGUI*

Fecha de recepción: 25 de enero de 2016
Fecha de aprobación: 15 de febrero de 2016

Resumen

El segundo “enclosure of the commons” supone la apropiación gradual de los “informational commons”. La necesidad de mantener ciertos signos disponibles para ser usados por todos los competidores en el mercado afecta de manera particular al sistema de registro constitutivo de derecho de marcas, que frecuentemente debe compensar su inflexibilidad por medio de la figura de la distintividad adquirida o “secondary meaning”. El 24 de agosto de 2015, el Tribunal Andino se pronunció con ocasión de la interpretación prejudicial 242-IP-2015, sobre la marca de textura consistente en la superficie de la botella “Old Parr”¹.

* Master en Derecho de la Propiedad Intelectual en la Economía del Conocimiento por el Centro de Estudios Internacionales de Propiedad Intelectual (CEIPI) de Estrasburgo, Francia. Magister en Derecho internacional y europeo por la Universidad Paris Ouest – Nanterre La Défense, Francia. Egresado de la Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP), Lima, Perú. Colaborador en la elaboración de la interpretación prejudicial 242-IP-2015, objeto del presente artículo. Contacto: jmindacochea@gmail.com.

1 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 242-IP-2015, de 24 de agosto de 2015, Marca: Textura superficie ‘Old Parr’.



La decisión citada es el primer pronunciamiento de un tribunal internacional relativo a una marca táctil, es por ello que la misma comporta un hito en el desarrollo progresivo del derecho de marcas. El presente ensayo explorará los recientes desarrollos en la materia, analizando la aplicación de los criterios de representación gráfica y funcionalidad a este nuevo tipo de marca, así como sus posibles formas de publicación, a la luz de la citada decisión.

Palabras claves: *Derecho de marcas, Derecho de la integración, Distintividad Adquirida, Funcionalidad, Representación gráfica.*

Abstract

The second “enclosure of the commons” involves the gradual appropriation of the “informational commons”. The need to keep certain signs available for use by all competitors in the market, particularly affects the attributive system of registration, which must often compensate their inflexibility by the figure of secondary meaning. In August 24, 2015, the Andean Court ruled during the preliminary interpretation 242-IP-2015, on the tactile trademark consistent in the surface of the bottle “Old Parr”. The aforementioned decision is the first ruling of an international court of justice on a tactile trademark, which is why it behaves a milestone in the progressive development of trademark law. This paper will explore the latest developments in the field, analyzing the application of the criteria of graphic representation and functionality to this new type of Trademark, as well as its possible ways of its publication, in the light of the quoted decision.

Key words: *Trademark Law, Integration Law, Secondary Meaning, Functionality, Fixation.*



Introducción

Existe evidencia del uso temprano de marcas y dispositivos para distinguir productos de un comerciante de los de otro. Marcar esclavos, animales o productos era frecuente en civilizaciones antiguas como la minoica, egipcia, mesopotamia, etrusca y china². Desde la Antigua Roma, donde se produjo una primera expansión del uso de signos distintivos y, probablemente, se emitieron las primeras disposiciones legales sancionadoras respecto a la falsificación de sellos o signos en general³, hasta la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de 2000⁴, e incluso, la Directiva 2008/95/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea de 2008;⁵ se mantenía un concepto de marca limitado a signos “susceptibles de representación gráfica”.

Sin embargo, el derecho debe ser dinámico para poder responder a las necesidades de regulación social que van surgiendo⁶, vale decir, debe ser capaz de adaptarse a la realidad cambiante. La propiedad intelectual no es la excepción, y el derecho de marcas no puede quedarse atrás. Durante todo el siglo XX surgieron nuevos tipos de marcas cuya distintividad fue adquirida mediante el uso (“*secondary meaning*”⁷), como por ejemplo, el rugido del león de la goldwyn mayer, el color violeta de Libertel o la forma de ciertas botellas de marcas notorias.

- 2 Shao, K. “Look at my Sign – Trademarks in China from Antiquity to the Early Modern Times”, en: *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 87, 2005, p. 654; Schechter, F. “The Historical Foundations of the Law Regarding to Trade Marks”, New York, Columbia University Press, 1925, pp. 38-77; Dufield, Graham Dufield y Uma Suthersanen. “Global Intellectual Property Law”, Cheltenham y Northampton, Edwar Elgar, 2008, p. 135.
- 3 La *Lex Cornelia de Falsis*, promulgada el 81 a.C. sancionaba la falsificación de sellos en general (signum adulterio), distinguiendo entre esculpir el cuño (*sculpere*), realizar la falsificación (*facere*) y substraer el sello del cuño (*farlo ed exprimere*).
- 4 Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, entró en vigencia el 1 de diciembre de 2000.
- 5 Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, entró en vigencia el 28 de noviembre de 2008.
- 6 Según Zorraquín Becú: «(...) *El Derecho no es un sistema estático. Precisamente en esto radica la esencia de su historicidad. El Derecho se transforma lenta y paulatinamente a lo largo del tiempo. Nunca ocurre un cambio total. Pero sí podemos contemplar cómo aparecen nuevas leyes, nuevas interpretaciones, nuevas doctrinas, que modifican alguna parte del sistema jurídico o le agregan elementos que no existían (...)*» Ricardo Zorraquín Becú, “Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho”, en: *Estudios de Historia del Derecho*. Tomo III: Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1992, p. 475.
- 7 Figura recogida en el último párrafo del artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina: «No obstante lo previsto en los literales b), e), f), g) y h), un signo podrá ser registrado como marca si quien solicita el registro o su causante lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica».



El desarrollo normativo de la propiedad intelectual siempre estará en la disyuntiva de si beneficiar enfoques que buscan premiar la creatividad o la innovación⁸, proteger al consumidor⁹, cumplir una función social¹⁰, o simplemente, favorecer la competencia evitando la apropiación del dominio público o el denominado “*enclosure of the commons*”¹¹.

Quizá sea esta última perspectiva la más adecuada para el caso de registros de signos de uso común, cuyo uso debe permanecer disponible para todos los competidores del mercado, así como de otros signos consistentes recipientes, empaques o envases con formas de uso común o con características que respondan a una función técnica, un único color sin contornos, una melodía musical conocida o un sabor u olor no arbitrarios. Por ello, es necesario asegurar la disponibilidad de ciertos signos para uso de todos los operadores comerciales de un determinado mercado.

La necesidad de mantener ciertos signos disponibles para ser usados por todos los competidores afecta de manera particular al sistema de registro constitutivo de derecho de marcas, que frecuentemente debe suplir sus deficiencias por medio de la figura de la distintividad adquirida o sobrevenida (“*secondary meaning*”)¹². Ello supone, esencialmente,

8 Walter G. Park, “Intellectual Property Rights and International Innovation”, en: Keith E. Maskus (editor), *Intellectual Property, Growth and Trade*, Oxford, Elsevier, 2008, pp. 289-323.

9 George Yijun Tian, “Consumer Protection and IP Abuse Prevention under the WTO Framework”, en: Jeremy Malcolm (editor), *Consumer’s in the Information Society: Access, Fairness and Representation, Consumers International*, Kuala Lumpur, 2012, pp. 11-52.

10 Christophe Geiger, “The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law”, en: Graeme B. Dinwoodie (editor), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 175: «*Whatever the case, there can be no doubt that a reflection on the social function of intellectual property can show that these rights must under no circumstances be allowed to benefit the few to the detriment of the many, that on the contrary they are closely linked to the interests of society, a fact that ultimately can only contribute to restoring their acceptance*».

11 Según James Boyle, se estaría viviendo un segundo movimiento de apropiación (“*enclosure of the commons*”) consistente en la apropiación gradual de los “*informational commons*”; la primera habría comenzado en el siglo XIV con la apropiación gradual de los bienes comunes de cultivo (“*arable commons*”). Cf. James Boyle. “The Second Enclosure Movement and the construction of the Public Domain”, 2003. Disponible en web: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp>, consulta: 6 de noviembre de 2015.

Véase, también, Axel Gosseries. “How (Un)fair is Intellectual Property?”, en: Axel Gosseries, Alain Marciano y Alain Strowel (editores), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Nueva York y Hampshire, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 3-4; Lucie Guibault, “The Future of Public Domain: Identifying the Commons in Information Law”, Kluwer Law International, 2006.

12 Según Kenneth Port, las jurisdicciones del sistema de *civil law* no tendrían la flexibilidad de la tradición de *common law* porque deben esperar que sus legislaciones enumeren el alcance de la protección de marcas. Cf. Kenneth L. Port, “On Nontraditional Trademarks”, en: *Northern Kentucky Law Review* 1, 2011, p. 40.



un cambio de paradigma, un nuevo enfoque de las causales de irregistrabilidad y nulidad absolutas de registros de marcas a la luz de un nuevo examen de antiguos criterios propios del derecho de marcas, tales como el de distintividad,¹³ que incluye irregistrabilidad de formas usuales de los productos o de sus envases,¹⁴ aquel de “no funcionalidad”¹⁵ o irregistrabilidad de formas o características impuestas por la naturaleza o función del producto o servicio¹⁶ y de formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o servicio¹⁷.

A nivel multilateral, el sistema de Madrid¹⁸ reconoce algunas marcas no-tradicionales.¹⁹ Por ejemplo, Hjem-Is-Europea A/S registró la interpretación visual de los golpes de una campana pequeña como una marca y la botella “Perrier” registrada por Nestlé Waters es una marca tridimensional y de colores²⁰. El desafío, por ejemplo, en el primer tipo de marca

13 Causal de irregistrabilidad y nulidad absolutas contenida en el artículo 135 literal b).

14 Causal de irregistrabilidad y nulidad absoluta contenida en la primera proposición del literal c) del artículo 135. Un signo consistente en una forma usual del producto o su envase no sería registrable por carecer de distintividad intrínseca (“*inherent distinctiveness*”), siendo incapaz de distinguir un producto determinado. Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “*La distintividad tiene un doble aspecto: 1) distintividad intrínseca, mediante la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios en el mercado y 2) distintividad extrínseca, por la cual se determina la capacidad del signo para diferenciarse de otros signos en el mercado*”. Interpretaciones Prejudiciales 19-IP-2015 de 29 de mayo de 2014, 152-IP-2012 de 6 de marzo de 2013, 149-IP-2011 de 10 de mayo de 2012.

15 Según el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), «*se establece con carácter general que la forma del producto no puede registrarse como marca si es, en sí, necesaria para obtener un resultado técnico, en virtud de lo que suele llamarse “principio de la funcionalidad”*». Se ha señalado que la finalidad de esta limitación es impedir el registro de formas cuyas características esenciales desempeñen una función técnica, pues la exclusividad inherente al derecho de marca podría impedir a los competidores suministrar productos que incorporasen esa función, o al menos limitaría su capacidad de elección respecto de la solución técnica que deseen adoptar para incorporarla a su producto». Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, “Nuevos tipos de marcas”, SCT/16/2, Ginebra, 1 de septiembre de 2006, pp. 2-3.

16 Causal de irregistrabilidad y nulidad absolutas contenida en la segunda proposición del literal c) del artículo 135, contenida en el denominado test de funcionalidad o “*Functionality Test*”.

17 Causal de irregistrabilidad y nulidad absolutas contenida en el artículo 135 literal d), contenido en el test de funcionalidad.

18 Compuesto por el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas de 14 de abril de 1891, modificado por última vez el 28 de septiembre de 1979, y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 y modificado el 3 de octubre de 2006 y el 12 de noviembre de 2007.

19 Pradeep Padman, “Singapur Treaty: Towards a new Trademark Regime”, 2007. Disponible en web: <http://www.intelproplaw.com/Articles/cgi/download.cgi?v=1168918584>, consulta: 6 de noviembre de 2015.

20 Registros 863865 y 458476, respectivamente.



citado radica en la interpretación del requisito de la representación gráfica, mientras que en el segundo deben aplicarse criterios tales como el de distintividad o el de funcionalidad.

Los nuevos tipos de marcas son también denominadas marcas atípicas, no convencionales o no tradicionales. La doctrina suele dividirlos en signos visibles y signos no visibles. En el caso particular de las marcas táctiles, éstas pertenecen al grupo de los signos no visibles y es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por ejemplo, por tratarse de una textura particular y reconocible²¹. El desafío en este tipo de marcas lo comporta no solo el requisito de la representación gráfica, sino el también llamado requisito de funcionalidad y el de no tratarse de un signo –denominación, forma o textura– de uso común. Es por ello que, a partir de la segunda cuestión interpretada en la interpretación prejudicial 242-IP-2015²², objeto del presente estudio, se tratan todos estos requisitos. Para un mejor análisis de la decisión objeto del presente estudio, se seguirá la secuencia anteriormente descrita.

El requisito de representación gráfica y la forma de publicación de una marca táctil o de textura

El principal desafío que plantean los signos no visibles radica en la necesidad de adaptar el criterio de “fijación”, o su sub-principio, aquel de “representatividad gráfica”. El criterio de visibilidad (“*visibility*”) o fijación (“*fixation*”), manifestado usualmente mediante el requisito de susceptibilidad de representación gráfica, aun requerido por diversas Oficinas nacionales o regionales, no es en realidad obligatorio según el Acuerdo sobre los ADPIC²³.

En relación con el procedimiento de registro, los signos no visibles plantean el problema práctico de su representación gráfica o de otro tipo, que constituye un requisito en muchas legislaciones de marcas. Para asegurar que el registro de la marca reproduzca adecuadamente los signos protegidos puede atenderse a una serie de criterios, tales como la claridad, precisión, accesibilidad, inteligibilidad, duración y objetividad de la representación gráfica²⁴.

21 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “Nuevos Tipos de Marcas”, Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, Ginebra, 13 a 17 de noviembre de 2006, documento SCT/16/2, 1 de septiembre de 2006, p. 11.

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 242-IP-2015, de 24 de agosto de 2015, Marca: Textura superficie ‘Old Parr’.

23 Artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC.

24 Caso Sieckmann c. German Patent Office (caso C-273/00). Resulta oportuno mencionar que en este caso en particular la CJUE estableció que: «*en principio, cualquier mensaje capaz de ser percibido por los sentidos puede constituir una indicación para el consumidor y, en consecuencia, puede ser un signo capaz de cumplir la función de distintividad de una marca*» (§ 22). La Corte continuó afirmando que: «*En*



En la Unión Europea –al igual que en la Comunidad Andina²⁵ se establece que: “*Podrán constituir marcas comunitarias todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica...*”²⁶. Este requisito será suprimido con la reforma de la Directiva (artículo 3 del proyecto de Directiva) y del Reglamento (artículo 4 del proyecto de Reglamento) de la Marca Europea²⁷. De tal manera que, ya no se exigirá la representación gráfica cuando existan otros medios más apropiados para identificar el objeto de la protección. Según la exposición de motivos, el objetivo es admitir representaciones de un signo distintas a las gráficas cuando éstas sean más aptas para identificarlo, siendo suficiente que el signo pueda ser “*representado de una manera que permita a las autoridades competentes y al público determinar el objeto exacto de la protección conferida al titular*”²⁸.

El 27 de marzo de 2006, 147 Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI en adelante) aprobaron por consenso el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas²⁹, tras cuatro años de trabajos de revisión del Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994 (TLT)³⁰. El Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas constituye en la actualidad la referencia fundamental en el ámbito de las marcas atípicas, no convencionales, no-tradicionales o nuevos tipos de marcas. El Tratado no limita las marcas a dos dimensiones y se aplica a una nueva gama de marcas que incluye marcas de

consecuencia, no hay razón en principio por la que las marcas no puedan ser creadas por mensajes que difieren de aquellos capaces de ser percibidos por el ojo» (§ 23). Sin embargo, la CJUE recuerda también que: «la representación gráfica por sí misma no es suficiente: debe cumplir con dos criterios. En primer lugar, debe ser completa, clara y precisa, de manera que el objeto del derecho de exclusividad sea inmediatamente claro. En segundo lugar, debe ser inteligible para aquellas personas que tengan interés en conocer el registro, vale decir, otros fabricantes y consumidores» (§ 38).

25 Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

26 Artículo 4 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria: “Signos que pueden constituir una marca comunitaria”.

27 El conjunto legislativo propuesto por la Comisión Europea el 27 de marzo de 2013 contiene 3 iniciativas: i) la refundición de la Directiva 2008/95/CE de 1989 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; ii) la revisión del Reglamento 207/2009/CE de 1994 sobre la marca comunitaria y iii) la revisión del Reglamento 2869/95 de la Comisión de 1995 relativo a las tasas que se han de abonar a la OAMI. Para un análisis detallado de la reforma, véase, Olivier Thrierr, “Vers une réforme du droit des marques dans l’Union européenne”, en: Christian Le Stanc (editor), *Propriété Industrielle*, número 10, octubre 2013, año 12, pp. 14-21.

28 Por su parte, la tercera modificación de la Ley de Marcas en China, adoptada el 30 de agosto de 2013 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2014, aporta una modificación sustancial del artículo 8, eliminando la restricción de la palabra “visual” y dando un ejemplo de signo no visual: “los sonidos”. Palabra que es seguida del símbolo “etc”, lo cual supone que la puerta está abierta para otros signos no visuales. Cf. Huang Hui, “Introducción a la Tercera Modificación de la Ley de Marcas de China”, en: *Ius Inter Gentes*, año 10, número 10, junio 2014, p. 134.

29 Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, adoptado en Singapur el 27 de marzo de 2006.

30 Tratado sobre el Derecho de Marcas, adoptado en Ginebra el 27 de octubre de 1994.



hologramas³¹, marcas de movimiento, marcas de colores y marcas consistentes en signos no visibles, como marcas sonoras, olfativas, gustativas o táctiles.³² Es la primera vez que las marcas no tradicionales son reconocidas expresamente en un instrumento internacional sobre derecho de marcas³³.

Por su parte, el Reglamento del Tratado proporciona modalidades de representación de estas marcas en solicitudes de registro, que pueden incluir reproducciones alternativas a las gráficas o fotográficas³⁴. En los párrafos 4, 5 y 6 de la regla 3 del Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas se contempla la representación de signos visibles y de signos no visibles en el marco del procedimiento de solicitud. Sin embargo, la regulación más detallada y la formulación de un enfoque común para la representación de los nuevos tipos de marcas en el procedimiento administrativo de las Oficinas de marcas, continúa siendo una cuestión pendiente³⁵.

Cabe apuntar que, el Tribunal Andino, en el párrafo 53 de la decisión objeto de análisis, refiere que, si bien los países andinos no forman parte del referido acuerdo, resulta necesario que el Tribunal tome como referencia algunos de sus contenidos, destacando además que, el Tratado de Singapur no limita las marcas a dos dimensiones, sino que se aplica a nuevos tipos, como son, entre otras, las marcas consistentes en signos no visibles, como las marcas táctiles, objeto de la interpretación prejudicial bajo estudio.

Adicionalmente, el Tribunal Andino hace referencia a las decisiones Shield Mark BV³⁶, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), y Qualitex³⁷, de la Corte Suprema

31 Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, artículo 2 numeral 1.

32 ABC Online, In the news, “Whiff of new Trademarks”, de 16 de marzo de 2006.

33 En ese sentido, Pradeep Padman, *Op. Cit.* 2007; WIPO Magazine, “Non-traditional Marks. Singapore treaty enters into force”. Ginebra, febrero de 2009, número 1, p. 4. Disponible en web: http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2009/wipo_pub_121_2009_01.pdf, p. 4, consulta: 6 de noviembre de 2015.

34 “Regulations under the Singapore Treaty on the Law of Trademarks”, regla 3, que prevé para las marcas tridimensionales lo siguiente: “Cuando la oficina considere que las diferentes vistas o la descripción mencionada en el apartado c) continúan siendo insuficientes para mostrar los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar; dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, un espécimen de la marca”.

35 Solo se especifica la naturaleza de la reproducción o la representación en el caso de las marcas tridimensionales. Al respecto, en la regla 3 inciso 4) literal a) se establece que “la reproducción de la marca consistirá en una reproducción gráfica o fotográfica bidimensional”.

36 Caso Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. MEMEX, caso C-283/01, 27 de noviembre de 2003.

37 Caso Qualitex Co. c. Jacobson Products Co., Inc., 514 US. 159, 34 USPQ.2d 1161 (1995).



de Estados Unidos de América. En la primera decisión, el TJUE estableció que la lista de signos contenida en el artículo 2 de la Directiva 2008/95/EC no era exhaustiva y que los signos no visibles no están expresamente excluidos de la Directiva. Por su parte, la decisión norteamericana dispuso que las disposiciones contenidas en el Lanham Act³⁸ no pueden ser interpretadas de manera restrictiva y que un signo³⁹ es todo aquello capaz de transmitir un significado usado por seres humanos⁴⁰.

La interpretación 242-IP-2015 del Tribunal Andino también recoge lo expresado por el Directorio de la International Trademark Association (INTA en adelante), que en 2006 adoptó una resolución en favor del reconocimiento, protección y registro de las marcas táctiles o de textura, de cumplirse los requisitos necesarios. Así, las sensaciones táctiles pueden ser protegidas como marcas si son suficientemente distintivas. La iniciativa comentada recomendó que el nivel de protección de las marcas táctiles dependa, como en el caso de las marcas visualmente perceptibles, de que la marca sea inherentemente distintiva o que haya adquirido distintividad de manera sobrevenida (“*secondary meaning*”) mediante el uso en el mercado, sugiriendo además que las marcas táctiles sean objeto de un “test de funcionalidad” para evitar que mediante la protección otorgada por el registro se afecte la libre competencia.

El Tribunal Andino manifiesta que, en las marcas táctiles, es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por ejemplo, por tener una textura particular y reconocible. La representación gráfica del signo puede plasmarse mediante impresión en relieve (braille)⁴¹. El Tribunal considera que es preferible contar con varias representaciones de la marca, tomadas en perspectivas diferentes y según distintos métodos y modalidades⁴².

El Tribunal manifiesta asimismo que, mientras más representaciones diferentes de una marca táctil o de textura sean publicadas, se comunicará con mayor precisión lo reivindicado y así se evitarán futuras controversias relativas a la marca táctil o de textura solicitada a registro. Con relación al procedimiento de representación empleado en la práctica, los nuevos tipos de marcas ofrecen frecuentemente posibilidades diversas, que varían, por ejemplo, entre la descripción por escrito y la reproducción digital.

38 El *Lanham Act*, de 1946, es también conocido como *Trademark Act* o Ley de marcas estadounidense.

39 “Symbol” o “device” según el *Lanham Act* §45.

40 Caso *Qualitex Co. c. Jacobson Products Co.*, *Op. Cit.*, §162.

41 OMPI, 2006, *Op. Cit.* p. 11.

42 Kexin Li, “Comment: Where is the right balance? – Exploring the current regulations on Nontraditional Three-dimensional Trademark registration in the United States, the European Union, Japan and China”, en: *Wisconsin International Law Journal*, 2012, p. 24.



Adicionalmente, el Tribunal considera que la descripción simple ayuda al examinador a determinar *prima facie* lo que se pretende registrar, por cuanto la inspección visual de la marca generalmente no sirve *per se* para determinar el objeto reivindicado con precisión o certeza en el caso de signos no visibles⁴³. La descripción simple también permite darse cuenta de ciertas características de la marca que no aparecen en los gráficos que representan la marca⁴⁴. Esto último es determinante en el caso particular de las marcas táctiles debido a que ciertos tipos de textura son casi imposibles de recrear mediante simples gráficos⁴⁵.

En suma, el Tribunal Andino en la decisión comentada estableció que, en primer lugar, se deberá contar con la descripción clara, precisa y completa de la textura, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía. En segundo lugar, se deberá presentar una muestra física del objeto que contiene la textura, debiendo las Oficinas Nacionales Competentes deberán permitir el acceso a dichos objetos cuando sea solicitado⁴⁶. Finalmente, el Tribunal sugirió anexar una representación en código braille de la marca táctil que se solicita a registro.

El requisito de no funcionalidad

Existe el temor –probablemente fundado– que la textura tenga una ventaja o valor funcional, por cuanto conceder derechos exclusivos sobre una textura determinada crearía una barrera de entrada al mercado relevante para competidores potenciales. Por ello, en Estados Unidos nació vía jurisprudencial el test de funcionalidad técnica (“*Morton-Norwich test*”) en el caso *Morton-Norwich Products Inc.*⁴⁷, que si bien se trataba propiamente de

43 James E. Hawes y Amanda V. Dwight, “Trademark Registration Practice”, 2004, §3:20.

44 James E. Hawes y Amanda Dwight, “Practitioner’s Trademark Manual of Examining Procedure”, 2004, §808.01.

45 Cabe destacar que en los países del Benelux se han registrado algunas marcas gustativas como, por ejemplo, el “sabor de regaliz” para distinguir productos de papel e impresión, marca que fue representada mediante una descripción escrita. Adicionalmente, cabe mencionar el caso *Vennootschap Onder Firma Senta Aromatic Marketing’s Application* (Holanda), de 11 de febrero de 1999, caso R 156/1998-2, [1999] ETMR 429. Fundamentos: (14) “El olor a hierba recién cortada es un olor inequívoco que todo el mundo reconoce por experiencia de forma inmediata. Para muchos, el aroma o la fragancia de la hierba recién cortada recuerda a la primavera, el verano, campos de césped cortados, campos de deporte u otras experiencias agradables”. (15) “La Sala admite que la descripción de la marca olfativa que se pretende registrar para pelotas de tenis es apropiada y se ajusta al requisito de la representación gráfica contemplado en el artículo 4 del RMC” (TA).

46 Regla 3, punto 4, literal d) del Tratado de Singapur prevé para las marcas tridimensionales lo siguiente: “Cuando la oficina considere que las diferentes vistas o la descripción mencionada en el apartado c) continúan siendo insuficientes para mostrar los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar; dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, un espécimen de la marca”.

47 Trademark Trial and Appeal Board (TTAB), *In re Morton-Norwich Products Inc.*, 1982.



una marca tridimensional, algunos criterios aplicados pueden ser adaptados a las marcas de textura⁴⁸.

En la Unión Europea, para que un signo tridimensional pueda acceder al registro, es preciso determinar si la “forma” reivindicada es necesaria para obtener un resultado técnico. El literal e) del primer inciso del artículo 3 de la Directiva 2008/95/CE⁴⁹ y el literal e) del primer inciso del artículo 7 del Reglamento (CE) 207/2009 establecen como causal de irregistrabilidad absoluta que el signo se encuentre constituido exclusivamente por una “forma” impuesta por la naturaleza del propio producto, por una “forma” del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por una “forma” que le dé un valor sustancial al producto –o que afecte su valor intrínseco, según la citada Directiva.

Este último criterio se denomina de funcionalidad estética, y se encuentra contenido, junto con otras causales, en el “*Seebrook Test*”⁵⁰, que también comprende determinar si la forma reivindicada es común o usual en el mercado relevante⁵¹. Sin embargo, el test de funcionalidad estética es más controvertido y es considerado menos concreto⁵² En el

48 El *Morton-Norwich test* consistente en determinar cuatro cuestiones:

- i. Si existe o existió un modelo de utilidad relacionado con la marca tridimensional solicitada.
- ii. Si existió publicidad que enfatizaba las ventajas utilitarias de la forma reivindicada.
- iii. Si existen diseños funcionales equivalentes disponibles para el uso de los competidores en el mercado.
- iv. Si la fabricación del producto es simple o barata.

49 Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas:

Artículo 3.- Causas de denegación o de nulidad

1. Será denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de:

(...)

- e) los signos constituidos exclusivamente por:

- i) la forma impuesta por la naturaleza misma del producto,
- ii) la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico,
- iii) la forma que dé un valor sustancial al producto;

(...)

50 Caso *Seabrook Foods, Inc. c. Bar-Well Foods, Ltd.*, 1977.

51 El “*Seabrook test*” comprende básicamente cuatro preguntas:

1. ¿Es un diseño común o básico?;
2. ¿Es único o inusual en su campo?;
3. ¿Es sólo una versión de una forma u ornamento notorio?; y,
4. ¿Es capaz de producir una impresión comercial distintiva?

52 Nick Pisarsky, “*PoTAYto-PoTAHto-Let's Call the Whole Thing Off: Trademark Protection of Product Sounds*”, en: *Connecticut Law Review* 797, febrero 2008, p. 17.



ámbito de la Comunidad Andina, se ha optado por recoger únicamente los requisitos de no funcionalidad y de que la “forma” reivindicada no sea de uso común, en lo concerniente a signos consistentes en formas usuales en el mercado relevante.

En efecto, en el artículo 135 de la Decisión 486 se ha optado como causales de irregistrabilidad absoluta los signos que consistan exclusivamente en “formas” usuales de los productos o de sus envases, en “formas” o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate, o en “formas” u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha venido siguiendo el mismo criterio desde hace varios años. Al respecto, cabe destacar la Interpretación Prejudicial 163-IP-2013, en la cual el Tribunal Andino abordó, en sus consideraciones (C) el tema de la irregistrabilidad de signos por consistir exclusivamente en “formas” usuales, o en “formas” impuestas por la naturaleza o la función del producto⁵³.

En la interpretación prejudicial objeto de análisis, se traspone el concepto “textura” por el de “forma”, mencionado en la normativa andina y europea, distinguiendo, como causales de irregistrabilidad, entre texturas usuales y texturas impuestas por la naturaleza o función del producto, sin tomar en cuenta, claro está, el criterio de funcionalidad estética, por no estar contenido en la norma andina, como ya se explicó.

En el párrafo 129 de la decisión 242-IP-2015 se hace referencia expresa al caso Qualitex precitado, a propósito del cual se definió la “funcionalidad” como una característica esencial para el uso o finalidad de un artículo o que afecte el costo o la calidad de dicho artículo, precisándose además, que el uso exclusivo de dicha característica colocaría a los demás competidores en una situación de desventaja no relacionada con la reputación⁵⁴.

A continuación, en los siguientes párrafos, la decisión continúa explicando los dos supuestos contemplados en la última parte del literal c) del artículo 135 de la Decisión 486, que comportan manifestaciones del principio de no funcionalidad. Así, ciertas “formas” serían necesarias en relación con los productos, sus envases o envoltorios, es decir, que indefectiblemente deberán usarse en el mercado. Esta necesidad está dada porque la naturaleza del producto lo impone o porque la función del producto no permite que tenga otra “forma”. De conformidad con la normativa andina se clasifican en: 1) “formas” impuestas por la naturaleza, y 2) “formas” impuestas por la función del producto.

53 Interpretación prejudicial 163-IP-2013 de 2 de octubre de 2013. Expediente Interno 2008-00266. Marca: Tridimensional consistente en la figura de un motor.

54 Caso Qualitex Co. c. Jacobson Products Co., *Op. Cit.*



En consecuencia, el Tribunal afirma que las “formas” impuestas por la naturaleza son aquellas que se desprenden de los elementos esenciales del producto. Éstas serían “formas” que obligatoriamente, por su configuración y su esencia⁵⁵, están ligadas a los productos, sus envases o sus envoltorios. En cambio, las “formas” impuestas por la función del producto serían aquellas que determinadas por la finalidad del producto que se pretende distinguir.

La textura de uso común

A este respecto, el Tribunal realiza un análisis de la causal de irregistrabilidad absoluta contenida en la primera proposición del literal c) del artículo 135 de la Decisión 486, es decir, que el signo a registrar consista exclusivamente en “formas” usuales de los productos o de sus envases, causal frecuentemente alegada con relación a solicitudes de marcas tridimensionales.

Siguiendo la línea establecida en interpretaciones prejudiciales previas, el Tribunal explica que las “formas” o “texturas” de uso común son aquellas que, de manera frecuente y ordinaria se emplean en el mercado en relación con una clase de productos determinada, de manera tal que el consumidor no relaciona dichas “formas” o “texturas” con un origen empresarial específico, ya que en su mente éstas se relacionan con el género de productos y no con un competidor determinado. El Tribunal, en el párrafo 118, prosigue manifestando que, en el caso particular de las marcas táctiles, las texturas de uso común en determinada clase internacional de productos o servicios tampoco son relacionadas por el consumidor con una procedencia empresarial determinada, advirtiendo que las formas o texturas de uso común deben apreciarse en relación con los productos o servicios que ampare el signo a registrar.

Adicionalmente, el Tribunal realiza una interpretación por *ratio legis* de la causal de prohibición de registro de un producto o su envase con características usuales, manifestando que la causal que impide registrar la “forma” de presentación de uso común deberá entenderse como todo aspecto externo del producto susceptible de ser captado por los consumidores, incluida la textura del producto, en otras palabras, el Tribunal realiza una interpretación extensiva, incluyendo a las “texturas” de uso común dentro del supuesto de la norma.

Finalmente, el Tribunal Andino afirma que, al igual que la causal que impide el registro de signos denominativos calificados como genéricos o de uso común, la causal de irregistrabilidad comentada se encamina a evitar que un competidor determinado pueda, mediante el

55 Véase, por ejemplo, el caso del aroma del perfume Chanel N° 5, cuya inscripción fue denegada en 2004 debido a tratarse de la esencia misma del producto.



registro, llegar a monopolizar una “forma” o “textura” necesaria para comercializar cierta clase de productos. En suma, el Tribunal advierte que, el otorgamiento de signos genéricos o de uso común, sean denominaciones, formas o texturas, puede ocasionar una barrera de acceso al mercado relevante, al limitar el uso de denominaciones, formas o texturas necesarias o indispensables por parte de otros empresarios en el mercado relevante.

Conclusiones

El requisito consistente en que los signos sean “susceptibles de representación gráfica” para poder ser registrados como marcas, contenido en el primer párrafo del artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, debe ser interpretado de manera flexible, siguiendo el reciente desarrollo doctrinal y jurisprudencial a nivel internacional en la materia, es decir, utilizando el método sistemático por comparación a otras normas internacionales.

Las marcas táctiles o de textura son un tipo de signo no visible, en los cuales es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y consiguiente protección, generalmente, por tener una textura particular y reconocible. La representación gráfica del signo puede efectuarse por el método braille o impresión en relieve, sin embargo, el Tribunal Andino considera que, en primer lugar, ésta debe darse mediante una descripción simple y, en segundo lugar, a través de la presentación, ante la Oficina Nacional Competente, de una muestra física del objeto que contiene la textura reivindicada.

Se debe buscar un equilibrio entre la protección de nuevos tipos de marcas y la necesidad de garantizar la disponibilidad de ciertos signos para uso de todos los comerciantes, en aras de la libre competencia y de no restringir demasiado el dominio público. Por ello, resulta necesario un mayor énfasis a los criterios de registrabilidad, tales como el de distintividad, dando mayor relevancia a la figura de la distintividad adquirida o “*secondary meaning*”, u otros criterios, como la no funcionalidad y la prohibición de registro de denominaciones, “formas” o “texturas” de uso común.

Al evaluar si la marca solicitada reúne los requisitos exigidos para ser registrada, debe realizarse el examen de fondo correspondiente, fundamentalmente, desde el punto de vista del consumidor, en el sentido de comprobar si se crea un vínculo mental en la mente del mismo. En otras palabras, como con cualquier otro signo solicitado a registro, se verificará si el signo solicitado cumple con la función jurídica esencial de la marca, aquella de servir para identificar el origen empresarial del producto o servicio que se pretende distinguir.

Las Oficinas Nacionales Competentes y los jueces nacionales deberán tener especial cuidado al momento de realizar el examen de fondo de las solicitudes de registro de nuevos tipos de signos. Es preciso realizar un examen minucioso relativo a la posibilidad de uso común de



alguno de los elementos o características del signo solicitado a registro. Adicionalmente, es necesario verificar que ninguno de los elementos o características reivindicadas cumpla una finalidad o función técnica, ni sean parte de la naturaleza o esencia del signo reivindicado, ni tampoco que sean de uso común en la clase internacional en la cual se pretende registrar el producto o servicio.

Es preciso complementar e interpretar lo establecido en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en el sentido de desarrollar a través de la normativa nacional figuras como la distintividad adquirida y la funcionalidad como causal de irregistrabilidad de marcas por falta de distintividad intrínseca, siguiendo la jurisprudencia estudiada y los lineamientos establecidos en la decisión comentada. De igual manera, debe interpretarse el requisito de representación gráfica a nivel comunitario andino, siguiendo el modelo de reforma de la normativa relativa a la marca europea, bajo la premisa de admitir representaciones de un signo distintas a las gráficas cuando éstas sean más aptas para identificarlo.

Bibliografía

- Boyle, James. "The Second Enclosure Movement and the construction of the Public Domain", 2003. Disponible en web: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp>, consulta: 6 de noviembre de 2015.
- Dutfield, Graham y Uma Suthersanen. "Global Intellectual Property Law", Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2008, p. 135.
- Geiger, Christophe. "The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law", en: Graeme B. Dinwoodie (editor), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 175.
- Gosseries, Axel. "How (Un)fair is Intellectual Property?", en: Axel Gosseries, Alain Marciano y Alain Strowel (editores), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Nueva York y Hampshire, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 3-4.
- Hui, Huang. "Introducción a la Tercera Modificación de la Ley de Marcas de China", en: *Ius Inter Gentes*, año 10, número 10, junio 2014, p. 134.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), "Nuevos Tipos de Marcas", Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, Ginebra, 13 a 17 de noviembre de 2006, documento SCT/16/2, 1 de septiembre de 2006, p. 11.



- Padman, Pradeep. "Singapur Treaty: Towards a new Trademark Regime", 2007. Disponible en web: <http://www.intelproplaw.com/Articles/cgi/download.cgi?v=1168918584>, consulta: 6 de noviembre de 2015.
- Park, Walter G. "Intellectual Property Rights and International Innovation", en: Keith E. Maskus (editor), *Intellectual Property, Growth and Trade*, Oxford, Elsevier, 2008, pp. 289-323.
- Pisarsky, Nick. "PoTAYto-PoTAHto-Let's Call the Whole Thing Off: Trademark Protection of Product Sounds", en: *Connecticut Law Review* 797, febrero 2008, p. 17.
- Schechter, F. "The Historical Foundations of the Law Regarding to Trade Marks", New York, Columbia University Press, 1925, pp. 38-77.
- Shao, K. "Look at my Sign – Trademarks in China from Antiquity to the Early Modern Times", en: *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 87, 2005, pp. 38-77.
- WIPO Magazine, "Non-traditional Marks. Singapore treaty enters into force". Ginebra, febrero de 2009, número 1, p. 4. Disponible en web: http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2009/wipo_pub_121_2009_01.pdf, p. 4, consulta: 6 de noviembre de 2015.
- Yijun Tian, George. "Consumer Protection and IP Abuse Prevention under the WTO Framework", en: Jeremy Malcolm (editor), *Consumer's in the Information Society: Access, Fairness and Representation*, Consumers International, Kuala Lumpur, 2012, pp. 11-52.
- Zorraquín Becú, Ricardo. "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho", en: "Estudios de Historia del Derecho". Tomo III: Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1992, p. 475.

RESEÑA DE LIBRO /BOOK REVIEW

OROZCO ABAD, IVÁN. SOBRE LOS LÍMITES DE LA CONCIENCIA HUMANITARIA: DILEMAS DE LA PAZ Y LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS, 2005

✉ Por: LUIS FELIPE DÁVILA*

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 7 de abril de 2016

“Quienes se crean dueños de un corazón inocente y limpio y obren con tranquilidad de espíritu serán todos malos consejeros”. Iván Orozco Abad

El texto de Orozco Abad, a diez años de su publicación, se presenta al lector como un libro fundamental y como un dardo que ha dado en el blanco del actual debate público colombiano. El anuncio de la recta final de las negociaciones en la Habana, entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC, y la posibilidad de iniciar un proceso similar con el ELN, han amplificado la vigencia analítica y propositiva del libro, inclusive, más que cuando se publicó. Sin embargo, es necesaria una precisión: el texto aquí reseñando es actual, pero no es una novedad. Es actual porque contribuye a pensar y a resolver los problemas del presente colombiano, aunque no sea una primicia editorial. Empero, no todo lo novedoso es actual.

No es un texto fácil, ni ortodoxo; su fuerza argumentativa convence, ilustra y desgarrar. Su tono es erudito, pragmático, interdisciplinario y a veces casi profético. No en vano, en la introducción parafrasea uno de los evangelios y, afirma que en Colombia –con relación al conflicto- “ya nadie puede tirar la primera piedra”, y que, en adelante, todas las negociaciones se harán entre criminales de guerra. Siguiendo con esta argumentación, las partes en conflicto están en la igualdad negativa de los pecadores que se aferran a sus guijarros sucios, en la encrucijada final donde deben derramar sangre o tinta.

* Estudiante del Doctorado en Humanidades y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.
Contacto: davilaluisfelipe@gmail.com



En los últimos treinta años la comunidad académica latinoamericana ha ingresado en el debate global de la *justicia transicional*, y de la mano con este término también se ha revisado y cuestionado la relación entre *verdad, justicia y reconciliación*. Su mención es recurrente y los debates son álgidos; no obstante, las discusiones, en la mayoría de casos son dogmáticas y carecen de datos positivos que respalden las afirmaciones. Existen excepciones, como el libro que se referencia hoy, donde se presenta abundante material empírico adecuadamente ordenado.

El texto presenta dos estudios de caso: Chile y El Salvador. Para entender los casos de estudio se presentan las categorías de *victimización vertical (el Estado victimiza a la población)* y *victimización horizontal (varios actores generan procesos de victimización)*. Además, dichas variables se relacionan directamente con los diferentes modelos de justicia. En la victimización vertical es más probable –y adecuado– que se acuda a un modelo de justicia retributiva, mientras que en la victimización horizontal es más probable que se pueda instalar con éxito un modelo de justicia por reconciliación. De acuerdo con lo anterior, los casos típicos son: Chile para la victimización vertical y El Salvador para la horizontal (Orozco considera que el caso de victimización del Perú en tiempos de Sendero Luminoso es victimización vertical doble).

De otro lado, se presenta la idea de que existen transiciones simples y dobles. Estas transiciones pueden ser de la dictadura hacia la democracia, o de la guerra hacia la paz, o ambas. La transición de Chile –según Orozco– fue de la dictadura a la democracia, y la del Salvador de la guerra a la paz. El caso colombiano mirado a partir de estos dos tipos, presenta más similitud (pero no tipicidad) con el caso salvadoreño, lo cual indica una forma de justicia, que dista mucho de los procedimientos judiciales actuales (tradicionales, retributivos).

De acuerdo con la lectura, en el núcleo del conflicto armado y de sus posibles soluciones, se encuentra la posibilidad de tener amnistías o indultos. Pero esta posibilidad entraña una situación trágica (en términos hegelianos) entre paz o justicia, es decir, la tensión entre los *hacedores de paz*, versus los *defensores de derechos humanos*. El autor toma partido por los primeros, y considera que es importante que los defensores de derechos humanos flexibilicen el enfoque y resten dogmatismo al credo posmoderno de los derechos humanos.

Con relación a la distinción empírica de víctima-victimario, Orozco afirma que también tiene un componente normativo, derivado del principio humanitario de “combatiente-no combatiente” establecido en los diferentes protocolos, por ejemplo, en los adicionales de Ginebra I y II. Pero dicha connotación presenta problemas serios en el caso colombiano, al existir colapsos en dichos roles. El autor presenta dos colapsos entre los roles, los cuales enuncia como: primero “los colaboradores forzosos” y segundo “los vengadores”. Los primeros



son el colapso vertical, los segundos el colapso horizontal del papel de víctima-victimario. Según Orozco, en Colombia esos colapsos son habituales y los sujetos del conflicto alternan sin cesar esas condiciones, lo cual lleva a que las partes en contienda entren en el conflicto como en un juego de espejos dobles, e invertidos.

Orozco argumenta que la “analogía de la dictadura” y de la “masacre administrativa” dominan la conciencia humanitaria global, y sostiene que la “universalización de Auschwitz” como el núcleo de la nueva conciencia humanitaria global ha llevado a que todos los tratados posteriores estén enfocados en evitar las masacres administrativas adelantadas por el Estado, o por lo menos, en la lógica estatal. “Ahora bien, la analogía –humanitaria– del Estado dictatorial exhibe dos versiones, una concentrada y una diseminada” (p. 18), desde el punto de vista de la versión del Estado dictatorial concentrado, el Estado es considerado como el único centro de responsabilidad política y de adjudicación penal de la responsabilidad. “el Estado aparece como el único sifón por el que discurre toda la suciedad de la guerra” (p. 18). Desde esta perspectiva el Estado trabaja por la reconstrucción de su “monopolio de la violencia”, es pues, un resultado de la versión clásica estatal que pretende construir una hegemonía política. Desde esta perspectiva y para los enfoques del nuevo humanitarismo democrático, los Derechos Humanos se ubican en el centro de la discusión, mientras que el Derecho Internacional Humanitario es un asunto que pasa a la periferia. En este giro argumentativo se le da un lugar preponderante a los principios humanitarios que entrañan una gran carga moral, además de considerar que el tratamiento de la violencia necesariamente debe enfocarse en las acciones represivas policiales; además, desde esta versión se ponen en un segundo plano las reglas relativas a las guerras y los conflictos armados internos. Por otro lado, en el enfoque diseminado los Derechos Humanos pasan a la periferia, y es el DIH el que pasa a jugar un rol más protagónico. En la versión diseminada se entiende que el Estado es un actor más de lo político, por consiguiente, ya no es el único responsable de la adjudicación penal de la responsabilidad. En esta versión se busca descargar al Estado de la responsabilidad política y penal excesiva, y se pretende diseminar esa responsabilidad entre las diferentes partes del conflicto “según su participación en la culpa compartida de la barbarie” (p. 20). El autor se inclina más por la segunda forma diseminada y menos estado-céntrica.

Con relación a los procesos de verdad, justicia y reconciliación; Orozco introduce al lector en una discusión que no tiene resultados unívocos. Ya que mientras algunos autores argumentan que los trabajos que se basan en testimonios de víctimas individuales tienen una probabilidad muy alta de llevar a los sujetos a un estado de re-victimización, que a la postre, pueden posibilitar deseos de venganza y espirales de violencia intestina. Otros en cambio, argumentan a favor de la verdad como camino para la justicia y la reconciliación.



Consideran que los pedidos de perdón públicos, los gestos simbólicos y la construcción de una memoria histórica posibilitan el camino hacia la reconciliación. Además, que el no reconocimiento de las huellas y de los dolores puede llegar a impedirle a los sujetos los procesos de expiación y, por ende, se les estaría negando la oportunidad de entender la justicia transicional como una posibilidad de identidad y de futuro. Pero entonces, ¿qué tanto se debe olvidar, y qué tanto se debe recordar?, ¿qué tanta justicia retributiva, y que tanta justicia transicional?, ¿qué tanta cárcel, o que tanto indulto?

El debate está abierto, y el cierre no se vislumbra; sin embargo, la existencia de textos como el de Iván Orozco Abad permiten entrar en la penumbra de la situación colombiana con un haz de luz y con un mapa. Seguir en la oscuridad conocida, o atravesar otro umbral que nos lleve a lo desconocido (no se sabe si más claro o más oscuro), depende de que tan pragmáticos o dogmáticos estén nuestros guías, en este trasegar por el conflicto y su solución.

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** y **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 8.000 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).
- rán 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 itálicas 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 and 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/ndex.php/ejil/about/submissions>
[#authorGuidelines](#)**

PUBLISHED BY THE LAW SCHOOL OF UNIVERSIDAD EAFIT
Medellin - Colombia
June 2016

EAFIT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
Vol. 7, 01, January - June 2016