

July - December 2015
Colombia
ISSN 2216-0965

 **EAFIT**
Journal of International Law

02



Vol. 6





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

02 | Volume 6 | July-December 2015

Colombia

ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo

Editor in chief

Susana Saldarriaga Jiménez

Assistant

José Alberto Toro

Advisory editor

María Alejandra Calle Saldarriaga

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Comunicación Creativa Universidad EAFIT

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

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

Contents

- 4** EDITORIAL
RAFAEL TAMAYO-FRANCO (PHD)
- 6** CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, EL PROCESO DE PAZ Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN ESTUDIO SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y SU BÚSQUEDA POR ENCONTRAR LA PAZ DURADERA
VALENTINA JARAMILLO BUSTAMANTE
- 34** EL PROBLEMA DE LA TRATA DE PERSONAS: LIMITACIONES DE LA REGULACIÓN POR EL ESTADO COLOMBIANO
CATALINA BRAVO CORREA
- 66** EL DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
JUAN MANUEL INDACOCHEA-JÁUREGUI
- 91** LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO TITULARES DE DERECHOS HUMANOS: DESCARTANDO EL SUPUESTO OXÍMORON Y ANALIZANDO LAS POSIBILIDADES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
ELARD RICARDO BOLAÑOS-SALAZAR
- 108** INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE JUEGOS Y LOS CONTRATOS
FEDERICO GUTIÉRREZ NARANJO
- 120** INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR ENTORNOS JURÍDICOS MÁS ESTABLES
SARA PÉREZ RENDÓN
- 152** DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

Editorial

Rafael Tamayo-Franco (PhD)

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

Tanto las dinámicas nacionales como internacionales de este semestre han estado particularmente agitadas en asuntos que trascienden los intereses nacionales. El proceso de paz en Colombia es un foco de atención en la región, y por algunos organismos internacionales que propenden por la protección de los estándares internacionales en Derechos Humanos a los que el país se ha comprometido. En Europa y Norteamérica el desequilibrio de la zona del Medio oriente levanta cada vez mas preocupaciones. Las acciones del llamado “Estado Islámico” polariza la opinión política en casi todo el mundo. En este contexto otros asuntos internacionales siguen manteniendo su relevancia como los temas de comercio internacional y de acciones de protección ambiental.

En este nuevo número de la revista podrán encontrar, como de costumbre, tres grandes bloques temáticos. Un primer tema se enfoca precisamente en el proceso de paz colombiano desde una perspectiva jurídico-política internacional. La abogada Valentina Jaramillo Bustamante con su texto “Conflicto armado en Colombia, el proceso de paz y la Corte Penal Internacional: Un estudio sobre la internacionalización del conflicto armado en Colombia y su búsqueda por encontrar la paz duradera”, aporta interesantes claves de análisis a la luz de estándares internacionales que son relevantes en cualquier negociación de este tipo. Un segundo bloque temático, compuesto por tres artículos, se interesa por asuntos de Derecho Humanos y Derecho Internacional, los académicos peruanos Juan Manuel Indocochea y Eldar Bolaños, nos presentan aproximaciones diversas a la cada vez más estudiada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tema que es complemen-

tado por Catalina Bravo Correa con su artículo sobre la trata de personas y las limitaciones de la regulación en Colombia. Finalmente un tercer bloque temático, se interesa por asuntos relacionados con la contratación internacional. En su artículo “Introducción a la teoría de juegos y los contratos”, Federico Gutiérrez Naranjo ofrece desde una perspectiva jurídica y económica una novedosa propuesta para el desarrollo y análisis contractual.

Finalmente y en colaboración con la Asociación Cavelier 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.

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, EL PROCESO DE PAZ Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN ESTUDIO SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y SU BÚSQUEDA POR ENCONTRAR LA PAZ DURADERA

COLOMBIAN ARMED CONFLICT, THE PEACE PROCESS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT:
A STUDY ABOUT THE INTERNATIONALIZATION OF THE COLOMBIAN ARMED CONFLICT AND
ITS PURSUIT OF A LASTING PEACE

✉ Por: VALENTINA JARAMILLO BUSTAMANTE*

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2015
Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2015

Resumen

El conflicto armado interno en Colombia, y la actual búsqueda de la paz, conducen en la actualidad a un escenario en donde los asuntos que se suponían solo correspondían al Estado, se internacionalizan y convergen para alcanzar el mismo fin. El presente documento se enfoca en analizar el conflicto armado interno en Colombia y su connotación internacional, la cual nace a partir de la globalización que conduce a una noción de soberanía ambivalente en nuestros tiempos. Lo anterior con el fin de explicar como con la creación de la Corte Penal Internacional y su ratificación por parte de Colombia, lleva a que se originen obligaciones adicionales a las adquiridas en cada Estado respecto de los crímenes de competencia de la misma, esto teniendo en cuenta que, se está adelantando un proceso de justicia transicional con las FARC con el fin de llegar a un paz firme y duradera, y que por medio de dicho proceso de paz se busca tener un punto medio en donde los grupos armados ilegales quieran dejar las armas y donde Colombia cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales.

* Abogada Universidad EAFIT, Ex practicante en asuntos jurídicos de la Misión Colombiana ante las Naciones Unidas, Email: vjarami8@eafit.edu.co



Palabras claves: *Corte Penal Internacional, soberanía, conflicto armado interno, justicia transicional, amnistía.*

Abstract

The internal armed conflict in Colombia and the current search for peace, leads us in a place where the matters that corresponded only to the states become internationalized and converge to achieve the same purpose. This document focused in analyzing the Colombian armed conflict and its international connotation, which arises from the globalization that provoke an ambivalent sovereignty in the present time. This, in order to explain how the International Criminal Court and its ratification by Colombia, originates additional obligations regarding the International Criminal Court jurisdiction, this taking into account that, Colombian government is developing a transitional justice with the FARC group in order to have a lasting peace, and, that through that peace process they want to pursuit a middle ground where the illegal armed groups may be willing to lay down their arms and return to civilian life, and where Colombia also fulfill its national and international obligations.

Key words: *International Criminal Court, sovereignty, internal armed conflict, transitional justice, amnesty.*

Introducción

Con la evolución de las sociedades y con la globalización se han creado formas de gobernanza diferentes a las impartidas por los Estados. Con la promulgación de normas y tratados internacionales, los Estados han adquirido obligaciones que anteriormente solo podrían provenir de sí mismos. Por medio del actual proceso de justicia de transición que se adelanta en Colombia, las actuaciones que en la misma se ejecutan están siendo observadas por entes internacionales, específicamente por la Corte Penal Internacional, como organismo encargado de evitar la impunidad de los crímenes más graves a nivel internacional, los cuales violan la dignidad humana. El gobierno colombiano y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) están adelantando un proceso de paz en la Habana-Cuba, el cual tiene como fin obtener una paz duradera en el país por medio de la desmovilización, la dejación de las armas de los grupos armados ilegales y por medio de un acuerdo en donde las partes, tanto el Estado como dichos grupos armados ilegales encuentren una solución pacífica a su diferencias.

El contexto en Colombia es particular, puesto que el conflicto ha perdurado por más de 50 años. Actualmente en el país existe el grupo armado ilegal más antiguo de todos los tiempos, las FARC, quienes se otorgan su nacimiento en el año 1964, y quieren lograr un acuerdo en donde las partes queden conformes; en el cual los integrantes de los grupos armados ilegales dejen las armas y el Estado no comprometa su obligación de impartir justicia. Se



debe tener en cuenta que Colombia tiene sed de paz, pero la consecución de la misma debe seguir unos principios básicos sin los cuales podría correr riesgo la misma, puesto que se tienen obligaciones internacionales que están vigilando la toma de decisiones que se están llevando a cabo. Es por lo mismo que desde el 2012, se está adelantando el proceso de paz entre el Gobierno y las FARC donde se han establecido diferentes mecanismos de justicia transicional, como el marco jurídico para la paz y un acuerdo preliminar de justicia de transición. Con los dos se pretende llegar a una paz duradera, por eso cobra importancia analizar dichos mecanismos en el contexto colombiano y si los mismos son aplicados, que consecuencias internacionales podrían surgir, y si sería factible o no que la Corte Penal Internacional intervenga ante un momento de postconflicto originado por una justicia transicional.

Como actuación relevante, el pasado 23 de septiembre de 2015, el presidente Juan Manuel Santos informó sobre el acuerdo preliminar de la justicia de transición, en donde se establecieron penas alternativas, las cuales son realizables en nuestro contexto, se estipularon amnistías para los delitos políticos y conexos, y se estableció un lapso de seis meses para firmar el acuerdo final de paz. Con dicho comunicado, se dejó claro que se está en un punto de no retorno.

Es por lo anterior, que en la primera parte del documento se explicará el conflicto en Colombia, sus actores y por qué se entiende que el mismo se denomina conflicto armado interno a la luz del derecho internacional. De igual forma se analizará el papel de la Corte Penal Internacional como ente creado con el fin de evitar la impunidad de los crímenes más atroces, toda vez que a la misma se le otorgó legitimidad sobre asuntos que en un principio solo le correspondía manejar al Estado, como ente soberano, en ese sentido se le otorga carácter internacional a una situación que en otro momento solo le competía a cada Estado en su interior. Es importante tener en cuenta que para que la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) tenga autoridad sobre un Estado, el mismo debe haber suscrito y ratificado el Estatuto de Roma, lo cual indica que el Estado se vincula de forma voluntaria a dicho tratado. Para exponer la función de la CPI se analiza el principio de complementariedad el cual se activa por la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales de procesar a individuos que cometieron crímenes de su competencia.

De manera posterior y con la óptica puesta en Colombia se hace un análisis de lo que se entiende por justicia de transición, en el entendido que actualmente en nuestro país se está desarrollando una justicia de transición en aras a encontrar la paz. Con el fin de ilustrar dicha figura se mostrarán dos ejemplos de justicia de transición reconocidos a nivel global, los cuales son; el caso de Sudáfrica y El Salvador, sus características y mecanismos más importantes.

Posteriormente se realizará un examen del marco jurídico para la paz en el cual se expondrá su fin y características, dado que por medio del mismo se busca establecer un mecanismo



por medio del cual se le pueda dar un trato diferente a la situación en Colombia. En dicho marco se busca reparar a la víctimas del conflicto por medio de la justicia y la verdad, en ese sentido se expondrán dos términos importante en el marco jurídico para la paz, los cuales son las priorización y la selección como métodos de la estrategia integral de una justicia transicional, y se informarán sobre los requisitos que tanto la Corte Penal Internacional como el *International Crisis Group* consideran relevantes a la hora de realizar un acuerdo de paz.

En la segunda parte del documento se analiza la legitimación que adquiere la Corte Penal Internacional a partir de un estudio sobre la soberanía y la globalización desde el punto de vista de cuatro autores, los cuales dan a entender que la soberanía no se puede entender como una soberanía absoluta, y la cual se ha transformado en una creación que evoluciona con la realidad de la sociedad nacional e internacional en constante cambio, por lo mismo se ha otorgado legitimidad a entes que no hacen parte del Estado para que regulen situaciones que el Estado no ha podido regular. En dicho punto se indica que los Estados adquieren obligaciones con terceros por medio de tratados o convenios que ellos de manera voluntaria suscriben, como es el caso del Estatuto de Roma, que da entrada a la Corte Penal Internacional. Dado que la misma interviene de manera subsidiaria, se analiza su juicio de complementariedad y el juzgamiento a los individuos que solo se puede dar por crímenes de su competencia, los cuales se expondrán en el texto, ellos son; el genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión.

Por último se tratará el acuerdo preliminar anunciado el día 23 de septiembre de 2015, en La Habana-Cuba, se expondrán los puntos importantes que se pactaron en el mismo, como la creación de una jurisdicción especial para la paz, la búsqueda de la verdad a cambio de sanciones benévolas y el aseguramiento de la participación política para los integrantes de las FARC, de igual forma se anotarán opiniones importantes sobre el acuerdo, como la opinión de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda y el director para las Américas de Human Rights Watch, José Miguel Vivanco. Finalmente se presentarán unas conclusiones de acuerdo al estudio realizado en el presente documento.

1. Contextualización nacional y jurídica del conflicto armado interno colombiano

En el presente capítulo se tratarán dos temas, en un principio se analizará (1.1.) el conflicto armado interno colombiano y su connotación internacional y en la segunda parte se tratará (1.2.) el marco Jurídico para la paz y la Corte Penal Internacional.

1.1 Conflicto armado interno colombiano y su connotación internacional

En Colombia, en el siglo XX surgieron grupos militantes que se alzaron en armas en contra del Estado. Según la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, desde 1964 se



fundó un grupo denominado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), el cual surgió con ideologías marxistas. Posteriormente surgieron otros grupos guerrilleros, tales como: el ELN (el Ejército de Liberación Nacional), el EPL (Ejército Popular de la Liberación) y el M-19 (Movimiento 19 de abril), dichos grupos guerrilleros tenían en común que eran grupos organizados jerárquicamente, es decir que tienen un líder al mando y están organizados de manera piramidal en cuanto a su estructura, dichos grupos están armados y son disidentes del gobierno colombiano.

Lo anterior es importante, dado que nos permite indicar que en Colombia desde el surgimiento de dichas guerrillas se da la tipología de un conflicto armado interno, el cual es reglado por el Derecho Internacional Humanitario. La regulación internacional a los conflictos armados internos tuvo su primera disposición en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se contemplan unas reglas mínimas que se deben cumplir entre las partes en caso de existir un conflicto no internacional o denominado interno.

Posteriormente la Comisión de Expertos del Comité Internacional de La Cruz Roja, estableció una definición de conflicto interno o no internacional en 1962, la cual se basa en lo dispuesto en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 que indica lo siguiente: “[...] el conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a hostilidades dirigidas contra un gobierno legal [...]”, es decir, que se entiende que un país está atravesando un conflicto armado interno cuando un grupo armado no gubernamental despliega sus acciones armadas en contra de un Estado. De igual forma se puede entender como conflicto armado interno, un conflicto que se presente entre dos grupos no gubernamentales dentro del mismo Estado.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja se deben tener en cuenta otros dos criterios para saber si se está frente a un conflicto armado interno o no, los cuales son:

1. Las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad.
2. Los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares¹.

Con base en los anteriores criterios, podemos afirmar que en Colombia hay un conflicto armado interno. Toda vez que existen grupos armados ilegales que dan lugar a hostilidades que han alcanzado niveles altos de intensidad. Esto se reafirma, pues es un conflicto que ha permanecido por más de 50 años y hay constantes enfrentamientos armados entre

1 Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Cuál es la definición de “Conflicto Armado” según el derecho internacional humanitario?*, 2008, pp. 1-4, Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.



las partes, los cuales se han dado en contra del Estado. En especial grupos guerrilleros como las FARC, que son parte en el conflicto, disponen de fuerzas armadas organizadas, tienen estructura de mando, están estructuradas jerárquicamente y son grupos que están integrados actualmente por aproximadamente 6.230 individuos².

Los conflictos armados internos, desde una perspectiva de la teoría clásica del derecho internacional, son resueltos por los mismos Estados con base en el principio de autodeterminación de los pueblos y el principio de no intervención de la comunidad internacional. Dicha teoría indica también que los sujetos de derecho internacional sólo eran los Estados y que estos eran los encargados de asumir las acciones de sus ciudadanos en tanto dichas acciones representan al Estado.

No obstante lo anterior, con el avance del derecho y con la preocupación de la violación de derechos fundamentales que se observó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y con el interés de la comunidad en general de proteger los derechos inherentes al hombre, han surgido entes facultados para intervenir de manera sancionatoria en un conflicto armado así dicho conflicto sea interno, es decir, que se puede internacionalizar una situación que en un principio solo le correspondía manejar al Estado, como ente soberano.

Con el surgimiento del Tribunal de Núremberg (en 1946), el Tribunal de Tokio, y posteriormente en el entorno de post Guerra Fría de los Tribunales *ad hoc* (Antigua Yugoslavia y Ruanda) la comunidad internacional se percató de la necesidad de crear un tribunal internacional con capacidad de procesar y juzgar aquellos crímenes de mayor relevancia internacional que no estuvieran sesgados en la óptica común con tintes de venganza o que se hubieran creado con posterioridad a los actos sancionados. Es por eso que después de la creación de los tribunales de Núremberg, Tokio y los tribunales *ad hoc*, se realizó un estudio para la creación del Estatuto de Roma con aras a crear la Corte Penal Internacional como tribunal permanente, con la facultad de procesar a individuos de los Estados miembros por conductas de su competencia.

Dicha Corte se creó por medio del Estatuto de Roma en 1998, la cual se constituyó como una institución permanente con capacidad para ejercer su jurisdicción de forma complementaria sobre personas naturales de los Estados partes, respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. La CPI se creó con el fin de luchar contra la impunidad sobre los crímenes de mayor gravedad, penaliza a individuos y cumple con el principio de legalidad e irretroactividad de delitos y penas, en tanto que los individuos son procesados por crímenes preexistentes. De igual forma, es importante anotar que, la CPI está facultada para procesar a todos los individuos que violen crímenes de su competencia, sin importar su condición, es decir que no son sujetos calificados.

2 El Espectador, Redacción Política, *Farc pasó de 9.000 miembros a casi 6.000 durante proceso de paz: Min defensa*, 2015, Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-paso-de-9000-miembros-casi-6000-durante-proceso-de-articulo-574152>.



Los delitos que se entiende son de mayor gravedad para la comunidad internacional se encuentran estipulados en el Artículo 5 del Estatuto de Roma, los cuales son:

- (i) El crimen de genocidio,
- (ii) Los crímenes de lesa humanidad,
- (iii) Los crímenes de guerra, y
- (iv) Los crímenes de agresión. Es importante anotar que la CPI no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta el 1º de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción.

Como se indicó anteriormente la CPI puede procesar a individuos de los Estados parte por los crímenes mencionados anteriormente. Para justificar la intervención de entes internacionales en situaciones que en un principio eran de carácter estatal, como es la de imponer justicia, o la denominada “internacionalización de la justicia”. Stahn y van den Herik justifican dicha situación en tanto los crímenes que se protegen a nivel internacional son los crímenes que violan valores fundamentales³, que van ligados a la condición humana, es decir, la dignidad humana, y son de interés de la comunidad internacional. Con base en dicha afirmación es que se protege a dichos crímenes de manera internacional y se le otorga a la comunidad internacional la legitimidad de actuar en garantía de ellos.

Otro factor importante que legitima la internacionalización de la justicia en cabeza de organismos como la CPI es la lucha contra la impunidad. indica que la Corte Penal Internacional tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delito que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional⁴. Desde dicha perspectiva se le autoriza a un ente internacional intervenir en situaciones de carácter interno puesto que se tiene un fin ulterior, que corresponde a la lucha contra la impunidad de aquellos delitos de mayor importancia a nivel internacional.

Los factores anteriormente señalados nos hacen entender por qué la Corte Penal Internacional es un tribunal que tiene la legitimidad de intervenir para procesar individuos de los Estados miembros, de igual forma dicha legitimidad nació por medio de un tratado internacional, como es el Estatuto de Roma, al cual pueden suscribirse los Estados de manera voluntaria. La relación entre los Estados y la Corte Penal Internacional se rige por el principio de complementariedad, cuyo fundamento es

3 Stahn C., & Van den Herik, *Future Perspectives on International Criminal Justice*. La Haya, Países Bajos, TMC Asser Press, 2010, p. 271.

4 Olásolo Alonso, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 45



un sistema de soberanía compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, lo cual constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicción concurrente⁵.

Para entender el tema, es importante indicar que la complementariedad es el principio por medio de la cual la CPI constituye una jurisdicción de *última ratio* que solo puede, primero activarse y posteriormente ejercitarse, ante (i) la inacción, (ii) la falta de disposición o (iii) la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales.

Es importante tener claro que existe la legitimidad de entes internacionales para intervenir en la justicia penal colombiana, esto teniendo en cuenta que desde el año 2012 en Colombia se está adelantando una justicia de transición, con el fin de tomar acciones para que una vez terminadas las hostilidades que han ocurrido en Colombia como consecuencia del conflicto armado interno, se creen condiciones para que haya una paz social y duradera.

La justicia de transición, según Olásolo se entiende como “el conjunto de procesos y mecanismos- que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial con distintos niveles de participación internacional o sin ella, y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones o una combinación de ellas- asociados con los intentos de una sociedad de afrontar un legado de abusos a gran escala y por asegurar las respectivas responsabilidades, hacer justicia y lograr la reconciliación”⁶. Por otro lado Michael y Del Mar denominan la justicia transicional como una justicia adaptada a las transformaciones de la sociedad después de un período de abusos de derechos humanos, por medio de dicha justicia se busca un mecanismo para que la transición de la guerra a la paz lleve consigo la reconciliación de las partes⁷.

Para el Centro Internacional para la Justicia Transicional, los mecanismos y elementos de una política de justicia transicional integral deben incluir la creación de; acciones penales, reparaciones, la reforma de instituciones pública y la comisión de la verdad. Para Michael y Del Mar la justicia transicional debe incluir los elementos antes mencionados pero agregan que deben existir sanciones penales o de otro tipo para los perpetradores de las conductas⁸. En todo caso una justicia de transición trata de ser el puente por medio del cual se regulan las situaciones que requieren las partes para llegar a una paz, en donde se pueda llegar a un equilibrio para que las víctimas tengan la verdad y justicia y los victimarios acepten una forma benévola en que se llegue a la misma.

5 *Ibíd.*, p. 46.

6 *Ibíd.*, p. 71.

7 Michael, N., & Del Mar, K., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2014, p. 840.

8 *Ibíd.*, p. 841.



Diversos Estados han solucionado sus conflictos por medio de una justicia de transición. En ese entendido es menester ampliar un poco algunos procesos de justicia de transición que se han desarrollado en diferentes países para tener un contexto más amplio del proceso que se desarrolla actualmente en Colombia.

Uno de los casos que tuvo resonancia a nivel internacional fue la justicia de transición que se adelantó en Sudáfrica. Desde 1948 Sudáfrica sufrió graves violaciones de los Derechos Humanos y la dignidad humana, los cuales nacieron por la política de discriminación racial, hacia las personas de raza negra, dicho movimiento adquirió el nombre de *Apartheid* (condición de estar separados en el idioma afrikáans de los descendientes de los antiguos colonos holandeses)⁹, por medio de dicho movimiento se limitaban los derechos de las personas de raza negra, se les prohibió el derecho al voto y tenían que ocupar lugares diferentes en los buses y otros espacios públicos; de igual forma se presentaron delitos como torturas, violaciones y asesinatos hacia los miembros de dicho grupo y contra la oposición política al referido sistema.

No fue sino hasta 1993 que se creó una nueva constitución, la llamada constitución transitoria, en donde se reconoció la democracia, los Derechos Humanos y una coexistencia pacífica entre todos los sudafricanos, independientemente de su color, raza, clase, creencias o sexo¹⁰. Por medio de Acto de Reconciliación y de promoción de una nación unida del 26 de julio de 1995, el entonces presidente sudafricano, Nelson Rolihlahla Mandela, estableció una constitución transitoria para las violaciones de los Derechos Humanos cometidos en el período transcurrido entre el 1 de marzo de 1960 hasta 1993. Dicho mecanismo de transición contaba con una Comisión de Verdad y Reconciliación, un comité de Reparación y Rehabilitación, un Comité de Amnistías y un Comité de Violación de Derechos Humanos.

Por medio del Comité de Verdad y Reconciliación el solicitante revelaba todos los hechos cometidos y si estos hechos eran delitos políticos, se consideraba la concesión de una amnistía. Con el fin de obtener la verdad sobre las situaciones en donde se habían cometido conductas que violaban los derechos de las víctimas, se autorizaron formas de amnistía absoluta, las cuales se podían obtener cuando al procesar a los posibles victimarios, estos debían confesar todos sobre los actos cometidos.

La amnistía se otorgaba con el fin de obtener la reparación a las víctimas y para motivar a los victimarios para dar toda la información que tenían en su poder para lograr dicha reparación. Sobre el tema Uprimny señala lo siguiente:

9 Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas asociadas en la lucha contra el apartheid*, s.f., Recuperado de <http://www.un.org/es/events/mandeladayapartheid.shtml>.

10 De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 771.



En ese país se abandonaron los modelos extremos, pues los acuerdos de paz y la llamada constitución transitoria tomaron en consideración los derechos de las víctimas, pero también autorizaron formas de amnistía. Por ello que fue creada una comisión de verdad y reconciliación, dividida a su vez en tres comités: uno que escuchó a las víctimas para reconstruir la verdad sobre los crímenes del apartheid; otro que tramitó las amnistías, y un tercero que formuló recomendaciones para las reparaciones. Un punto decisivo fue entonces que no hubo una amnistía general, sino que cada victimario que quería obtener el perdón debía hacer una confesión pública de sus crímenes ante el comité de amnistía, y podía obtener el perdón únicamente si se trataba de un crimen político, había realmente confesado todos los hechos relevantes del crimen, y existía una cierta proporcionalidad entre el hecho de violencia y el propósito político perseguido. Obviamente, el perdón sólo cubría el delito confesado¹¹.

Con ese modelo de amnistía se abrió un camino a nivel global, puesto que se concedía el perdón a cambio de la verdad, en los casos en donde se presentó evidencia que el procesado no decía toda la verdad sobre sus actuaciones, se perdían todos los beneficios y dependiendo del acto cometido, este podía ser privado de su libertad.

Con posterioridad al caso sudafricano, surgieron otros tipos de justicia de transición, como es el caso de El Salvador, un país ubicado en Centroamérica, quien padeció una guerra civil entre 1980 y 1992. Los bandos enfrentados fueron, por un lado, las Fuerzas Armadas, los Cuerpos de Seguridad Pública, las organizaciones paramilitares y los grupos clandestinos o los escuadrones de la muerte. Por el otro lado, las cinco organizaciones revolucionarias armadas que conformaban el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), las fuerzas progresistas agrupadas en el Frente Democrático Revolucionario (FDR) y otras agrupaciones afines. Las confrontaciones se originaron por la concentración de riqueza en la oligarquía del país, la injusticia en la distribución de la tierras, existía mucha pobreza, desempleo y había represión de los partidos de oposición.

Se cometieron diversos crímenes, entre ellos magnicidios, hubo asesinatos de campesinos, quienes estaban indefensos, desapariciones forzadas, torturas y secuestros. De acuerdo con algunos autores durante la guerra civil en El Salvador, en total, hubo más de 70.000 asesinatos, miles de desaparecidos, torturados, lisiados y cientos de miles de desplazados, refugiados y exiliados. Después de intentar solucionar el conflicto de diversas formas, en 1990 se inició un proceso de negociación entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, que culminó con los Acuerdos de Paz del Salvador firmados el 16 de enero de 1992 en México.

Con el fin de realizar una reconciliación se establecieron cuatro mecanismos de justicia de transición, los cuales fueron: (i) una Comisión de la Verdad, con el fin de dar a conocer

11 Urpimny Yepes, R., Saffon Sanín, M.P., Botero Marino, C., y Restrepo Saldarriaga, E., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, 2006, p. 30.



la verdad sobre los crímenes que ocurrieron; (ii) la depuración de las fuerzas armadas y funcionarios de otras instituciones estatales; (iii) un proceso de cese al fuego, concentración, desarme y desmovilización; (iv) medidas de reparación, compensación, rehabilitación y de no repetición. De igual forma, cuando se dio a conocer el informe de la Comisión de la Verdad se decidió decretar una Ley de amnistía general, solo se tenía el requisito de enviar a las Naciones Unidas las decisiones de los mecanismos de justicia de transición, dado que ellos eran los encargados de verificar dichas decisiones¹².

Por medio de dicha justicia de transición se logró una desmovilización y un cese al fuego que eran necesarios para acabar la violencia en el país, no obstante lo anterior, se vieron diversas críticas como consecuencia de la amnistía general puesto que algunos crímenes quedaron impunes.

1.2 Marco Jurídico para la Paz y la Corte Penal Internacional

La existencia en Colombia de un conflicto armado interno por más de 50 años, supone que se hayan dado distintos intentos de negociación para lograr el fin del mismo. El actual proceso de negociación busca incorporar elementos de la denominada justicia transicional. Lo cual se da a través del denominado Marco Jurídico para la Paz (en adelante MJP), como un criterio constitucional y legal a partir del cual se deben concretar posibles negociaciones de paz. El MJP se creó por medio del Acto Legislativo 1 de 2012.

El Marco Jurídico para la Paz es un fundamento jurídico que sirve como herramienta o mecanismo para llevar a cabo las negociaciones que se están adelantando con las FARC, en La Habana- Cuba. Por medio del mismo se elevan los principios de justicia transicional a nivel constitucional y se contempla la creación de medidas encaminadas a facilitar la terminación del conflicto armado, al tiempo que protege “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”¹³.

De igual forma, por medio del MJP se prevé que el Congreso debe aprobar unas leyes conexas en un plazo de cuatro años contados a partir de la presentación al Congreso de la primera ley implementadora en donde se regularan las actuaciones necesarias para lograr dicho tránsito hacia la paz. Sobre el tema de los grupos ilegales dicho Marco indica que se debe realizar un tratamiento penal diferente para los grupos al margen de la ley, y exige la creación de una comisión de la verdad, la cual es altamente necesaria para lograr la reconciliación con las víctimas.

Para Cote y Tarapué con la creación del MJP se busca implementar “mecanismos mediante los cuales sea posible satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la

12 De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 765-767.

13 International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brusels, International Crisis Group, 2013.



reparación y al mismo tiempo a la necesidad de brindar un tratamiento penal especial a personas que han participado activamente en el conflicto armado colombiano y que han dejado las arma. Esta tensión surge ante la posibilidad de llegar a acuerdos de paz con los grupos guerrilleros que actualmente se encuentran en pie de lucha y que durante años han cometido crímenes atroces”. Esto quiere decir que con el MJP se busca establecer un mecanismo por medio del cual se le pueda dar un trato diferente a la situación colombiana, buscando reparar a las víctimas por medio de la justicia y la verdad y tratando de llegar a acuerdos con los grupos armados ilegales. Se debe aclarar que de realizarse procesos penales en contra de los integrantes de las guerrillas se harán de una forma especial, en tanto no se pretenden juzgar a todos los individuos, solo a algunos cabecillas.

El MJP establece dos términos denominados la priorización y la selección; los cuales son elementos de la estrategia integral de la justicia transicional. Esto, pues se reconoce la dificultad de procesar penalmente todas las conductas delictivas cometidas por las partes del conflicto armado colombiano. Por lo tanto, estos criterios permiten concentrarse en la investigación, judicialización y sanción de los altos dirigentes responsables y de los crímenes más graves.

El contenido de la priorización supone que los Fiscales ponen en práctica criterios para definir cuál es el orden en el que serán procesados los distintos casos y cuál debe procesarse con mayor prontitud. Con el presente mecanismo se busca implementar un orden con el fin de establecer de todos los casos cuál debe ser procesado primero que el otro.

En el caso de la selección, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz ha señalado que “el Legislador diseña una serie de criterios para determinar contra quienes se procederá penalmente –casos seleccionados– y en qué casos –por ejemplo, aquellos de los menos responsables– se podrá renunciar a la persecución penal siempre que se cumplan ciertas condiciones como la dejación de las armas, la contribución efectiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores reclutados.¹⁴ La idea es concentrar los esfuerzos y recursos de judicialización en una cuestión fundamental: la develación de los sistemas de victimización y la rendición de cuentas por parte de los máximos responsables”. Por medio de la selección se analiza exactamente contra quienes se iniciará un proceso penal y en qué casos es mejor renunciar a dicha persecución penal, a cambio de otras actuaciones como la dejación de las armas, la reparación de las víctimas y la obligación de no repetición.

En el aspecto de la selección se debe ser muy precavido porque como se dijo anteriormente, existen organismos internacionales como la Corte Penal Internacional, que están facultados

¹⁴ Alto Comisionado para la Paz, *Preguntas y respuestas Marco Jurídico para la Paz*, 2015, Recuperado de: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Style%20Library/AltoComisionado/img_banners/marco_juridico_para_la_paz.pdf, p. 5.



para intervenir en caso que los Estados decidan no procesar o no tengan la facultad de procesar a sus ciudadanos. No obstante lo anterior, se entiende que en los contextos de justicia transicional y ante contextos masivos donde se violen los derechos humanos, no es posible investigar y juzgar todos los hechos que ocurrieron en un conflicto armado, y tampoco parece factible sancionar a todas y cada una de las personas que participaron en dicho conflicto, por el contrario si un Estado pretende enjuiciar a todas y cada una de las personas involucradas en el conflicto, en el caso colombiano se abriría una puerta más grande para la impunidad, puesto que el país no cuenta con una justicia capacitada para adelantar tantos juicios. Es posible que ninguna justicia tenga dicha capacidad.

En el caso de la CPI, la persecución penal se ha concentrado en el enjuiciamiento de los máximos responsables. En Colombia, por medio del MJP se está tratando de llegar a un acuerdo en La Habana-Cuba, en donde se pueda llegar a una paz, es decir, se tiene que hacer un acuerdo que sea aprobado por las partes y que logre que las víctimas puedan tener una verdad absoluta, una reparación a sus daños y se pueda llegar a la reconciliación. Otro aspecto importante es la desmovilización de los grupos armados ilegales.

El acuerdo debe cumplir con algunos requisitos que se consideran fundamentales para el International Crisis Group, los cuales son:

1. Se debe realizar una evaluación realista de la capacidad administrativa y financiera, en donde las instituciones del Gobierno permitan implementar de manera eficaz el modelo de justicia transicional.
2. Se debe ofrecer seguridad jurídica para los miembros de las FARC en la medida de lo posible. Es de gran importancia, porque cuando se presenta mayor seguridad jurídica, se puede convencer a un mayor número de guerrilleros a dejar sus armas.
3. Se deben tener claras las reglas para un tratamiento diferenciador, entre la *guerrilla*, otros grupos y los agentes del Estado. Es claro que no se deben proporcionar los mismos beneficios a los agentes del Estado y a la guerrilla, pero si se proporcionan beneficios a los paramilitares deben ser equitativos a los de la guerrilla.
4. Se deben respetar las obligaciones internacionales y nacionales de Colombia en relación con los derechos humanos y defender los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición¹⁵.

De igual forma, el acuerdo está vigilado por la Fiscal de la Corte Penal internacional, quien en el 2004 abrió un informe preliminar sobre el caso de Colombia. En noviembre de 2012 la Fiscalía de la CPI emitió un Reporte Preliminar en donde señaló que tenía conocimiento de

15 International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brussels, International Crisis Group, 2013.



las acciones que las autoridades colombianas continúan llevando a cabo en contra de los diferentes grupos ilegales, como las FARC, ELN y mandos paramilitares, como es el caso de la Ley de Justicia y Paz, por ese motivo no ha decidido intervenir, porque considera que los casos son inadmisibles.

Por otro lado indicó que dado que se estaba creando el MJP, iba a tener en consideración los siguientes puntos en los cuales se focaliza el análisis y la observación por parte de la Fiscal de la CPI en Colombia, los cuales son:

- i) “El seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos pertinentes, así como los aspectos jurisdiccionales relacionados con el surgimiento de “nuevos grupos armados ilegales”,
- ii) Acciones judiciales relacionadas con la promoción y expansión de grupos paramilitares,
- iii) Acciones judiciales relacionadas con el desplazamiento forzado,
- iv) Acciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y
- v) Casos de falsos positivos”¹⁶.

Como bien se dijo, la CPI ante el examen que tiene en Colombia se va a focalizar en los anteriores puntos para saber si se cumple con el deber de imponer justicia. De igual forma se debe tener claro que la CPI en su juicio de admisibilidad analiza si el Estado miembro no ha querido o no ha tenido los medios para procesar a los individuos que han cometido crímenes de su competencia. En el entendido que el MJP sigue activo, la CPI no puede admitir casos que estén involucrados en el MJP porque no tiene conocimiento sobre el resultado del procesamiento o no de los individuos que cometieron los crímenes.

Se debe tener claro que el MJP busca defender los derechos de las víctimas, y seguir los lineamientos jurídicos para los mismos, así como lograr realizar los trámites pertinentes para poder cumplir con las exigencias de las partes, tratando de evitar la intervención penal internacional.

Es importante indicar que no se puede asegurar como pueden desarrollarse las cosas en un momento de postconflicto, porque los procesos de justicia transicional no son modelos exactos ni han sido definidos de manera precisa, en realidad los procesos de justicia transicional se han adelantado en países de manera empírica y no tienen una vía exacta para llegar a su fin, el cual puede ser la restauración de la democracia o el tránsito de un conflicto hacia la paz. En el caso colombiano, la justicia transicional se está implementando para realizar el tránsito entre el conflicto armado hacia la paz.

16 Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia, Reporte Intermedio*, 2012, Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf>, P. 7.



El modelo que se está llevando a cabo cumple con una característica importante que es la de la creación de una comisión de la verdad y se están buscando formas de justicia que no vinculen la privación de la libertad. Es, en dicha búsqueda de impartir justicia sin privar de la libertad a algunos guerrilleros, en donde entra a jugar un papel importante la Corte Penal Internacional como organismo permanente con facultades para procesar individuos.

Para aclarar lo anterior, se debe indicar que, Colombia firmó el Estatuto de Roma (en adelante el ER) el 10 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 5 de agosto de 2002. Al firmarlo Colombia emitió una declaración, condicionando la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra, de acuerdo con los parámetros establecidos bajo el Artículo 124 del ER, es decir que la jurisdicción sobre los crímenes de guerra de la CPI, sólo le serán aplicables a Colombia siete años después de la entrada en vigencia del ER, significa que la CPI tiene competencia para dichos crímenes de guerra desde noviembre de 2009, sobre los otros crímenes establecidos en el Artículo 5 del ER, la CPI tiene competencia desde el 2002.

Cobra gran importancia la CPI en el momento del postconflicto colombiano, dado que, si por medio del MJP se otorga amnistía a guerrilleros que se consideran máximos cabecillas y que cometieron crímenes de la competencia de la CPI, está, con posterioridad a su juicio de admisibilidad o complementariedad puede llegar a procesar a dichos individuos.

Es, en ese momento en el cual, una situación que en principio es de la competencia de cada Estado, es decir impartir justicia, se internacionaliza, dado que por medio de un tratado, Colombia le otorgó dicha facultad a la CPI. Colombia puede recurrir a varios escenarios para poder evitar una posible intervención, los cuales pueden ser, realizar procesos a los cabecillas de las FARC en los cuales se obligue a los mismos a entregar la verdad absoluta y de no ser otorgada la misma, se procederá a la privación de la verdad, siempre se debe contar con una comisión de la verdad, la desmovilización, la reparación y la no repetición.

No obstante lo anterior dado que la CPI tiene pocas sentencias, no se puede tener certeza de la posible actuación de la misma. Parece factible que en un proceso de paz puedan existir alternativas diferentes a las de la privación de la libertad para poder imponer justicia a quienes cometieron crímenes que vulneran la dignidad humana. Es por eso que Colombia debe ser cautelosa en su actuación de búsqueda de la paz.

Es claro que Colombia está buscando un fin ulterior que es la justicia y la paz, por su lado la CPI tiene como fin evitar la impunidad de los crímenes más atroces a nivel internacional, situación que se puede traducir en la búsqueda de la justicia. Con esto se pretende indicar que tanto la CPI como Colombia buscan la justicia encaminada a la paz, pero su perspectiva de aplicar justicia puede ser diferente, es por lo mismo que se debe realizar una justicia transicional donde las víctimas encuentren la justicia y los victimarios opten por la desmovilización y la paz.



Una vez analizado el contexto colombiano, el conflicto armado interno existente desde mediados de 1960 y la internacionalización de la justicia, es pertinente evaluar los crímenes de competencia de la CPI con el fin de tener una mirada amplia de la actuación de la CPI a nivel global y sus implicaciones en el Estado colombiano.

2. El proceso de paz en Colombia y sistemas judiciales internacionales

En el presente capítulo se analizará por un lado (2.1.) los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, y con posterioridad, se abordará el tema de (2.2.) el acuerdo preliminar, la justicia transicional en Colombia y la posible intervención de la CPI.

2.1 Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

Con el fin de entender la legitimación que tiene la CPI para intervenir en asuntos que anteriormente eran solo de competencia de los Estados, se hará un análisis de la noción de soberanía y de la globalización, desde el punto de vista de cuatro autores.

La soberanía para la escuela clásica se entendía como un todo absoluto en donde el Estado era el encargado de controlar todos los asuntos en su interior y no se permitía la intervención de actores externos, puesto que regía el principio de autodeterminación de los pueblos y el de no intervención como característica necesaria e inquebrantable de la soberanía.

En el siglo XIX se entendía que la soberanía era absoluta, por eso cuando un Estado no podía tomar una decisión de forma independiente, la misma se veía vulnerada. Con la globalización se ha puesto en duda la creencia de la soberanía absoluta, puesto que han nacido procesos económicos, culturales, jurídicos, políticos y sociales que crearon flujos de redes que han interconectado a los Estados nacionales. Debemos partir del punto que la soberanía es un concepto ficticio que se inventó el hombre y que se puede transformar y entender de manera diferente con el desarrollo y evolución de la sociedad global. Con el análisis de Bonilla, se puede indicar que la soberanía no es absoluta, puesto que los Estados se relacionan de manera interdependiente y existen normas y reglas que van más allá de la creación de un Estado-nación.

Sobre el tema, Teubner señala que, por medio de la globalización se puede inferir que los Estado- nación no representan sociedades en sí mismas regidas por la territorialidad, por el contrario con la globalización se generan procesos de creación normativa descentralizada que no corresponden únicamente al Estado¹⁷. El autor señala que con las diferentes

17 Teubner, G., Sassen, S, y Krasner, compilado por Saldivia, Laura y dirigido por Bonilla, Daniel. *Estado,*



esferas sociales se crean diferentes normas a nivel internacional, las cuales no dependen de un orden jerárquico, sino de una situación que surge en la vida cotidiana, como se puede observar en la siguiente cita:

La fragmentación de la sociedad mundial crea una forma bastante peculiar de derecho global sin Estado que no puede medirse con los estándares de los sistemas jurídicos nacionales basados en la unidad y la jerarquía normativa, ello debido a que la globalización rompe el marco jerárquico en el que se inserta la Constitución nacional, la cual representa la unidad histórica del derecho y el Estado¹⁸.

Es decir, que se crea un derecho global que depende de otras esferas de la sociedad, en donde se ve la necesidad de crear un tipo de reglas que después se vuelven derecho, dicho derecho lo denomina el autor como *derecho neoespontáneo*, se denomina así dado que surge por una necesidad social, y no existe un órgano político o institucional que realice dicha creación normativa. Los casos que menciona el autor son: los grupos de interés, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales y regímenes privados.

Se puede inferir de este autor entonces, que las normas que regulan los aspectos de la sociedad no se pueden encuadrar solamente en lo que consideramos un Estado- nación, con el desarrollo de la actividad humana y los cambios que esta tiene, nos estamos viendo obligados a crear normas que regulen aspectos específicos de las relaciones humanas que no tienen que provenir de un órgano jerárquico en la organización de los Estados.

Para autores como la profesora Sassen los límites territoriales de los Estados no coinciden con la extensión o límites de la autoridad política sobre la economía y la sociedad, en el entendido que en la última década ha crecido el poder de los regímenes políticos internacionales. Es decir, que, en su concepto la soberanía se torna ambivalente, dado que, existen temas que el Estado no está en la capacidad de regular, es por esto que se crean regímenes internacionales capaces de regular dichos aspectos sin desdibujar la estructura del Estado en sentido formal. Esto significa que el Estado sigue siendo un modelo de representación internacional que prevalece, pero su soberanía se modifica, dado que no tiene la capacidad de regular todos los asuntos que se desarrollan en la sociedad y se traslada dicha regulación a regímenes diferentes de los creados por el Estado. Lo cual se traduce en una coexistencia entre los regímenes internacionales y el Estado.

Por otro lado, como es bien conocido, Krasner indica que hay un error en suponer que la soberanía estatal ha sido un todo inequívoco, puesto que siempre ha tenido diferentes

soberanía y globalización. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010, p. 34.

18 *Ibíd.*, p. 41.



matices, como neorrealista, dicho autor sostiene que a través de la historia los gobernantes han estado motivados por el deseo de permanecer en el poder y actúan para alcanzar sus propios intereses independientemente de lo que ocurra con la soberanía. Según Krasner la soberanía estatal no está siendo fundamentalmente erosionada o transformada por la globalización, ya que ha sido siempre objeto de diversos desafíos, por el contrario afirma, que el debilitamiento del control estatal puede fortalecer su autoridad. Krasner indica que “la globalización ha aumentado la importancia de la soberanía entendida como reconocimiento mutuo, porque una de las maneras como el Estado ha respondido al aumento de flujos que no puede controlar unilateralmente consiste en firmar acuerdos internacionales de cooperación”. Para este autor la globalización aumenta la importancia de la soberanía puesto que cuando los Estados son conscientes que hay temas que no pueden regular de manera unilateral buscan colaboración por medio de acuerdos internacionales de cooperación, los cuales según el autor son muestra clara del reconocimiento mutuo que tiene un Estado con relación al otro.

Ante las ideas anteriormente señaladas, Bonilla indica que, los Estados deben considerarse todos iguales y deben adquirir obligaciones con terceras personas sólo cuando manifiesten su voluntad de manera implícita o explícita. Con la globalización y el entendimiento de la soberanía como un desarrollo ficticio que no se entiende absoluto, se permite indicar que los Estados no tienen la capacidad y no regulan todos los aspectos de la sociedad, dicha situación no elimina su condición de Estado-nación. De igual forma los Estados adquieren obligaciones internacionales de manera voluntaria, esto se consigue por medio de convenios o tratados internacionales o adhiriéndose a organismos con fuerza vinculante, creados por los mismos Estados.

Haciendo un análisis de la concepción que tienen los anteriores autores de la soberanía podemos señalar que la misma tiene diferentes matices y no se debe entender como absoluta, esto partiendo de las concepciones como la de Teubner quien indica que la globalización promueve la creación de normatividad descentralizada que no corresponden solo al Estado, sino que la misma surge como necesidad de la vida cotidiana y el contexto de cada generación, es decir que el derecho surge por una necesidad social, con la evolución de nuestro tiempo, podemos dar origen a normas que se crean por las necesidades de las situaciones y que no tienen que provenir del Estado. Por su lado, la profesora Sassen es consciente que el Estado no tiene la capacidad de regular todas las esferas que comprenden las relaciones del ser humano, por lo mismo indica que se han creado regímenes internacionales que regulan dichos aspectos, por eso traslada parte de su soberanía a otros regímenes, por lo cual hay coexistencia de regímenes internacionales y el Estado. Krasner tiene una concepción más amplia y señala que, con la globalización y con los asuntos que el Estado no puede solucionar solo busca firmar acuerdos internacionales de cooperación en donde según el autor se evidencia la soberanía como reconocimiento mutuo, puesto que se reconoce la capacidad que tiene cada uno de determinar con quien desea hacer alianzas.



Recogiendo estas posiciones podemos indicar que la soberanía ha dejado de entenderse como absoluta y se ha transformado en una creación que evoluciona con la realidad de la sociedad, por lo mismo hemos dado legitimidad a entes que no hacen parte del Estado para que regulen situaciones que el Estado no ha tenido la capacidad de regular. Asimismo hemos aceptado adquirir obligaciones con terceras personas mediante tratados y convenios que nos vinculan, los cuales firmamos de manera voluntaria, dicha situación se puede observar en el caso de la Corte Penal Internacional, los estados al poder decidir y determinarse a sí mismos tienen la posibilidad de firmar o no el Estatuto de Roma, situación que conlleva la cesión de parte de la soberanía a un ente internacional, pero al mismo tiempo puede reafirmar la soberanía en tanto que el Estado es quien decide someterse a dicho régimen. Es de recordar que la CPI solo puede intervenir de manera complementaria o subsidiaria como se explicó de manera previa.

Si bien es claro que la CPI puede intervenir en Colombia en el entendido que dicho país hace parte del ER, la misma tiene requisitos para poder tener jurisdicción sobre las conductas de los individuos. Por un lado debe pasar el juicio de subsidiariedad o complementariedad que se realiza como se explicó anteriormente cuando un Estado no quiere o no puede procesar a los sujetos que cometieron la conducta que es de competencia de la CPI, dichos crímenes que son de competencia de la CPI se entienden como las conductas que vulneran la dignidad humana, entre los cuales están: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de guerra.

Una vez analizada la soberanía y la globalización en cuanto a la competencia de la CPI para intervenir en esferas de los Estados, es pertinente analizar los crímenes de competencia de la CPI, de la siguiente manera.

Para Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst el genocidio se entiende como la negación de la existencia de un grupo humano¹⁹, que tiene como fin necesario el intento de destruir todo o parte de un grupo, es decir que siempre tiene una connotación discriminatoria hacia un grupo social específico. Dichas conductas deben ser protegidas por la lista del Convenio de Genocidio que protege a las víctimas que son violentadas por: su nacionalidad, etnia, raza o por pertenecer a un grupo religioso.

Para que una conducta sea constitutiva de un acto de genocidio debe estar tipificada en el Artículo II del Convenio de Genocidio que regula las siguientes conductas:

- a) Matar a miembros de un grupo,
- b) Causar daños psicológicos o físicos a miembros de un grupo,

19 Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 203.



- c) Infligir deliberadamente condiciones a un grupo, destruirlos físicamente en todo o en parte,
- d) Imponer medidas y evitar nacimiento de un grupo,
- e) Transferir forzosamente niños de un grupo a otro.

Es claro entonces que el genocidio constituye un crimen que vulnera los derechos y la dignidad humana por considerarse una forma clara de discriminación hacia una raza, sexo, religión o etnia, y porque quienes cometen dicho crimen están evitando que las personas pertenezcan a un grupo en el cual se define el desarrollo de su personalidad.

El crimen de lesa humanidad se entiende como la realización de actos generalizados, sistemáticos que son perpetrados contra la población civil, en los cuales no hay necesidad de que haya un conflicto armado y no hay requerimiento de ánimo discriminatorio. Se entiende por generalizados los crímenes que se cometen contra una gran cantidad de víctimas, ya sea por la cantidad de crímenes o por ser un crimen con muchas víctimas. Hasta el momento no se ha estipulado un número exacto para definir la cantidad de los crímenes que se deben cometer para entenderse como un crimen de lesa humanidad, puesto que según la comunidad internacional dicha situación se debe examinar caso por caso.²⁰ Por sistemático se entiende que las conductas criminales que aparte de ser generalizadas, se realizan con arreglo a un plan político preconcebido que permite la realización repetida o continuada de dichos actos inhumanos.

La definición de los crímenes de lesa humanidad incluye ciertos actos prohibidos que se han enlistado desde el Tribunal de Núremberg, en donde apareció la primera lista de los crímenes de la siguiente manera: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, persecución y tratos inhumanos. Después se agregó a la lista la violación, tortura y el encarcelamiento. Con la creación de la CPI trataron de ajustar la lista en la cual se incluyeron los siguientes actos: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, otras violencias sexuales, desaparición forzada y el apartheid.

Los crímenes de guerra se consideran como violaciones graves de las leyes, normas y las costumbres aplicadas en los conflictos armados, también conocido como el derecho internacional humanitario, que se utiliza en caso de conflicto armado interno o internacional.

En un principio por medio del Tribunal de Núremberg se creó un listado con los crímenes de guerra que incluía los siguientes actos: asesinatos, malos tratos, deportación y trabajos forzados a civiles y prisioneros, ejecución de rehenes y destrucción no debida a razones militares. Posteriormente con la creación del tribunal *ad hoc* de la Ex República de

²⁰ *Ibíd.*, p. 236.



Yugoslavia se realizó un listado con más crímenes de guerra, como se puede observar en su Artículo 3, el cual incluía las siguientes conductas: el uso de armas tóxicas, o el uso de armas que ocasionan sufrimientos innecesarios, destrucciones innecesarias, ataque a lugares indefensos, destrucción de monumentos históricos, obras de arte y saqueos.²¹ En el Tribunal de Ruanda los jueces de igual manera hicieron un listado de los crímenes de guerra para procesar a los individuos que cometieron dichas conductas.

Con la creación del Estatuto de Roma en 1998 se estableció en el Artículo 8 un listado con 50 conductas que se consideran hasta el día de hoy como las que configuran crímenes de guerra. Cuando hablamos que los tribunales como los de Yugoslavia y Ruanda le daban contenido a los crímenes de guerra, estamos afirmando que los mismos tenían permitido crear normatividades aplicables a los procesados, en ese entendido se puede afirmar que se otorga un grado de discrecionalidad alto al juez.

Con la creación de la CPI, se estipularon crímenes que al momento de ser analizados caso por caso deben llenarse de contenido para encaminar un acto realizado a un tipo penal, en dicho acto el juez se vuelve un sujeto dotado de discrecionalidad para analizar los supuestos de hecho y los tipos de los delitos. Si se asume que los jueces están dotados de discrecionalidad en dicho campo, se puede cuestionar también la toma de decisiones sobre las intervenciones que la CPI debe tomar o no en algunos países, la cual no es tomada por el juez, sino que en el caso de la CPI, dicha decisión es asumida por la Fiscalía. Si bien es cierto que los delitos de competencia de la CPI son taxativos, dado que están consignados en el ER, la situación sobre la aplicación de los mismos genera controversia, toda vez que la Fiscalía de la CPI debe hacer un juicio en el cual establezca si en el caso concreto es válida o no su intervención.

Se debe tener clara que si bien la CPI evita la impunidad de los crímenes más atroces, también es consciente del contexto en el cual desea intervenir, por ejemplo, si se está hablando de un país en conflicto que atraviesa por una justicia de transición, la CPI debe establecer si decide intervenir y analizar los efectos que dicha intervención pueda producir en la solución del conflicto, para ampliar dicha idea es menester recordar que el Estatuto de Roma en su artículo 53 (1) (c) establece la posibilidad de que el Fiscal considere un asunto inadmisibile y desista de una investigación si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. Por medio de dicha cita se puede decir que la Fiscalía de la CPI, tiene elementos en su estatuto para analizar en cada caso si debe intervenir o no, aparte de eso debe analizar el contexto del país donde pretende intervenir. Parece adecuado indicar que en el contexto colombiano, dado que se está adelantando un proceso de justicia transicional la Fiscalía de la CPI prefiera el interés de la justicia, lo que

21 *Ibíd.*, p. 274.



se interpreta como el interés que tiene Colombia por alcanzar una paz duradera, y en ese entendido la CPI se abstenga de intervenir. De igual forma debe tener en consideración que, actualmente en Colombia se están adelantando acuerdos y procesos por medio de los cuales se está impartiendo justicia para el país.

Si bien es cierto que mediante el actual proceso de paz y sus herramientas, se está buscando impartir justicia en el país, es pertinente señalar que Colombia cuenta con una normatividad vigente en donde penaliza las mismas conductas que persigue la CPI, por medio del Artículo 101 del Código Penal Colombiano se regula el delito del genocidio y en el Libro II, Título II del señalado Código, se regulan los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, también conocido como crímenes de guerra, frente al crimen de lesa humanidad se ha venido desarrollando el delito de forma jurisprudencial. Todo esto para dejar claro que si bien se está analizando la internacionalización de la justicia y la actual justicia de transición en Colombia, como mecanismos para llegar a una paz firme y duradera, no se debe dejar de lado que en Colombia ya existen mecanismos penales para sancionar a las personas que cometen crímenes como lo son el genocidio, el crimen de guerra y el crimen de lesa humanidad.

Considerados los crímenes de competencia de la CPI y la importancia de la Fiscalía y el Juez en la toma de decisiones sobre la intervención o no en sus países miembros, es necesario tener un enfoque concreto de la situación actual de la justicia de transición en Colombia y como está puede abrir o cerrar la puerta para una posible intervención de la CPI.

2.2 Acuerdo preliminar, la justicia transicional en Colombia y posible intervención de la Corte Penal Internacional

En el caso de Colombia, existe una expectativa sobre la posible intervención o no de la CPI que puede generarse en un momentos de postconflicto, ante esto es importante indicar que, por medio de reunión del día 23 de septiembre de 2015, el actual presidente de Colombia, el señor, Juan Manuel Santos y el grupo de negociadores del proceso de paz que se adelanta en Colombia anunciaron la creación de un acuerdo preliminar donde se estipulan algunas condiciones de la justicia transicional con aras a encontrar una paz duradera, dicho acuerdo preliminar no se encuentra a la fecha plenamente divulgado, pero el mismo fue entregado a los medios de comunicación quienes han informado a la comunidad sobre los temas pactados en el mismo. Según la revista Semana, por medio de dicho acuerdo se pactaron los siguientes puntos:

- 1 La creación de una jurisdicción especial para la paz donde no hay impunidad.
2. Amnistías: según el comunicado se contemplará amnistía para los delitos políticos y conexos, a través de una ley que se presentará ante el Congreso, actualmente solo puede aplicarse para los delitos de rebelión, sedición y asonada. Lo que se debe tener



claro es que ningún delito de lesa humanidad o delito de guerra será amnistiado. La discusión que se está adelantando sobre el tema se basa en el narcotráfico como delito conexo a un delito político, en tanto los dineros del narcotráfico se convirtieron en el motor económico de los grupos armados ilegales como las FARC, para sostener su rebelión contra el Estado.

3. No es justicia solo para las FARC: la jurisdicción está diseñada para las personas que hayan cometido delitos graves relacionados con el conflicto armado colombiano, es decir que la jurisdicción se aplica para guerrilleros que hagan parte del acuerdo de paz, militares, agentes del Estado o civiles que hayan cometido graves crímenes. Se puede observar que en la nueva jurisdicción no parten del principio de selectividad que se había mencionado en el MJP, el problema con no aplicar dicho principio, es que se intenta procesar a un número considerable de individuos, lo cual puede generar congestión en el sistema y así originar decisiones escasas y lentas.
4. A más verdad menos sanción: en este punto se busca el esclarecimiento de la verdad, es por esto que las penas dependen de la entrega efectiva de la verdad de quienes cometieron las conductas, es decir que, (i) las personas que aporten una verdad exhaustiva y detallada sobre los hechos cometidos, podrán recibir sanciones restaurativas y una restricción efectiva de su libertad entre 5 y 8 años, (ii) quienes entreguen esa verdad de manera tardía o parcial, serán investigados y si resultan culpables, recibirán una pena de prisión ordinaria de entre 5 y 8 años, (iii) quienes no digan la verdad podrán recibir penas de prisión de 20 años. Hasta el momento no se tiene claro que tipo de sanciones restaurativas se impondrán, pero el Gobierno ha indicado que las mismas tendrán vigilancia constante y serán efectivas.
5. Solo es para el conflicto armado: como se mencionó anteriormente, los delitos que se procesarán por dicha jurisdicción solo son los que hacen parte del conflicto armado interno, en ese entendido, se creará una sala por medio de la jurisdicción especial encargada de calificar si los procesos son parte o no del conflicto.
6. No habrá extradición: el acuerdo prohíbe que se extradite a quien entra a ser parte de dicha jurisdicción y cumpla con los requisitos y sanciones que la misma impone.
7. Participación en política: las partes en el conflicto han indicado que darán apertura política a los integrantes de las FARC, lo que no se ha concretado es el momento en el cuál puedan participar en la política, si desde que están ejecutando las sanciones restaurativas y la privación de la libertad o si tiene que ser en un momento posterior²².

22 Revista Semana, *Qué se pactó*, 2015, Edición No. 1743, 28-31.



Por medio de la reunión se acordó que a más tardar en 6 meses se firmará el fin del conflicto, posterior a la mencionada firma, se contarán 60 días en los cuales, las FARC deben dejar las armas.

Respecto de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, el Gobierno ha informado que los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no quedarán en la impunidad, frente al tema la Fiscal General de la CPI, Fatou Besuda “notó con optimismo que el acuerdo excluye la concesión de amnistías por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y que está diseñado, entre otras cosas, para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves”²³. De igual forma la Fiscal informó que va a revisar detalladamente los acuerdos que se pacten para lograr la paz en Colombia.

El director para las Américas de *Human Rights Watch*, José Miguel Vivanco señaló que “aunque la jurisdicción especial contribuirá a que haya confesiones, también permitirá que los máximos responsables de atrocidades masivas eludan completamente la prisión, y de ese modo se privaría a las víctimas de cualquier medida de justicia que mínimamente respete el sentido de ese valor universal”²⁴. Vivanco no está conforme con las penas no privativas de la libertad, puesto que Colombia tiene una obligación jurídica internacional de interponer penas que guarden proporción con la gravedad de los delitos, no obstante lo anterior, cuando se habla de justicia no siempre se tiene que tener en consideración la privación de la libertad por medio de la cárcel, existen otras formas de justicia como lo son la reparación de las víctimas, la verdad y el compromiso de no repetición, situaciones que han sido mencionadas por el Gobierno como parte del acuerdo final.

Según el acuerdo preliminar solo se aplicará amnistías para los delitos políticos y conexos, es decir que los otros delitos serán procesados y se deben pagar penas por los mismos. En el entendido que se otorgarán penas restaurativas y restricción de la libertad a las personas que entreguen toda la verdad de 5 a 8 años, pero no serán penas de prisión ordinarias, es posible que los individuos que otorguen dicha verdad hayan cometido crímenes de la competencia de la CPI.

La CPI, se originó con el fin de terminar con la impunidad de los crímenes más atroces a los individuos, desde su surgimiento han sido pocas las sentencias que se han impartido, por consiguiente no es factible prever sus actuaciones en casos concretos. Por medio del acuerdo preliminar se abre la puerta para que a Fiscal de la CPI actúe de diversas maneras.

De acuerdo al comunicado, se puede afirmar que no hay impunidad para los crímenes de la competencia de la CPI, no obstante lo anterior, se debe tener claro que el papel de la CPI no es solo exigir que se señale la falta de impunidad, esta puede hacer

23 *Ibid.*

24 Human Rights Watch, Colombia: un acuerdo que sacrifica, 2015, Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia>



un examen meticuloso en donde señale que las medidas tomadas para los crímenes de su competencia son adecuadas o inadecuadas en cada caso. Es de recordar que la Corte Penal Internacional puede intervenir ante la inacción, (ii) la falta de disposición o (iii) la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Es decir que Colombia queda a la espera de las actuaciones futuras de la jurisdicción especial y si estas son suficientes para al CPI, la misma no podrá intervenir, de lo contrario podría intervenir y poner en riesgo el proceso de paz tan anhelado.

Teniendo en cuenta los crímenes de competencia de la CPI y el acuerdo preliminar que se está adelantando en Colombia es pertinente señalar que el papel que tiene el juez y la Fiscalía de la CPI es fundamental, puesto que dependiendo del análisis que emitan y de los resultados del Acuerdo Preliminar y/o del MJP se definirá en qué situación se ubica Colombia ante la Corte Penal Internacional.

Conclusiones

Con la existencia del conflicto armado interno en Colombia y su internacionalización la cual se ha generado por la globalización, la ambivalencia de la soberanía y la suscripción de acuerdos y tratados internacionales, es justo decir que la justicia de transición que se está adelantando en Colombia, está en el foco de entes internacionales, como es el caso de la Corte Penal Internacional. Dicha situación se desprende del hecho de que Colombia es miembro del Estatuto de Roma y que en Colombia se han vulnerado derechos que tanto la comunidad internacional como la Corte Penal Internacional protegen, de igual forma, se han cometido delitos de su competencia, como crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra por diferentes actores del Estado.

Desde el año 2012, Colombia está llevando a cabo un proceso de paz con las FARC por medio de una justicia de transición en la cual se pretende que dicho grupo deje sus armas y se logre negociar una paz duradera, dado que en Colombia se han vulnerado diversos crímenes, entre ellos crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, se debe ser cauteloso con los mecanismos que se estipulen para lograr la paz. El hecho que la CPI sea un ente que se ocupa de sancionar conductas propias de los conflictos armados internos hace que se genere una actitud precavida por parte del Gobierno sobre las soluciones del conflicto. Por lo anterior se debe analizar la siguiente pregunta ¿cuál es la finalidad de la Corte Penal Internacional? Ante dicho cuestionamiento, se puede afirmar que la CPI tiene como objetivo primordial acabar con la impunidad de los delitos más atroces a nivel mundial, de igual forma, la misma se entiende como mecanismo de presión para que los Estados actúen en pro de los derechos de sus ciudadanos y eviten la impunidad. Otro aspecto importante de la CPI es que busca la justicia global y es un organismo que funciona con base en el contexto de cada país, es decir que no actúa desmesuradamente.



En ese entendido, de acuerdo a lo planteado anteriormente, se puede indicar que Colombia es consciente que es miembro de la CPI y por lo mismo tiene claro que tiene que perseguir los crímenes de su competencia, so pena de que la misma intervenga, por lo mismo, el papel que tiene la CPI para presionar a sus miembros a que combatan la impunidad se ve muy presente en este país. Por otro lado en relación con el papel que tiene la CPI para asegurar que cada país cumpla con su búsqueda de justicia se está viendo presente en Colombia, puesto que por medio de la justicia transicional y el proceso de paz, se están desarrollando mecanismos para procesar a los sujetos que han cometido conductas delictivas y de competencia de la Corte Penal Internacional en el marco del conflicto armado colombiano, y es claro que, si dichos mecanismos son ejecutados de manera eficiente, y se logra un país con paz, lo más razonable sería que la CPI se abstenga de intervenir, puesto que los elementos de admisibilidad se verían afectados, esto teniendo en cuenta que Colombia ha desplegado su jurisdicción para procesar a los individuos que cometieron dichas conductas, es decir que habría acción, en tanto se dispone a procesar a los individuos, disposición, como bien se ha mencionado en el acuerdo preliminar y capacidad de la jurisdicción nacional para procesar a dichos individuos. En este aspecto, se debe hacer un examen postconflicto puesto que se debe analizar si los requisitos de admisibilidad se cumplieron a cabalidad o no.

Por otro lado no se puede olvidar que en Colombia se está buscando darle terminación a un conflicto que ha perdurado por más de 50 años, ahora cabría preguntarse ¿qué finalidad tiene el proceso de paz? Mediante el actual proceso, se esta buscando la paz de Colombia por medio de una justicia restaurativa, es decir por medio de la verdad, la desmovilización de los grupos armados ilegales y la promesa de no repetición, dicho proceso de paz, hasta el 23 de septiembre de 2015, se iba a desarrollar por medio del Marco Jurídico para la Paz, como método de justicia transicional y mecanismo por medio del cual se busca reparar a las víctimas del conflicto mediante la justicia y la verdad. No obstante lo anterior, por medio de reunión llevada a cabo en La Habana-Cuba, de dicho día, se anunció la creación de un acuerdo preliminar por medio del cual se va a desarrollar una jurisdicción especial para la paz, dicho acuerdo se entiende como una actuación política, entre el Estado y las FARC. Lo que dicha actuación deja en el aire es la relación que la misma tendrá con el Marco Jurídico para la Paz, es decir, no es claro si las dos se complementarán o preferirán optar por alguna de las dos para solucionar el conflicto. Desde ya se han podido observar discrepancia entre ellas, puesto que en el MJP se pretende aplicar las figuras de la priorización y la selección, por el contrario en la jurisdicción especial para la paz se pretende procesar a todas las personas que hayan cometido delitos graves relacionados con el conflicto armado colombiano.

En los dos casos se debe tener en cuenta que las decisiones tomadas por el Gobierno serán observadas por la comunidad internacional, en especial la CPI, la cual tendrá que hacer dos juicios de admisibilidad: 1) por un lado analizar el contexto colombiano, su empeño y su búsqueda por la paz, y que Colombia ha desarrollado mecanismos de justicia de transición



para terminar un conflicto que ha perdurado por más de 50 años, en este caso optaría por dejarle el camino libre a un país y no intervendría, lo cual la dejaría como un ente observador pero no interventor, 2) por otro lado si decide intervenir, tendría que hacer un juicio de admisibilidad, en el cual debe analizar si Colombia actuó, y si su forma de actuar le parece satisfactoria. Cabe decir que dichos juicios deberían realizarse en un momento de postconflicto, puesto que mientras se estén desarrollando mecanismos para lograr la paz, la CPI no puede actuar puesto que su accionar solo se puede despertar de manera subsidiaria o como *última ratio*.

Bibliografía

- Alto Comisionado para la Paz, *Preguntas y respuestas Marco Jurídico para la Paz*, 2015, Recuperado de: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Style%20Library/AltoComisionado/img_banners/marco_juridico_para_la_paz.pdf
- Ambos, K., Malarino, E., y Elsner, G., *Justicia de transición, informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009.
- Ambos, K., Cote Barco, G.E., Ibáñez Gutiérrez, C., Sánchez, N.C., Tarapués Sandino, D.F., Villa Rosas, G., y Zuluaga, J.E., *Justicia de transición y Constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2014.
- Clapham, A., & Gaeta P., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Cuál es la definición de "Conflicto Armado" según el derecho internacional humanitario?*, 2008, Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.
- Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia, Reporte Intermedio*, 2012, Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf>
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurst, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.
- De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- El Espectador, Redacción Política, *Farc pasó de 9.000 miembros a casi 6.000 durante proceso de paz: Min defensa*, 2015, Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-paso-de-9000-miembros-casi-6000-durante-proceso-de-articulo-574152>.



Human Rights Watch, *Colombia: un acuerdo que sacrifica*, 2015, Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia>

International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brusels, International Crisis Group, 2013.

Michael, N., & Del Mar, K., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas asociadas en la lucha contra el apartheid*, s.f., Recuperado de <http://www.un.org/es/events/mandeladay/apartheid.shtml>

Olásolo Alonso, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas - Biblioteca Jurídica Díké, 2009.

Revista Semana, *Qué se pactó*, 2015, Edición No. 1743, 28-31.

Revista Semana, *Guiño Global*, 2015, Edición No. 1743, 32.

Stahn C., & Van den Herik., *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya, TMC Asser Press, 2010.

Teubner, G., Sassen, S, y Krasner, compilado por Saldivía, Laura y dirigido por Bonilla, Daniel. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010.

Urpimny Yepes, R., Saffon Sanín, M.P., Botero Marino, C., y Restrepo Saldarriaga, E., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, 2006.

<http://www.iccnw.org/?mod=aggression&lang=es>

EL PROBLEMA DE LA TRATA DE PERSONAS: LIMITACIONES DE LA REGULACIÓN POR EL ESTADO COLOMBIANO

THE HUMAN TRAFFICKING PROBLEM: SHORTCOMINGS OF THE REGULATION BY THE COLOMBIAN STATE

✉ Por: CATALINA BRAVO CORREA*

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2015

Resumen

El presente artículo busca indagar sobre la regulación de la trata de personas. Para comenzar, hace un recuento sobre el marco jurídico internacional de la trata y dos posibles marcos aplicables a esta: el marco de criminalización y el marco de Derechos Humanos, que conjuntamente pueden ser aplicados en la lucha contra este fenómeno. Posteriormente, el texto analiza la trata de personas interna en el Estado colombiano y el tratamiento que recibe por parte de los servidores públicos. Finalmente, este artículo subraya la disparidad existente entre la regulación de la trata de personas externa e interna relativa a Colombia.

Palabras claves: *Trata de personas, criminalización, Derechos Humanos, marco jurídico, tratamiento diferencial.*

* Abogada, Universidad EAFIT. Medellín, Colombia. Email: cbravoc@eafit.edu.co



Abstract

The purpose of this article is to examine the current legislation on human trafficking and its implications on the domestic level. It begins with an account of the current international legal framework for trafficking in persons and the two possible frames applicable to control it -the criminalization frame and the Human Rights frame-, which are jointly relevant to this phenomenon. Subsequently, this paper studies internal trafficking in the Colombian State and its treatment by Colombian officials. This article concludes by discussing the existent disparity between the international and internal regulation of human trafficking in Colombia.

Key words: *human trafficking, criminalization, Human Rights, legal framework, differential treatment.*

Introducción

“La esclavitud es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición”¹.

La trata de personas o la explotación de personas con el fin de obtener ganancias económicas ha ocurrido desde hace miles de años, si bien este fenómeno no ha sido extensamente visto como una forma de esclavitud. Cuando la mayoría de personas piensan en la esclavitud, su pensamiento sigue enclavado en la esclavitud negra del siglo XIX (como la de Estados Unidos y América Latina) o en la esclavitud en tiempos de la antigüedad clásica.

Sin embargo, personajes e instituciones a nivel global le han dado un nuevo protagonismo a la trata, refiriéndose a ella como un fenómeno de esclavitud moderna y han conseguido que la ignorancia frente a este tema disminuya. En palabras del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama:

“[la trata] debe preocupar a cada individuo, porque es la degradación de nuestra humanidad común. Debe crear alarma en la comunidad porque desgarrar el tejido social. Debe preocupar a cada empresa porque distorsiona los mercados. Debe ser una voz de alerta para cada nación porque pone en peligro la salud pública y alimenta

1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, artículo 7, 30 de abril de 1956.



la violencia y el crimen organizado...a la que debe llamarse por su verdadero nombre: esclavitud moderna”².

Por su parte, el anterior Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, ha declarado que la esclavitud sigue vigente hoy en día, pues como expresó ante el Parlamento Británico:

“la esclavitud no puede ser relegada a los anales de la historia mientras hombres, mujeres y niños sean coaccionados, drogados, engañados y vendidos para realizar trabajos peligrosos y degradantes en contra de su voluntad”³.

Con estas declaraciones, personajes como el Presidente Obama y el ex-Secretario General Kofi Annan pueden estar dándole un giro a la problemática de la trata de personas. Si la trata humana se mira como un problema de esclavitud se tendrá que analizar bajo la óptica de los Derechos Humanos, hecho que resulta alentador para las organizaciones no gubernamentales que abogan para que la trata sea vista de esa manera, otorgándole a las víctimas una atención primordial.

Con base en los anteriores desarrollos, es posible definir la trata de personas como el control, la coerción, la captación de una persona por otra con el fin de sacarle provecho. Es, también, la utilización de una persona como si fuese una propiedad, y puede generarse de manera transnacional o de manera nacional. Sin embargo, según el Reporte Mundial sobre la Trata de Personas del 2014 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC en adelante), aunque la trata de personas ocurre alrededor del mundo, la mayoría de las víctimas son objeto de trata cerca de sus hogares, dentro del mismo país o de la misma región y sus traficantes son generalmente compatriotas⁴. Con este argumento de base, y debido a la existencia de un mayor número de investigaciones sobre la trata transnacional y la escasez aún mayor de estudios acerca de la relación entre estos dos fenómenos, este artículo se concentra en la trata de personas nacional y no en la transnacional.

El objetivo de este artículo es analizar el tratamiento normativo que se le da en Colombia al fenómeno de la trata de personas y con ello se busca señalar las falencias y confusiones

2 La Casa Blanca, Oficina del Secretario de Prensa, “Palabras del Presidente a la Iniciativa Global Clinton”, *Sitio web La Casa Blanca*, [en línea], disponible en: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/09/25/remarks-president-clinton-global-initiative>, consulta: 12 de mayo de 2015 (T de la A.).

3 Kofi Annan, “Discurso del Excelentísimo Señor Kofi Annan, para las dos cámaras del Parlamento”, *Sitio web UNODC*, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/speeches/speech_2007_05_08.html, consulta: 17 de octubre de 2015 (T de la A.).

4 UNODC, “Reporte Mundial sobre la Trata de Personas 2014”, *Sitio Web UNODC*, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf, consulta: 16 de agosto de 2015, p.1 (T de la A.).



que se generan frente a la aplicación de dicha normatividad. Esto es necesario en la medida en que se busca llamar la atención sobre la magnitud y la gravedad del problema en el contexto colombiano y las dificultades que tiene su aplicación frente a la normativa internacional en la materia.

La hipótesis que se pretende comprobar es que aunque existe una normatividad amplia y suficiente de la trata de personas a nivel internacional, existe también una disparidad entre esta y la realidad normativa colombiana ya que el orden jurídico nacional no le da la prioridad ni ofrece la regulación que se requiere frente a la trata de personas. Además, se analiza si el hecho de abordar la trata de personas desde un enfoque de Derechos Humanos conduciría a que estos casos se conviertan en objeto de investigación, tanto a nivel del sistema universal como local, poniendo de relieve en la plataforma política, jurídica y ciudadana la problemática y la situación de las víctimas de trata en Colombia y del fenómeno de la trata en general.

Este artículo parte de un recuento histórico acerca de la creación del marco jurídico actual aplicable a la trata, y analiza este fenómeno no sólo desde un enfoque penal, sino también resaltando la importancia de acudir al sistema universal y regional de Derechos Humanos, para que se tomen decisiones vinculantes frente a la negligencia en el tema. La primera sección termina refiriéndose a fondo al concepto de trata de personas transnacional y a su regulación internacional.

Posteriormente, se realiza un análisis de la trata nacional, que en un país como Colombia es de gran importancia, ya que la trata de personas interna es generalmente difícil de identificar debido a la falta de entendimiento que existe sobre esta por parte de los servidores públicos y de la mayor parte de los colombianos. Puede ocurrir que una persona se encuentre frente a una conducta de trata interna, y la confunda con otra actuación o tipo de delito por simple desconocimiento. Al desconocer los elementos que la identifican como trata, se puede perder la oportunidad de ayudar a las víctimas, presentando el caso ante las autoridades competentes.

En Colombia existe una gran variedad de conductas tipificadas penalmente, las cuales podrían en casos específicos confundirse fácilmente con modalidades de trata de personas. Cuando los servidores públicos le otorgan un tratamiento diferencial a ciertos comportamientos de trata humana, se crea una distorsión en las estadísticas y se genera un sistema penal injusto debido en gran parte a la diferencia de penas entre conductas similares a la trata de personas (que tienden a ser menores) y entre el tipo penal de la trata de personas.

Finalmente, el artículo concluye con una discusión sobre la disparidad existente entre la trata de personas transnacional y la trata nacional en el Estado colombiano. Aunque ambas carecen de una ordenación eficiente por parte de las autoridades colombianas, existe un



desbalance entre la regulación y el manejo de la trata de personas transnacional y la trata de personas nacional, ya que la reglamentación interna de la trata nacional carece de la coherencia que posee la trata transnacional en el ámbito internacional.

1. La conceptualización internacional de la trata de personas

La trata de personas se puede generar de dos maneras en el ámbito espacial, de manera transnacional o nacional. La nacional o interna ocurre cuando una persona nacional de un Estado es objeto de trata dentro de las fronteras territoriales de ese Estado. La transnacional, por otro lado, se produce cuando una persona es explotada por fuera del Estado al que pertenece.

Para efectos de este artículo, la trata de personas transnacional es importante porque nos permite establecer el contenido y alcance, tanto fáctico como jurídico, de este fenómeno ilícito. Sin embargo, el objeto principal de este texto no es la trata transnacional, sino la manera como se aborda el concepto de trata en Colombia, en especial la que se da dentro del Estado. Esto no significa que la trata transnacional relativa a Colombia no exista, sino que según el Reporte sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de Estados Unidos 2014, se registra que a pesar de que en dicho ámbito existen inconsistencias, el Estado colombiano le ha dado continuidad a las campañas de concientización, a las investigaciones y al procesamiento de los casos de trata transnacional. Mientras que al Reporte analizar la trata de personas interna, éste establece una falta de entendimiento y mal manejo del problema por parte de las autoridades colombianas, entre otras razones.⁵

Es necesario tener presente que la trata de personas transnacional ha sido la modalidad de trata más ampliamente regulada por el derecho internacional desde comienzos de los años 90. Sin embargo, a través de los años se ha visto que la definición de la trata de personas dada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo en adelante), el cual complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000, ha sido aceptada por la comunidad internacional y ha sido implícitamente ampliada

5 Departamento de Estado de los Estados Unidos, "Reporte sobre Trata de Personas 2014", *Sitio Web Departamento de Estado de EE.UU.*, [en línea], disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/226845.pdf>, consulta: 29 de julio del 2015, p.135 (T de la A.). El Reporte hecho por el Departamento de Estado, de gran importancia en el tema de trata de personas, es visto como la guía gubernamental más comprensiva e importante para los esfuerzos contra la trata humana, la cual clasifica a cada Estado en niveles según los esfuerzos en contra de la trata de los Gobiernos en cuestión. Dicho Reporte, por segundo año consecutivo, ha calificado a Colombia en el segundo nivel, estando anteriormente en el nivel 1. Los países clasificados en el nivel 1 son aquellos que han llevado a cabo esfuerzos para combatir este flagelo y cumplen plenamente con los requisitos mínimos de la Ley de Protección a las Víctimas de la Trata (en inglés *TVPA*). Los países en el nivel 2, donde se encuentra clasificada Colombia, son naciones que no cumplen totalmente con los requisitos de la Ley *TVPA*, pero que están esforzándose para poder cumplir con ellos.



al incluir no solo la trata externa sino también la interna y por esto esa definición es aplicable a ambas⁶.

La definición de la trata se profundizará más adelante, pues primero se hace un recuento histórico sobre su desarrollo legal y dos enfoques posiblemente aplicables a esta. No obstante, es necesario determinar cuáles son los principales instrumentos internacionales que se identifican como estándares internacionales frente a la trata de personas. Estos instrumentos son la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su derivado Protocolo de Palermo y, además, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Reporte sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de Estados Unidos y el Reporte Mundial sobre Trata de Personas de la UNOCD.

1.1 Recuento histórico sobre la creación del marco jurídico actual de la trata

La trata de personas es un fenómeno que se da desde los inicios de la humanidad, pero solo en el siglo XX se ha regulado a nivel internacional. Las regulaciones en este último tiempo fueron en gran medida parciales, produciéndose incluso antes de la creación del sistema internacional de protección a los Derechos Humanos que hoy conocemos.

En los últimos veinticinco años se ha enmarcado a la trata de personas en un marco jurídico internacional coherente de criminalización. Dicha regulación se inicia en la década de 1990, cuando surge, por parte de los Estados desarrollados, un llamado a la comunidad internacional para que se tome acción frente al tema de la trata de personas.

Este llamado nació a raíz de los cambios que trajo la caída de la Unión Soviética en 1991, pues gracias al fin de la Guerra Fría y por consiguiente a la apertura de fronteras de estos territorios, se generó un flujo de bienes y personas tanto de manera lícita como ilícita a un nivel sin precedentes. El dinero generado por el flujo de bienes ilegales, por ejemplo de armas, drogas y de personas forjó una amenaza para las economías locales y para los Estados en desarrollo y en transición⁷, pues no tenían la capacidad para asegurar sus fronteras y enjuiciar a las grandes redes criminales. Incluso los Estados desarrollados veían a la trata de personas y en general al crimen organizado como una amenaza para

6 Silvia Scarpa, "La trata de niños: la peor cara del mundo", *Sitio web Comisión Global sobre Migración Internacional*, [en línea], disponible en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/gmp/gmp40.pd, consulta: 14 de octubre de 2015, p.13 (T de la A).

7 Los Estados en vías de desarrollo son los Estados de renta baja o renta media según la clasificación analítica hecha por el Banco Mundial de las economías nacionales basándose en el ingreso nacional bruto (ING). Los Estados en transición son los Estados convirtiendo sus economías de planificación central en economías de libre mercado, estos en la época en cuestión eran los Estados de la antigua Unión Soviética y sus Estados satélite.



el mundo, pues no solo afectaba a Estados en desarrollo sino también a esos países desarrollados debido a que estos han sido siempre Estados de destino para este tipo de actuaciones⁸.

El primer planteamiento de la trata de personas como una modalidad de la delincuencia organizada transnacional fue propuesto en 1995 por el entonces presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, el cual fue acogido por los principales Estados europeos⁹. Paralelamente a este suceso y debido a la preocupación por el creciente aumento del crimen organizado que traspasaba fronteras, en 1994 las Naciones Unidas convocó la Conferencia Mundial Ministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional donde participaron un número significativo de Estados como de organizaciones (142 delegaciones estatales como también organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales). Dicha Conferencia acordó establecer un grupo de expertos para crear un borrador de un tratado contra esta modalidad de delito; de aquí emergió la creación de la Convención de las Naciones Unidas en contra del Crimen Organizado Transnacional¹⁰.

La Convención, la cual se adopta el 15 de noviembre del 2000 y entra en vigor el 29 de septiembre del 2003¹¹, genera el marco conceptual de la trata humana como crimen organizado. El segundo instrumento que se desarrolla es el Protocolo de Palermo que se adopta en la misma fecha de la Convención y entra en vigor el 25 de diciembre del 2003¹², se ocupa de reglamentar de manera específica las obligaciones derivadas de la Convención, especialmente las orientadas a la trata de personas.

Ya se discutieron los orígenes del marco jurídico actual de la trata. En las próximas dos subsecciones se procederá a discutir el marco penal o de criminalización, marco original, principal y más común de la trata de personas, y luego el enfoque en Derechos humanos que podría ser más equitativo aunque no sea de tan habitual aplicación.

8 Volha Charnysh, Paullete Lloyd y Beth Simmons, "Marcos y formación de consenso en relaciones internacionales: el caso de la trata de personas", *Sitio web Centro Weatherhead para Asuntos Internacionales*, [en línea], disponible en: http://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/frame_and_consensus_eijr.pdf, consulta: 12 de mayo de 2015 (T de la A.).

9 *Ibíd.*, p. 13.

10 *Ibíd.*, p. 7.

11 Colección de tratados de las Naciones Unidas, "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", *Sitio web Colección de tratados de las Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtmsg_no=xviii-12&chapter=18&lang=en, consulta: 18 octubre de 2015 (T de la A.).

12 UNOCD, "Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños", *Sitio web UNOCD*, [en línea], disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffickingprotocol.html>, consulta: 18 de octubre de 2015 (T de la A.).



1.1.1 Marco de criminalización o de prevención del delito de la trata de personas

Como se explicó anteriormente, la regulación internacional actual fue aprobada por un amplio número de Estados debido al marco de criminalización que se le aplicaba no solo a la trata de personas sino a otros fenómenos de crimen transfronterizo prevalentes en la última década del siglo XX. Por ende, este marco sitúa la trata dentro de las redes criminales que trascienden fronteras nacionales, urgiendo la cooperación internacional debido al aspecto transnacional del problema y viendo el crimen transnacional como una posible amenaza a la seguridad nacional de los Estados.

Bajo este marco, la trata humana se considera una infracción al orden público internacional y a la dignidad de los seres humanos, la cual, por su extrema gravedad, supone que los autores del delito deban ser castigados por el derecho penal. En este orden de ideas, esta visión propone tipificar el delito de la trata, sus agravantes, sus formas de colaboración así como endurecer las sanciones penales, aumentar la persecución de los tratantes y aumentar los términos de prescripción de este delito. Al lograr todos estos objetivos, este marco supondría una prevención del surgimiento de nuevas redes y contribuiría al desajuste de las existentes¹³.

Los trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos dan cuenta de una nueva dimensión de la criminalidad en ese momento; la delincuencia organizada. En los Congresos celebrados para discutir este aumento de delincuencia se empezaron a analizar nuevas formas de actividades delictivas lucrativas. Por otro lado, la Resolución 1992/22, del Consejo Económico y Social determinó que la delincuencia nacional y transnacional deberían ser temas prioritarios en materia de prevención del delito y de justicia penal¹⁴.

Al evidenciar la preocupación detrás de la creación de la Convención y sus Protocolos y al revisar específicamente el Protocolo de Palermo, se puede comprobar que dichos instrumentos fueron creados para criminalizar las conductas ilícitas ahí reguladas. El Protocolo de Palermo sostiene en su primer artículo que las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* a dicho Protocolo. Sin embargo, aunque en el segundo artículo se hace alusión al respeto de los Derechos Humanos de las víctimas esto solo se

13 Johanna del Pilar Cortés Nieto, Gladys Adriana Becerra Barbosa, Laura Sofía López Rodríguez y Rocío Lilibiana Quintero, “¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata”, *Sitio Web Revista de la Escuela Superior de Administración Pública*, [en línea], disponible en: <http://revistas.esap.edu.co/nova/wp-content/uploads/2012/03/art7-64.pdf> consulta: 9 de octubre de 2015, p.107.

14 UNOCD, “Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, *Sitio web UNOCD*, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf , consulta: 18 octubre de 2015, p.13.



sostiene de manera muy general ya que dicho artículo únicamente establece los fines del Protocolo. El Protocolo hace mayor referencia a temas de criminalización y de penalización, vinculando la asistencia a las víctimas a la prevención del delito, que al propio tema de los Derechos Humanos. El artículo segundo del Protocolo solo los menciona tangencialmente.

Finalmente, a pesar que este marco busca la prevención del delito de la trata de personas por medio del ejercicio de la soberanía estatal, en la práctica se observa que debido al enfoque de este marco de criminalización, se le otorga una menor atención a los casos individuales de trata y no se utiliza un enfoque integral de Derechos Humanos el cual permite darle supremacía a los derechos de las víctimas¹⁵. El enfoque de Derechos Humanos se expone a continuación.

1.1.2 Marco de Derechos Humanos de la trata de personas

Como se indicó, el análisis de la trata desde el punto de vista de la criminalización fue el que permitió que los Estados acordaran crear este orden o marco, e implementarlo a sus ordenamientos internos. Por el contrario, si el punto de partida de la lucha transnacional contra la trata de personas fuera desde los Derechos Humanos, los consensos alcanzados hubieran sido más difíciles de lograr. Por ende, desde la dimensión de los Derechos Humanos, los Estados adquirirían una carga mayor que desde la perspectiva penal.

En el último cuarto del siglo XX se produjo una “revolución de derechos”. Esa revolución tuvo origen en el gran incremento de tratados y normas internacionales que buscaban proteger a los individuos de sus gobiernos y de otros factores por los cuales los gobiernos estaban siendo considerados como responsables de controlar¹⁶. En ese momento, regular la trata humana como violación a múltiples Derechos Humanos y dentro de un marco de Derechos Humanos no era factible, pues la probabilidad que los Estados se impusieran una limitación más a su soberanía era poco probable ya que el sistema internacional de los Derechos Humanos de por sí limita la soberanía estatal y la trata de personas complementa dicho sistema.

Sin embargo, crear un orden jurídico de trata humana dentro de un marco de crimen organizado le daba potestades a los Estados para recurrir a su poder policial y a reforzar el control fronterizo¹⁷, mientras que crear un orden dentro de un marco de Derechos Humanos generaba obligaciones para los Estados frente a personas nacionales y extranjeras

15 Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, “Estudio nacional exploratorio descriptivo sobre el fenómeno de la trata de personas en Colombia”, *Sitio Web Ministerio del Interior de Colombia*, [en línea], disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/estudio_nacional_exploratorio_descriptivo_sobre_el_fenomeno_de_trata_de_personas_en_colombia.pdf, consulta: 9 de octubre de 2015, p.135.

16 V. Charnysh, P. Lloyd y B. Simmons, *Op.cit*, p. 28.

17 *Ibíd.*, p.15.



residentes en su territorio¹⁸. A pesar que en el año 2000 se estableció esa regulación internacional de trata de personas a través de un marco de criminalización, en los últimos diez años ha existido un consenso general en la comunidad internacional apoyando el hecho que la trata de personas es una violación grave a los Derechos Humanos¹⁹, declarándose que ambas posturas se deben contemplar conjuntamente.

Observar la trata dentro de un marco de Derechos Humanos supone que su base normativa está compuesta por normas internacionales de Derechos Humanos con miras a la protección y promoción de los mismos. Este orden jurídico tiene la obligación de examinar cuáles Derechos Humanos se violan a lo largo del período que es explotada una víctima y asimismo de analizar las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional de los Derechos Humanos²⁰.

Un marco de Derechos Humanos requiere que toda respuesta estatal en contra de la trata se base en los derechos y obligaciones establecidos por el derecho internacional en materia de Derechos Humanos. Este orden identifica, además, los titulares de derechos, sus derechos y los titulares de obligaciones correspondientes, que normalmente son los Estados²¹.

Frente a la recepción que ha recibido el marco de Derechos Humanos, es común que los Estados sean reacios en aceptar una responsabilidad legal por casos de trata de personas, pues ellos argumentan que son criminales particulares los que cometen los crímenes y no el Estado mismo. Bajo este ámbito, los Estados no podrán evitar la responsabilidad si no hicieron todo lo posible para impedir que dicho fenómeno sucediera en su territorio²². Esto se debe a que la responsabilidad internacional tradicional es de Estado a Estado mientras que la responsabilidad en términos de Derechos Humanos es una responsabilidad internacional del Estado frente a los individuos.

La responsabilidad del Estado, a nivel internacional, se fija por los instrumentos internacionales y nacionales que este haya suscrito y sancionado²³. En el caso específico de la trata humana, serían instrumentos directamente relacionados a ella o que de manera concomitante tengan relación con los Derechos Humanos violados durante la ocurrencia de dicho suceso. Las principales normas y comités que se encuentran en el ámbito de los Derechos Humanos y son relativos a la trata de personas son:

18 Fundación Esperanza, "Metamorfosis de la esclavitud", *Sitio Web Observatorio de Migraciones*, [en línea], disponible en: <file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Metamorfosis.pdf> , consulta: 9 de octubre de 2015, p. 28.

19 OHCHR, "Derechos humanos y trata de personas", *Sitio Web OHCHR*, [en línea], disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf , consulta: 18 de agosto de 2015, p. 5 (T de la A.).

20 *Ibíd.*

21 *Ibíd.*, p.8.

22 *Ibíd.*, p.11.

23 F. Esperanza, *Op.cit.*, p. 28.

**Cuadro 1**

Principales normas y sus respectivos comités en el sistema universal de los Derechos Humanos relativos a la trata de personas²⁴:

Normas	Comités reguladores
Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)	Comité de derechos humanos
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)	Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (CESCR por sus siglas en inglés)
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD por sus siglas en inglés)
Convención sobre los derechos del niño	Comité de los derechos del niño (CRC por sus siglas en inglés)
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Comité contra la tortura (CAT por sus siglas en inglés)
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias	Comité sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios (CMW por sus siglas en inglés)
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	Comité de los derechos de personas con discapacidad (CRPD por sus siglas en inglés)
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	Comité sobre desapariciones forzadas (CED por sus siglas en inglés)

Analizar la trata de personas desde un marco de derechos subjetivos genera la posibilidad que cualquier ciudadano pueda demandar al Estado que falló en las medidas de prevención y respuesta a la trata, fijadas por estándares internacionales, ante el sistema universal y sistema regional de Derechos Humanos. Naciones Unidas (ONU en adelante) tiene como principio primordial el respeto y la promoción de los derechos del hombre y debido a este principio se creó el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el cual está compuesto por una serie de mecanismos encaminados a la protección de los derechos de todos individuos²⁵.

24 Cuadro elaborado por la autora.

25 Renata Bregaglio, "Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos", *Sitio web Universidad Pompeu Fabra*, [en línea], disponible en: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf, consulta: 9 de octubre de 2015, p. 92.



En el caso de la trata de personas, a nivel universal o internacional, los Derechos Humanos violados o susceptibles de ser violados en una situación de trata, son objeto de vigilancia y control por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dentro de la cual está específicamente el Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños y, además, de forma independiente por los comités nombrados en el cuadro anterior.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene como objetivo trabajar para la protección de los derechos de todas las personas, habilitar a los individuos para que pongan en práctica sus derechos y además ayudar a los defensores de Derechos Humanos garantizar la aplicación de estos²⁶. Dentro de la Oficina del Alto Comisionado, el Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños fue creado específicamente con el fin de supervisar y tomar acciones frente a casos de trata de personas.

Como ya se estableció, existen varios comités que regulan acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos. Por un lado se encuentra el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el cual está a cargo de observar la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Protocolo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados y del Protocolo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía²⁷. Por otro lado, la función principal del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es monitorear la ejecución de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer teniendo la potestad de hacer recomendaciones a raíz de los reportes entregados por los Estados partes referentes a la implementación de dicho tratado en el Estado específico²⁸.

Además del sistema universal existe también el sistema regional de Derechos Humanos, siendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH en adelante) el aplicable a Colombia y a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA en adelante). El SIDH está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión es un órgano cuasi jurisdiccional donde toda persona puede presentar quejas o peticiones sobre violaciones a los Derechos Humanos. La Comisión verifica si se

26 OHCHR, "Misión de la OACDH", *Sitio web OHCHR*, [en línea], disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/MissionStatement.aspx>, consulta: 4 de octubre de 2015 (T de la A.).

27 UNICEF, "Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Sitio web UNICEF*, [en línea], disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html, consulta: 4 de octubre de 2015.

28 OHCHR, "Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer", *Sitio web OHCHR*, [en línea], disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx>, consulta: 4 de octubre de 2015 (T de la A.).



cumplen todos los requisitos, entre ellos el agotamiento de los recursos internos adecuados; al admitirse la queja o petición la Comisión examina si el Estado en cuestión tiene una responsabilidad internacional en el tema. De existir una responsabilidad del Estado, la Comisión presenta un Informe de Recomendaciones. Posteriormente, si el Estado responsable lo incumple, el caso en cuestión puede ser remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹. Todo esto es posible bajo un marco de Derechos Humanos, pues si se analiza la trata de personas bajo este marco y si Colombia no hace todo lo posible para evitar y controlar el fenómeno de la trata, cualquier individuo podría demandar al Estado ante el SIDH.

Tanto el sistema universal como regional de Derechos Humanos son necesarios y útiles para la protección de los derechos individuales. Si un Estado, en el caso de la trata de personas, está fracasando en su tarea de criminalizar a los tratantes y en su obligación de proteger las víctimas de trata o a las futuras víctimas, o si está fallando por no tener las instituciones o estructuras necesarias para que sus agencias puedan investigar, procesar y emitir sentencias contra tratantes, según el estándar internacional³⁰, entonces los individuos podrán demandar al Estado a nivel regional. Si no se utiliza el sistema regional entonces a través de los distintos canales del sistema universal se podría llamarle la atención a un Estado para que este corrija sus actos.

Finalmente, vemos cómo la unión del marco de criminalización y de Derechos Humanos es de suma importancia, pues aplicarle a la trata de personas un solo marco no es suficiente. Es necesario criminalizar a los tratantes, y que el Estado encamine de manera coherente todas sus fuerzas coercitivas y policíacas contra este fenómeno. Es además imprescindible darles un trato digno a las víctimas de la trata de personas que esté a fin con los principios internacionales en materia de Derechos Humanos y, además, el Estado debe también hacer todo lo que está a su alcance para proteger a posibles futuras víctimas de trata de personas.

1.2 Marco normativo internacional y el carácter transnacional de la trata de personas

Como ya se estableció anteriormente, existe una definición de la trata de personas que ha sido aceptada unánimemente en el mundo, que hoy se entiende como la definición tanto de la trata transnacional y nacional. Esta definición es la contenida en el Protocolo de Palermo la cual define la trata humana como:

29 Organización de los Estados Americanos, “Mandato y funciones de la CIDH, *Sitio web Organización de los Estados Americanos*, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>, consulta: 18 de octubre de 2015.

30 OHCHR, *Derechos humanos y trata de personas*, *Op,cit.*, p.34. _



“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”... La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño (todo menor de 18 años) con fines de utilización se considerarán también “trata de personas”³¹.

Antes de entrar a discutir a fondo la trata de personas, es necesario diferenciar la trata de personas con el tráfico ilícito de migrantes, puesto que en este último, según el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (adoptado el 15 de noviembre del 2000, entrada en vigor el 28 de enero de 2004), que también complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, los migrantes consienten en ese tráfico mientras que las víctimas de trata humana nunca consintieron o si lo hicieron en un principio, este consentimiento ha perdido su valor por la coacción, el engaño, o el abuso de los traficantes. Además del consentimiento, estos dos fenómenos difieren en la explotación en el ámbito transnacional. La explotación generada por el tráfico ilícito de migrantes finaliza cuando ellos llegan a su destino final, mientras que la utilización en la trata de personas persiste sin parar; es un aprovechamiento incansable con el fin que los tratantes obtengan ganancias constantes e interminables. El último aspecto diferenciador y determinante entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas es que el tráfico ilícito es siempre transnacional mientras que la trata de personas puede ser transfronteriza o interna³².

Anteriormente, la trata de personas era llamada “trata de blancas”, la cual se refería únicamente a la comercialización de mujeres blancas europeas hacia el exterior con fines de explotación sexual. El término, “trata de blancas”, ya no se utiliza pues los Estados del mundo han cambiado la definición de este fenómeno, incluyendo a todo género de personas como posibles víctimas del mismo, como también a otros tipos de explotación³³.

31 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, artículo 3, adoptado el 15 de noviembre de 2000, publicación oficial 25 de diciembre de 2003.

32 Sarah Pierce, “La diferencia vital entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, *Sitio web openDemocracy*, [en línea], disponible en: <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/sarah-pierce/vital-difference-between-human-trafficking-and-migrant-smuggling>, consulta: 14 de octubre de 2015 (T de la A.).

33 Jonathan Todres, “Ley, otredad y la trata de personas”, *Revista jurídica de Santa Clara* (18 de marzo



Por lo tanto, aunque la trata de personas tiene una concepción de estar ligada rotundamente a la explotación sexual, esta es solo una de las formas en las que se materializa la trata, pero no la única. En consecuencia, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha establecido que aparte de la explotación sexual, las principales modalidades de trata son el trabajo forzoso, la extracción de órganos, la mendicidad ajena y el matrimonio servil.

La explotación sexual incluye la prostitución ajena, el turismo sexual y la pornografía entre otras actividades. El trabajo forzoso es el ejercicio de cualquier labor donde la persona es sometida a tratos inhumanos como el encierro, la amenaza, el maltrato, jornadas excesivas y cuya retribución económica es mínima. La extracción de órganos es el uso de cuerpos vitales de individuos para generar embarazos forzados, el alquiler forzoso de vientres o la extracción y tráfico de órganos. La mendicidad ajena es cuando la víctima es obligada a pedir limosna para el lucro del tratante el cual ejerce control sobre la víctima. Finalmente, el matrimonio servil como modalidad de trata de personas se puede generar de dos maneras, cuando un miembro de la pareja es explotado sexualmente o laboralmente o cuando el matrimonio involucra situaciones de esclavitud, aislamiento, control y violencia física pudiendo ser esta sexual y reproductiva³⁴.

Es necesario tener presente que las víctimas de la trata de personas no son únicamente personas de bajos recursos, pues una víctima de trata puede ser cualquier persona perteneciente a cualquier estrato socioeconómico. A la vez, la trata se puede generar incluso de manera local, como por ejemplo de un barrio a otro dentro de una misma ciudad si se produce una situación de desarraigo.

Si bien la trata involucra tanto al género masculino como femenino, una de las características de la trata es el profundo involucramiento de mujeres y niñas en este fenómeno. Ellas no solo comprenden el mayor número de víctimas reportadas de trata, sino que la cantidad de mujeres que han sido condenadas por el delito de la trata ha sido superior que para la mayoría de otros tipos de crímenes. Entre el 2010 y 2012, alrededor del 30% de los tratantes condenados globalmente fueron mujeres, mientras que en otros tipos de delitos el promedio de condenas a mujeres oscila entre el 10 y el 15%³⁵.

Para abordar el carácter transnacional de la trata de personas es necesario realizar un recuento de las principales normas internacionales sobre el tema. Aunque en el Cuadro 1 nombramos múltiples convenciones relativas a la trata, estas se encuentran atadas a la

de 2009, Vol.49, No.3, p.639-641), [en línea], disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1362542, consulta: 14 de octubre de 2015.

34 La Agencia para las Migraciones Misión en Colombia, “Conceptos generales de trata de personas”, *Sitio Web OIM, Misión en Colombia*, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html#Modalidad>, consulta: 19 de octubre de 2015.

35 UNOCD, *Op.cit.*, p. 10.



protección de los Derechos Humanos, mientras que las normas aquí citadas reflejan los esfuerzos de distintas disciplinas y puntos de vistas en combatir la trata de personas. No obstante, existe una repetición de algunas de las normas enumeradas anteriormente.

Cuadro 2

Marco normativo internacional de la trata de personas³⁶

Norma	Contenido relativo a la trata humana
Convenio 105 de la OIT relativo a la Abolición del trabajo forzoso de 1957	Prohíbe el trabajo forzoso en todas sus formas
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979	En su artículo 6 obliga a los Estados a tomar “las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.
Convención internacional sobre los derechos del niño de 1989	Establece normas contra la explotación de los niños obligando al Estado a proteger a través de cualquier medida a los niños.
Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999	Obliga a los Estados tomar todas las medidas necesarias en contra del trabajo infantil.
Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 2000	Obliga a los Estados parte a tomar medidas frente a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.
Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 2000	Se refiere a la delincuencia organizada transnacional.
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 2000	Se refiere a la trata de personas.

Ahora bien, la trata de personas transnacional específicamente, como su nombre lo dice, se genera cuando la víctima es explotada de un Estado a otro. Una persona víctima de este fenómeno puede ser explotada por una sola persona, por un grupo informal de tratantes o

³⁶ Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, UNOCD, Universidad del Rosario, “Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia”, *Sitio web Ministerio del Interior*, [en línea], disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/aspectos_juridicos_del_delito_de_trata_de_personas_0.pdf, consulta: 13 de octubre de 2015, p.99-112. Cuadro elaborado por la autora. Este listado de normas internacionales aplicables a la trata de personas es un listado enunciativo y no taxativo debido a que existe una gran cantidad de normas internacionales aplicables a la trata humana y por cuestiones de espacio no es útil nombrarlas todas.



por medio de una red de tratantes altamente organizada. Cuando la trata de personas es transnacional, especialmente cuando las víctimas son trasladadas por un cruce fronterizo restringido, el nivel de organización de la red criminal tiende a ser considerablemente más sofisticada pues los riesgos son mucho más altos³⁷.

Un Estado puede tener la calidad de ser Estado origen, de tránsito o de destino de las víctimas de trata. El Estado de origen es aquel de donde es la víctima y donde fue captada, el Estado de tránsito es la vía por la cual los tratantes trasladan a la víctima con el fin de llevarla a su destino final (vale aclarar que la víctima puede ser explotada durante el tránsito) y finalmente el Estado de destino es el lugar donde la víctima será explotada³⁸. Al estar en un ámbito transfronterizo, es necesario que todos los Estados cooperen eficazmente buscando coordinar la protección de la víctima, efectuando acciones conjuntas preventivas o recolectando evidencias en la investigación del delito cometido³⁹.

Dentro del ámbito de la trata de personas transnacional, es ineludible recalcar que todas las víctimas de este fenómeno tienen el derecho a ser repatriadas, y no deportadas, a su Estado de origen dado que la deportación niega la condición de víctima a las personas afectadas por la trata. La repatriación es un proceso por el cual la víctima regresa de manera segura, respetándose sus derechos a su país de origen; este es un proceso voluntario que requiere del consentimiento de la víctima. Si la persona afectada no quiere regresar a su Estado de origen debido a temores de ser perseguida nuevamente por tratantes, esta tendrá derecho a asilo en el país donde esté⁴⁰.

Es a la vez necesario aclarar las diferencias entre el derecho de asilo, la migración y el refugiado. El derecho de asilo supone la protección que encuentra un individuo en un Estado determinado, objeto de persecuciones por parte de otro Estado, donde el Estado protector puede salvaguardar el individuo pues no tendrá que entregar al refugiado a las autoridades

37 *Ibíd.*, p. 14.

38 La Agencia para las Migraciones Misión en Colombia, “Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y de derechos”, *Sitio Web OIM, Misión en Colombia*, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/trata-de-personas/2181-manual-de-abordaje-orientacion-y-asistencia-a-victimas-de-trata-de-personas-con-enfoque-de-genero-y-de-derechos.html>, consulta: 8 de septiembre de 2015, p. 19.

39 La Agencia para las Migraciones Misión en Colombia, “Manual para la formulación de políticas públicas de lucha contra la trata de personas y el diseño y ejecución de planes de acción departamentales, distritales y/o municipales”, *Sitio Web OIM, Misión en Colombia*, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/trata-de-personas/2168-manual-para-la-formulacion-de-politicas-publicas-de-lucha-contra-la-trata-de-personas-y-el-diseno-y-ejecucion-de-planes-de-accion-departamentales-distritales-y-o-municipales.html>, consulta: 9 de septiembre del 2015, p. 46

40 La Agencia para las Migraciones Misión en Colombia, *Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y de derechos*, *Op.cit.*, pp. 43, 44.



del Estado perseguidor⁴¹. En este caso en específico, se puede considerar que en los casos de trata de personas el Estado puede ser visto como aquel que no cumple con sus obligaciones internacionales. La migración, por otra parte, es el movimiento de personas hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo, la migración abarca el movimiento de personas sea cual sea su tamaño y sus causas⁴².

Finalmente, un refugiado es una persona que debido a temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o por pertenecer a cierto grupo social está por fuera de su país de origen. El refugiado no quiere o no puede regresar a su Estado debido a los temores fundados que este tiene⁴³.

Es necesario identificar los conceptos de asilo, migración y refugiados ya que en el ámbito de la trata de personas transnacional se puede generar una situación en la que una víctima de trata puede hacer parte de estas nociones de migración internacional debido a su estado de explotación. Es también ineludible diferenciar dichos conceptos ya que, como se estableció, las víctimas de la trata tienen derecho a asilo si corren peligro al regresar a su territorio. A continuación se abarcará la noción de trata de personas interna y su manifestación en el territorio colombiano.

2. El desarrollo e interpretación del concepto de trata de personas en Colombia

Como se ha indicado, el objetivo fundamental de este artículo es analizar la problemática pertinente a la trata de personas interna, pues aunque Colombia tiene dificultades al enfrentar la trata de personas transnacional, se podría decir que existen aún más problemas para el Estado al enfrentar la trata de personas doméstica. Esto se debe en gran parte a las inconsistencias en la regulación que se le otorga a la trata a nivel nacional, mientras que frente a la trata de personas transnacional existe un desarrollo internacional amplio y de mayor eficacia.

A continuación se indaga sobre el concepto de trata de personas interna, su incidencia en el ámbito colombiano y el análisis del tratamiento diferencial dado a las conductas de trata humana por parte de los servidores públicos colombianos. La sección finaliza con la

41 Universidad Nacional Autónoma de México, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, *Sitio web Biblioteca Jurídica UNAM*, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/831/27.pdf>, consulta: 1 de noviembre de 2015, p. 616.

42 Organización Internacional para las Migraciones, “Glosario sobre migración”, *Sitio web Organización Internacional para las Migraciones*, [en línea], disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf, consulta: 19 de octubre de 2015.

43 ACNUR, “¿Quién es un refugiado?”, *Sitio web ACNUR*, [en línea], disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/refugiados/quien-es-un-refugiado/>, consulta: 19 de octubre de 2015.



discusión sobre la disparidad existente entre la trata de personas transnacional y nacional dentro del estado colombiano.

2.1 La regulación jurídica de la trata de personas en Colombia

La trata de personas interna es una modalidad de trata donde las víctimas no son captadas, trasladadas, recibidas y explotadas entre Estados diferentes sino dentro de un mismo Estado. Esta modalidad de trata de personas obedece a que el “movimiento” entre países de las víctimas no es requisito esencial, por lo cual, es únicamente necesario que se genere una situación de desarraigo la cual se puede generar, como ya se mencionó, de un barrio a otro.

El Reporte Mundial sobre Trata de Personas del 2014 de la UNOCD establece que existe una correlación entre el PIB de un país y la trata interna, estableciendo que los Estados con el PIB más bajo tienden a ser más afectados por la trata de personas interna o subregional. Además de lo anterior, el Reporte establece que la mayoría de las víctimas detectadas en los Estados suramericanos son ciudadanos de los Estados en cuestión o han sido explotados desde países vecinos⁴⁴.

Es necesario tener presente que los conceptos de la trata de personas interna y transnacional son equivalentes en su contenido y solo difieren en el ámbito espacial donde ocurren, teniendo que ser las víctimas nacionales de ese territorio. Debido a esto, utilizamos la misma definición que hemos venido utilizando de trata de personas encontrada en el artículo tercero del Protocolo de Palermo.

Para comprender mejor el fenómeno de la trata humana en Colombia, es necesario examinar las normas jurídicas internas relativas a este tema.

2.1.1 Normas jurídicas sobre trata humana en Colombia

La Constitución Política colombiana en su artículo 17 prohíbe “la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”. Colombia ha suscrito un número significativo de tratados relacionados con la trata de personas como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo de Palermo y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros. Estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad colombiano debido al artículo 93 de la Constitución Política que se refiere al rango constitucional otorgado a los tratados internacionales que reconocen Derechos Humanos.

Además de la regulación de la trata de personas en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad existen otras normas internas que reglamentan este fenómeno.

44 UNOCD, *Reporte mundial sobre trata de personas 2014*, *Op.cit.*, p.7 y 70.



Cuadro 3
Normas colombianas relativas a la trata de personas⁴⁵

Normas	Contenido
Código Penal, Ley 599 del 2000	En varios de sus artículos se refiere a la trata de personas, y aunque tipifica delitos que constituirían trata humana, los califica como conductas diferentes.
Ley 747 de 2002	Reforma el Código Penal y se crea el tipo penal de trata de personas.
Ley 800 de 2003	Aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo
Ley 985 de 2005	“por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma” ⁴⁶ .
Ley 1336 de 2009	Se crea Ley contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes.
Ley 1453 de 2011	Se crearon nuevos tipos penales relativos a la trata de personas.
Decreto 1069 de 2014	Reglamenta “las competencias, beneficios, procedimientos y trámites que deben adelantar entidades responsables en la adopción de las medidas de protección y asistencia a las personas víctimas del delito de la trata de personas” ⁴⁷ .
Ley 1719 de 2014	Modifica algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y patrocina medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, especialmente la violencia sexual en ocasión del conflicto armado.

El problema radica en que aunque en Colombia existe una multiplicidad de normas, se hallan inconsistencias en ellas, como en el Decreto 1069 del 2014 el cual prescribe que las víctimas deben interponer una queja formal en contra de sus tratantes para así recibir asistencia. El Reporte sobre Trata de Personas 2015 del Departamento de Estado de los Estados Unidos, recomendó específicamente modificar dicho Decreto para que declare expresamente y sin confusiones que las víctimas de la trata no necesitan interponer una denuncia ante la autoridad competente para así recibir asistencia mediata⁴⁸. No tiene sentido

45 Cuadro elaborado por la autora. Estas son algunas normas que regulan la trata de personas. Existen más que por motivos de espacio no se mencionan.

46 Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 985 de 2005 por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 29 de agosto de 2005.

47 Colombia, Ministerio del Interior, Decreto, Decreto 1069 de 2014, *Diario oficial*, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de junio de 2014.

48 Departamento de Estado de los Estados Unidos, “Reporte sobre Trata de Personas 2015”, *Sitio Web Departamento de Estado de EE.UU.*, [en línea], disponible en: <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>, consulta: 29 de julio de 2015, p. 123 (T de la A.).



que una persona afectada por un acto de alta gravedad como la trata de personas tenga que interponer una denuncia dentro de los cinco días siguientes “a partir del momento en que la víctima es acogida por el sistema de asistencia inmediata”⁴⁹ debido a que la realidad ha demostrado que por lo general las víctimas no denuncian por temor y falta de garantías, entre otros factores⁵⁰.

Otra inconsistencia encontrada en la normatividad interna se encuentra en la Ley 985 del 2005 que en su artículo 22 le otorga competencia a los jueces penales del circuito especializados para juzgar los casos de trata de personas transnacional. Aquí el legislador le otorga a la trata transnacional una judicialización de mayor jerarquía que a la trata interna, pero ¿por qué hace esto el legislador? ¿Cree que es de mayor importancia o mayor gravedad la trata transnacional que la nacional?⁵¹ Por último, el Reporte sobre Trata de Personas 2015 no solo se refirió al Decreto 1069 de 2014, sino que también hizo alusión a otras falencias del Estado colombiano frente a la trata humana, como la inhabilidad de este en procesar y condenar a tratantes de trabajo forzoso o de explotación sexual, la carencia de una financiación adecuada para los gobiernos departamentales en temas de trata humana, la limitada coordinación interinstitucional y el tratamiento dado por parte de los funcionarios públicos a conductas constituidas de trata de personas las cuales fueron investigadas y procesadas como crímenes diferentes⁵².

Además de la incertidumbre que nos deja el Estado colombiano en su regulación de la trata de personas interna, la manera en que los servidores públicos colombianos han considerado y procesado este fenómeno nos presenta otra problemática. Esta cuestión será estudiada a continuación.

2.1.2 El tratamiento diferencial dado a las conductas de trata humana por parte de los servidores públicos colombianos

Para analizar las conductas constitutivas de trata de personas, que han sido investigadas y procesadas como crímenes alternos por parte de los funcionarios públicos a cargo de dicha labor, es necesario analizar el Código Penal y sus posteriores modificaciones. Es de gran preocupación que conductas que cumplen con la definición de trata humana sean consideradas como delitos diferentes y frecuentemente como delitos de menor gravedad, dificultando el entendimiento de todos los colombianos sobre el problema real interno de trata humana que padece Colombia.

49 Decreto 1069 de 2014, art.37.

50 Min.Interior, *Aspectos jurídicos del delito de la trata de personas en Colombia*, *Op.cit.*, p.86.

51 Ángela Ospina de Nicholls y Catalina Quintero Bueno, “Lucha contra la trata interna de personas en Colombia: enfoques de la sociedad civil”, *Sitio web Corporación Espacios de Mujer*, [en línea], disponible en: <http://espaciosdemujer.org/attachments/article/8/colombia/Lucha%20contra%20la%20Trata%20Interna%20de%20Personas%20en%20Colombia.pdf>, consulta: 2 de octubre de 2015, pp.11,12.

52 Dep. de Estado, *Reporte sobre Trata de Personas 2015*, *Op.cit.*, p. 123.



Actualmente, no existe claridad frente a este fenómeno pues, en Colombia existe una amplia tipicidad de delitos relativos a la trata pero con poca información o capacitación para los servidores públicos al respecto. Para que los servidores públicos detecten efectivamente los casos de trata de personas es necesario que tengan una correcta preparación y sensibilización frente al tema⁵³. Es común que estos servidores se encuentran en ciertos momentos frente a conductas de trata humana, pero por verlas tipificadas como una conducta específica concreta no caen en cuenta que no solamente se encuentran frente a esa conducta típica sino también frente a una situación de trata de personas, causando un concurso aparente en materia penal⁵⁴.

Un ejemplo de esto es el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por grupos armados el cual no ha sido visto como un crimen de trata humana en Colombia sino únicamente como un crimen de guerra. Esto es un error pues según el Reporte Mundial sobre la Trata de Personas 2014 de la UNODC, el reclutamiento de niños por grupos armados es una conducta inherente a la trata de personas⁵⁵.

Otros ejemplos de normas, dentro del Código Penal, que podrían subsumir diferentes modalidades de trata de personas son:

Cuadro 4

Normas del Código Penal colombiano que constituyen modalidades de trata de personas⁵⁶

Norma	Modalidad de trata de personas
Artículo 141. Prostitución forzada en persona protegida.	Explotación.
Artículo 141^a. Esclavitud sexual en persona protegida.	Explotación; acogida; recepción de personas
Artículo 213. Inducción a la prostitución.	Captación
Artículo 213^a. Proxenetismo con menor de edad.	Captación; traslado; explotación; acogida; recepción de personas
Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución.	Captación; traslado; explotación; acogida; recepción de personas
Artículo 219. Turismo sexual.	Explotación

Para analizar este cuadro es necesario comprender que la trata de personas supone tres

53 Corporación Espacios de Mujer, "La trata de personas en Colombia: la esclavitud moderna" *Sitio web Corporación Espacios de Mujer*, [en línea], disponible en: <http://espaciosdemujer.org/attachments/article/8/colombia/La%20Trata%20en%20Colombia.pdf> , consulta: 2 de octubre de 2015, s.p.

54 Min.Interior, *Op.cit.*, p.30.

55 UNODC. *Reporte Mundial sobre la trata de personas 2014*, *Op.cit.*, p.42

56 Cuadro elaborado por la autora



fases generales: la captación, el traslado y la explotación.⁵⁷ En la fase de captación los tratantes seducen o persuaden a las víctimas y en la fase de explotación la persona afectada es utilizada como un instrumento para la obtención de un beneficio personal o de terceros, donde la víctima es sometida a condiciones de esclavitud, violencia física, emocional y psicológica impidiéndosele además movilizarse con libertad⁵⁸.

Debido a la falta de conocimiento de las autoridades frente a lo que sustancialmente es la trata de personas, las conductas tipificadas como las anteriormente señaladas, que en ciertos casos podrían ser conductas de trata humana, no son consideradas como tal.⁵⁹ De ahí que no se le preste la asistencia requerida a las víctimas de trata humana exigidas por la comunidad internacional y las leyes internas, ni tampoco se le dé a los tratantes las penas establecidas para dichas conductas, haciendo del sistema penal un sistema injusto, pues son conductas de trata de personas “invisibles” en diferentes artículos y en consecuencia en la mayoría de los casos se le otorga a los victimarios penas de menor intensidad, generándose una impunidad pues no se le otorga a la trata una verdadera dimensión de su problemática⁶⁰.

Finalmente, es preciso señalar las diferencias entre las dos modalidades espaciales de la trata de personas, la modalidad externa y la modalidad interna. Las discrepancias entre el aspecto transnacional y nacional de la trata se exponen a continuación.

2.2 La disparidad existente entre la regulación de la trata de personas transnacional y nacional en el Estado colombiano

Este artículo ya se ha referido a las características de la trata de personas transnacional y nacional, pero es necesario reforzar la idea de que efectivamente existe una

57 Carmen Elisa Flórez, Laura María Mendoza y Elvia Vargas Trujillo, “Trata de personas en Colombia: una aproximación a la magnitud y comprensión del problema” *Sitio web OIM*, [en línea], disponible en: <file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/COL%20360.pdf>, consulta: 2 de octubre de 2015, p.69.

58 Mónica Hurtado y Catherine Pereira-Villa, “Dinámica del comercio ilícito de personas: el caso de Colombia-Oriente Asiático”, *Sitio web Universidad de los Andes*, [en línea], disponible en: file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/-data-Revista_No_76-n76a07.pdf, consulta: 13 de octubre de 2015, p.185.

59 Lo mencionado es un problema que se denomina como concurso aparente de normas en la doctrina penal. Como lo plantea Pablo Sánchez-Ostiz, “la problemática del concurso de normas es, en definitiva, materia de interpretación de preceptos, sea en Derecho penal sea en otros sectores, no cabe una solución fija para todos los casos, sino una serie de reglas operativas o criterios rectores para guiar la labor del intérprete. El intérprete ha de valorar los hechos como típicos o no, como subsumibles plenamente o no en una norma concreta que es interpretada. Surgen así en la doctrina los criterios de *especialidad*, *subsidiaridad* y *consunción*”. Para ampliar este tema véase Pablo Sánchez-Ostiz, “Fundamentos metodológicos para el estudio de la parte especial del Derecho penal”, s.d., [en línea], disponible en: [file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Fundamentos%20metodologicos%20del%20estudio%20de%20la%20parte%20especial%20\(1\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Fundamentos%20metodologicos%20del%20estudio%20de%20la%20parte%20especial%20(1)%20(1).pdf), consulta: 3 de febrero de 2016, p. 28.

60 Min. Interior, *Op.cit.*, p.30.



disparidad en la regulación entre ambas. Primeramente, vale aclarar que cuando los Estados están frente a un caso de trata de personas transnacional, esto implica el traslado entre fronteras lo cual genera el uso obligatorio de la normatividad internacional para que los Estados actúen y cooperen conjuntamente⁶¹.

En consecuencia, si bien la regulación de la trata de personas transnacional no es perfecta, esta tiene un marco regulatorio y jurídico internacional ampliamente desarrollado y coherente, debido en gran parte a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo de Palermo, por lo cual se puede decir que la base de la trata de personas transnacional tiene una validez indiscutible. Estas dos normas, con el apoyo de normas accesorias como el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y las otras normas internacionales mencionadas a lo largo de este artículo, han hecho que el tema de la trata humana haya sido y sea un tema de discusión central, ampliamente regulado en el ámbito del derecho internacional.

Por otro lado, al examinar la trata de personas interna colombiana, se encuentra que el marco jurídico interno de dicho fenómeno no es coherente, lo cual hace que este sea insatisfactorio, pues aunque existe una amplia regulación del tema, las normas que lo reglamentan y los servidores públicos encargados de implementarlas, crean ciertas inconsistencias que no se pueden negar. Un ejemplo claro de esto, como ya se reveló, es el tratamiento diferencial dado por los servidores públicos a conductas constitutivas de trata de personas, las cuales no son calificadas como tal. Este tratamiento diferencial ha generado, además de lo explicado en la sección anterior, que las conductas de trata consideradas como crímenes distintivos distorsionen las estadísticas sobre la cantidad de casos de trata de personas que ocurren en el territorio colombiano y asimismo afecten la identificación y asistencia a víctimas de trata, los cuales son elementos esenciales para combatir dicho fenómeno⁶².

Otro caso relacionado a las contradicciones encontradas en la normatividad colombiana, también anteriormente mencionado, es el establecido en el Decreto 1069 del 2014, sobre la queja oficial que se debe interponer por parte de las víctimas de la trata en contra de los tratantes para así recibir asistencia mediata. Teniendo la víctima que interponer una queja en contra de su tratante, se genera una contradicción con relación a las discusiones internacional sobre el tema, puesto que la asistencia a las víctimas de trata debe darse de forma automática sin la necesidad que padezcan otro trauma, como lo es denunciar a sus tratantes. Las víctimas al lograr salir de su situación de explotación tienen miedo, acaban de padecer una violación grave a sus derechos fundamentales, y no es coherente que estas tengan que denunciar a sus victimarios para así recibir asistencia.

61 UNOCD, “Manual para la lucha contra la trata de personas”, *Sitio web UNOCD*, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf , consulta: 23 de septiembre de 2015, p.1.

62 Dep. de Estado, *Reporte sobre Trata de Personas 2014*, *Op.cit.*, p.135.



Al estar vigente la norma del Decreto 1069 de 2014, y con el fin de facilitarles a las víctimas una asistencia, en Colombia los servidores públicos aconsejan a las personas afectadas por trata que se hagan pasar por víctimas de desplazamiento forzado para así poder recibir una asistencia efectiva.⁶³ Esto se debe a que la trata interna comparte muchos elementos con el desplazamiento interno pudiéndose argumentar incluso que las víctimas de trata son al mismo tiempo personas desplazadas.⁶⁴ Que los representantes del Estado les indiquen a las víctimas de trata que es mejor hacerse pasar por desplazados expone la debilidad de la regulación de la trata a nivel nacional debido a que si las víctimas se pasan por desplazadas, no recibirán la asistencia que por ley se ha creado específicamente para ellas. Además, permanecerá la inadecuada recolección de datos sobre trata de personas, pues serán casos que estadísticamente no se considerarán como trata humana.

Por último, frente a la hipótesis desarrollada a lo largo de este escrito, es evidente que esta se comprueba, pues como se ha podido demostrar, la regulación necesaria para este fenómeno no se ha generado de manera coherente. A pesar de que en el ordenamiento jurídico colombiano existan una multiplicidad de normas relativas a la trata de personas, es necesario que la trata sea también prioridad en la práctica. Como se estableció en el Reporte sobre Trata de Personas 2015 del Departamento de Estado de los E.E.U.U., si bien el requerimiento del Ministerio del Interior de Colombia establece que los servidores públicos tienen la obligación de reportar todos los casos de trata de personas, no fue implementado de manera consistente. El Reporte señala que el Estado colombiano admitió que existen albergues para las víctimas de la trata, pero no proporcionó información sobre si efectivamente dichos refugios son utilizados por estas víctimas⁶⁵. Estos son dos casos específicos, que hacen alusión a que en la práctica no se le está dando prioridad a la trata de personas. Es necesario que los servidores públicos vean la importancia de este suceso para que así todos trabajen en conjunto para combatirla, lo cual implicará recolectar información sobre este fenómeno de manera más eficaz.

Una manera de lograr que se realicen mayores esfuerzos en contra de la trata de personas es a través de la aplicación de un enfoque de derechos humanos a este fenómeno. Si efectivamente analizamos la trata de personas bajo este enfoque (en conjunto con el de prevención del delito), los individuos podrían acudir al sistema regional de derechos humanos, demandando al Estado colombiano por el incumplimiento de sus obligaciones frente a este tema. Tener esta posibilidad lograría darle una mayor prioridad a la trata de

63 Fundación ProBono, Women's Link Worldwide, UNOCD, "Jornadas de formación sobre trata de personas", Conferencia realizada en instalaciones de Bancolombia los días 21 y 23 de abril de 2015.

64 Susan Martin, "Trata Interna", Revista Migraciones Forzadas (25 de agosto de 2006), [en línea], disponible en: http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/pdf/RMF25/RMF25_10_12.pdf, consulta: 12 de octubre de 2015.

65 Dep. de Estado, *Reporte sobre Trata de Personas 2015*, *Op.cit.*, p.124.



personas y podría generar una mayor exposición tanto en la plataforma política y jurídica como en la ciudadana.

Por lo tanto, las normas internacionales y el sistema internacional son representativas, pues regulan los casos de trata transnacional y sirven como marco jurídico para las normas internas las cuales deben estar en armonía con ellas. Pese a que las normas internacionales son de gran importancia, la realidad es que para efectivamente combatir un fenómeno como la trata humana, es necesario hacerlo a nivel nacional y local.

Solo se verán resultados positivos en la lucha contra la trata en Colombia cuando se encauce la relación entre las normas internacionales y las normas nacionales en este tema, como también, y más importante, cuando haya un entendimiento generalizado tanto de los servidores públicos como de los ciudadanos, dándole una aplicación y regulación apta a la temática de la trata.

Conclusiones

Los elementos esenciales de la trata de personas suponen una forma de esclavitud y es, quizás, la utilización de este término tan contundente la que conducirá a reconocer la gravedad del problema que conlleva la trata. Al equipararla con un tipo de esclavitud contemporánea o moderna, se espera que pueda existir mayor preocupación y mayor conciencia en la batalla contra este fenómeno atroz.

A nivel global, existe una interconexión cada vez mayor entre Estados y regiones, caracterizada por un flujo constante de migrantes y el aumento sin precedentes de la población mundial. Dentro de este contexto, ha venido ganando terreno el surgimiento de esta nueva forma de sujeción dentro de las modalidades de trata de personas. Y es que, en efecto, la trata puede conllevar prácticas de sometimiento y opresión que la equiparan con diferentes tipos de esclavitud. De ahí la importancia que el lector y la comunidad en general abran sus ojos y se den cuenta de los nefastos alcances de un fenómeno que se hace preciso combatir y erradicar. Para ello se requiere del fortalecimiento de un movimiento anti-esclavitud y anti-trata para que el mundo pueda otra vez catalogar estos dos fenómenos como acontecimientos denigrantes que quedaron en el pasado.

Uno de los propósitos de este escrito fue identificar en forma clara cuáles son los elementos regulatorios de la trata de personas, para con ello alertar sobre su uso inadecuado. Se podrá seguir regulando la trata de personas, pero si no se le ataca eficazmente en la práctica, nada se logrará y el mercado de uso de personas ilícito seguirá siendo lucrativo.

La trata de personas es un problema multidimensional, el cual tiene que abordarse desde diferentes puntos de vista. Para abarcar esta problemática, es necesario que el estado colombiano analice la disparidad existente entre la regulación de la trata de personas



transnacional y nacional, como ya se ha establecido, pero además de esto que se percate de las dificultades que tienen las personas, específicamente los servidores públicos para enfrentar este fenómeno. Los Estados son más eficientes en sus regulaciones si sienten presiones políticas o presiones a su soberanía, por lo cual este artículo enfatiza la necesidad de un cambio en la comunidad internacional para así declarar que, especialmente los sistemas regionales de protección a los Derechos Humanos, son competentes para dirimir conflictos de este tipo.

Aunque esta investigación no se concentra en el aspecto transnacional de la trata, esto no significa que el fenómeno no exista. De hecho, la trata de personas transnacional ocurre con mayor frecuencia y proporción que la doméstica, y para ello el Estado colombiano cuenta con los instrumentos legales para incrementar la puesta en práctica de la normatividad internacional aplicable a estos casos transfronterizos.

No obstante, el Estado colombiano tiene mayores dificultades en su lucha contra la trata de personas interna que con la trata de personas transnacional, ya que la nacional es más difícil de percibir y se confunde con mayor facilidad con otros tipos de conductas penales. Es por esto que el presente escrito se enfoca en la regulación de la trata humana interna por parte del Estado colombiano y no en la externa.

Con este artículo se busca llamar la atención, en especial, sobre la trata de personas nacional, señalando que en Colombia todavía falta mucho por hacer a este respecto. Es necesario que los colombianos y en especial los servidores públicos, particularmente los jueces, policías y fiscales, tengan un conocimiento adecuado sobre qué actuaciones constituyen trata de personas ya que esta se presenta de múltiples modos y facetas.

Es igualmente indispensable que la sociedad civil colombiana le demande al Estado un enfoque integral a la trata de personas, exigiéndole no solo una respuesta preventiva del delito a este fenómeno, sino también aplicándole un enfoque de derechos humanos, para así facilitarle a las víctimas y a sus familias una protección especial, pues se está frente a un delito de suma gravedad. Si se aceptara concienzudamente regular la trata de personas a través de un marco de Derechos Humanos, entonces podría iniciarse una discusión sobre el uso de los sistemas universales y regionales para responsabilizar al Estado frente a esta problemática.

Este artículo pretende ser un punto de partida para futuros estudios acerca de la fragilidad que existe al regular la trata de personas en nuestro país. Es necesario que se indague y presione para que uno de los fenómenos más lucrativos del mundo pueda ser reducido en el estado colombiano, para que nuestros ciudadanos y todos los que estén en nuestro territorio no padezcan lo que se pensaba que era un suceso arcaico, la esclavitud, que hoy la comunidad internacional define como la esclavitud moderna.



A pesar de que este escrito finaliza aquí, la intención de este trabajo es la de convertirse en una voz de alerta para que en el futuro se amplíe y profundice más en el estudio de la regulación por parte del Estado colombiano, frente a la trata de personas nacional e incluso transnacional. La multiplicidad de estudios sobre el tema contribuiría a que el Estado colombiano mejore su reglamentación jurídica y la puesta en práctica de la normatividad que ha creado a través del derecho interno y que ha suscrito en el derecho internacional.

Bibliografía

- ACNUR, “¿Quién es un refugiado?”, Sitio web ACNUR, [en línea], disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/refugiados/quien-es-un-refugiado/>, consulta: 19 de octubre de 2015.
- Annan, Kofi, “Address by H.E. Mr. Kofi Annan to both Houses of Parliament”, Sitio web UNOCD, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/speeches/speech_2007_05_08.html , consulta: 17 de octubre de 2015.
- Bregaglio, Renata, “Sistema Uestniversal de Protección de Derechos Humanos”, Sitio web Universidad Pompeu Fabra, [en línea], disponible en: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf , consulta: 9 de octubre de 2015, p.92.
- Charnysh, Volha, Paullete Lloyd y Beth Simmons, “Frames and Consensus Formation in International Relations: The Case of Trafficking in Persons”, Sitio web Weatherhead Center for International Affairs, [en línea], disponible en: http://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/frame_and_consensus_eijr.pdf , consulta: 12 de mayo de 2015.
- Colombia, Congreso de la República, Ley, Ley 985 de 2005 por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 29 de agosto de 2005.
- Colombia, Ministerio del Interior, Decreto, Decreto 1069 de 2014, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de junio de 2014.
- Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, artículo 7, 30 de abril de 1956.
- Corporación Espacios de Mujer, “La trata de personas en Colombia: la esclavitud moderna” Sitio web Corporación Espacios de Mujer, [en línea], disponible en: <http://espaciosdemujer.org/attachments/article/8/colombia/La%20Trata%20en%20Colombia.pdf> , consulta: 2 de octubre de 2015, s.p.
- Cortés Nieto, Johanna del Pilar, Gladys Adriana Becerra Barbosa, Laura Sofía López Rodríguez y Rocío Liliana Quintero, “¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata”, Sitio Web Revista de la Escuela Superior de Administración Pública, [en línea], disponible en: <http://revistas.esap.edu.co/nova/wp-content/uploads/2012/03/art7-64.pdf>, consulta: 9 de octubre de 2015, p. 107.



Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, “Estudio nacional exploratorio descriptivo sobre el fenómeno de la trata de personas en Colombia”, Sitio Web Ministerio del Interior de Colombia, [en línea], disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/estudio_nacional_exploratorio_descriptivo_sobre_el_fenomeno_de_trata_de_personas_en_colombia.pdf, consulta: 9 de octubre de 2015, p.135.

Flórez, Carmen Elisa, Laura María Mendoza y Elvia Vargas Trujillo, “Trata de personas en Colombia: una aproximación a la magnitud y comprensión del problema” Sitio web OIM, [en línea], disponible en: <file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/COL%20360.pdf> , consulta: 2 de octubre de 2015, p.69.

Fundación Esperanza, “Metamorfosis de la esclavitud”, Sitio Web Observatorio de Migraciones, [en línea], disponible en: <file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Meta-morfosis.pdf> , consulta: 9 de octubre de 2015, p.28.

Fundación ProBono, Women’s Link Worldwide, UNOCD, “Jornadas de formación sobre trata de personas”, Conferencia realizada en instalaciones de Bancolombia los días 21 y 23 de abril de 2015.

Hurtado, Mónica y Catherine Pereira-Villa, Dinámica del comercio ilícito de personas: el caso de Colombia-Oriente Asiático”, Sitio web Universidad de los Andes, [en línea], disponible en: file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/-data-Revista_No_76-n76a07.pdf , consulta: 13 de octubre de 2015, p.185.

La Agencia para las Migraciones Misión en Colombia, “Conceptos generales de trata de personas”, Sitio Web OIM, Misión en Colombia, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html#Modalidad> , consulta: 19 de octubre de 2015.

-----, “Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y de derechos”, Sitio Web Sitio Web OIM, Misión en Colombia, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/trata-de-personas/2181-manual-de-abordaje-orientacion-y-asistencia-a-victimas-de-trata-de-personas-con-enfoque-de-genero-y-de-derechos.html> , consulta: 8 de septiembre de 2015, p.19.

-----, “Manual para la formulación de políticas públicas de lucha contra la trata de personas y el diseño y ejecución de planes de acción departamentales, distritales y/o municipales”, Sitio Web Sitio Web OIM, Misión en Colombia, [en línea], disponible en: <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/trata-de-personas/2168-manual-para-la-formulacion-de-politicas-publicas-de-lucha-contrala-trata-de-personas-y-el-diseno-y-ejecucion-de-planes-de-accion-departamentales-distritales-y-o-municipales.html> , consulta: 9 de septiembre del 2015, p.46



Martin, Susan “Trata Interna”, Revista Migraciones Forzadas (25 de agosto de 2006), [en línea], disponible en: http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/pdf/RMF25/RMF25_10_12.pdf , consulta: 12 de octubre de 2015.

Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, UNOCD, Universidad del Rosario, “Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia”, Sitio web Ministerio del Interior, [en línea], disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/aspectos_juridicos_del_delito_de_trata_de_personas_0.pdf , consulta: 13 de octubre de 2015, pp. 99-112.

OHCHR, “Committee on the Elimination of Discrimination against Women”, Sitio web OHCHR, [en línea], disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Introduction.aspx> , consulta: 4 de octubre de 2015.

-----, “Human Rights and Human Trafficking”, Sitio Web OHCHR, [en línea], disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf , consulta: 18 de agosto de 2015, p.5.

-----, “Misión de la OACDH”, Sitio web OHCHR, [en línea], disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/MissionStatement.aspx> , consulta: 4 de octubre de 2015.

Organización de los Estados Americanos, “Mandato y funciones de la CIDH”, Sitio web Organización de los Estados Americanos, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp> , consulta: 18 de octubre de 2015.

Organización Internacional para las Migraciones, “Glosario sobre migración”, Sitio web Organización Internacional para las Migraciones, [en línea], disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf , consulta: 19 de octubre de 2015.

Ospina de Nicholls, Ángela y Catalina Quintero Bueno, “Lucha contra la trata interna de personas en Colombia: enfoques de la sociedad civil”, *Sitio web Corporación Espacios de Mujer*, [en línea], disponible en: <http://espaciosdemujer.org/attachments/article/8/colombia/Lucha%20contra%20la%20Trata%20Interna%20de%20Personas%20en%20Colombia.pdf> , consulta: 2 de octubre de 2015, pp. 11,12.

Pierce, Sarah, “The Vital Difference between Human Trafficking and Migrant Smuggling”, Sitio web openDemocracy, [en línea], disponible en: <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/sarah-pierce/vital-difference-between-human-trafficking-and-migrant-smuggling> , consulta: 14 de octubre de 2015.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, artículo 3, adoptado el 15 de noviembre de 2000, publicación oficial 25 de diciembre de 2003.



Sánchez-Ostiz, Pablo, “Fundamentos metodológicos para el estudio de la parte especial del Derecho penal”, s.d., [en línea], disponible en: [file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Fundamentos%20metodologicos%20del%20estudio%20de%20la%20parte%20especial%20\(1\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/INSPIRON/Downloads/Fundamentos%20metodologicos%20del%20estudio%20de%20la%20parte%20especial%20(1)%20(1).pdf), consulta: 3 de febrero de 2016, p.28.

Scarpa, Silvia, “La trata de niños: la peor cara del mundo”, Sitio web Comisión global sobre migración internacional, [en línea], disponible en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/gmp/gmp40.pdf, consulta: 14 de octubre de 2015, p.13, (T del. A).

The White House, Office of the Press Secretary, “Remarks by the President to the Clinton Global Initiative”, Sitio web The White House, [en línea], disponible en: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/09/25/remarks-president-clinton-global-initiative> , consulta: 12 de mayo de 2015.

Todres, Jonathan, “Ley, otredad y la trata de personas”, Revista jurídica de Santa Clara (18 de marzo de 2009, Vol.49, No.3, p.639-641), [en línea], disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1362542 , consulta: 14 de octubre de 2015.

Universidad Nacional Autónoma de México, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, Sitio web Biblioteca Jurídica UNAM, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/831/27.pdf>, consulta: 1 de noviembre de 2015, p.616.

UNICEF, “Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Sitio web UNICEF, [en línea], disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html , consulta: 4 de octubre de 2015.

United Nations Treaty Collection, “United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, Sitio web United Nations Treaty Collection, [en línea], disponible en: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=xviii-12&chapter=18&lang=en , consulta: 18 octubre de 2015.

UNODC, “Global Report on Trafficking in Persons 2014”, *Sitio Web UNODC*, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf, consulta: 16 de agosto de 2015, p.1.

-----, “Manual para la lucha contra la trata de personas”, Sitio web UNODC, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf , consulta: 23 de septiembre de 2015, p.1.

-----, “Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, Sitio web UNODC, [en línea], disponible en: <https://www.unodc.org/>



unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffickingprotocol.html , consulta: 18 de octubre de 2015.

-----, “Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, Sitio web UNOCD, [en línea], disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf , consulta: 18 octubre de 2015, p.13.

U.S. Department of State, “Trafficking in Persons Report 2014”, Sitio Web U.S. Department of State, [en línea], disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/226845.pdf> , consulta: 29 de julio del 2015, p.135.

-----, “Trafficking in Persons Report 2015”, Sitio Web U.S. Department of State, [en línea], disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/243558.pdf> , consulta: 29 de julio del 2015, p.123.

EL DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

THE RIGHT TO SELF-GOVERNANCE OF INDIGENOUS PEOPLES

✉ Por: JUAN MANUEL INDACOCHEA-JÁUREGUI*

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2015
Fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2015

Resumen

Son ampliamente conocidas innumerables obras acerca de diversos derechos colectivos indígenas, como el derecho a la autonomía jurídica o autorregulación normativa, el derecho al territorio, el derecho a la participación política, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la consulta previa, por mencionar algunos. Sin embargo, no se ha profundizado suficiente ni adecuadamente en el derecho al autogobierno o autonomía política interna. Es por ello que el presente artículo pretende ofrecer una primera aproximación multidisciplinaria, para una mejor comprensión de este derecho en particular. Fundamentalmente, teniendo en cuenta que este derecho supone el presupuesto para hacer valer los demás derechos mencionados.

Palabras clave: *Autogobierno, autonomía política interna, autodeterminación interna, pluralismo, análisis económico del derecho.*

* 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. Email: jmindacochea@gmail.com



Abstract

There are several widely known papers on indigenous collective rights, for example the right to a self-regulation autonomy, the right to of land, the right to political participation, the right to collective ownership and the right to prior consultation, to mention a few. However, the right to self-government or internal political autonomy has not been deeply or properly developed. That is why this essay aims to provide a first multidisciplinary approach for better understanding of this particular right. Mainly, considering that the right to self-governance is the requirement to enforce other mentioned rights.

Key words: *Self-governance, Internal Political Autonomy, Internal Self-determination, Pluralism, Law & Economics.*

Introducción

El presente ensayo pretende ofrecer una primera aproximación multidisciplinaria, para una mejor comprensión del derecho al autogobierno o autonomía política interna de los Pueblos Indígenas. Fundamentalmente, teniendo en cuenta que el mencionado derecho supone el presupuesto para hacer valer otros derechos colectivos indígenas. Es decir, es sumamente difícil consultar a una comunidad sobre medida alguna si ésta no cuenta con un sistema de organización que le permita expresar su voluntad de manera conjunta; tampoco es posible una administración eficiente del propio territorio, de los recursos o de los derechos culturales si no existe forma alguna de organización política dentro de la comunidad; finalmente, aún más improbable es que se pueda impartir justicia o elegir a sus representantes sin ningún sistema de organización dirigido a esos fines.

En primer lugar, conviene recordar que el derecho de los pueblos indígenas sobre su territorio es un derecho originario. Este derecho no resulta únicamente precedente a las formas de Estado colonial y republicano, sino que su reconocimiento se remonta a las disposiciones de las viejas Leyes de Indias, según las cuales las áreas que habían conseguido mantener los indígenas y que no les habían sido arrebatadas y sustraídas, en virtud de las leyes de guerra, habían sido y seguían siendo de su propiedad. Es así que, los actos de disposición de la Corona sobre las tierras de pueblos indígenas, constituían propiamente actos de reconocimiento de una propiedad preexistente¹.

1 Roque Roldán, "Los Convenios de la OIT y los derechos territoriales indígenas en las políticas de gobierno y en la administración de justicia en Colombia", en: J. A. Álvarez Melgar y J. L. Vacaflor González (coordinadores), *Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Memoria*, La Paz, Ministerio de Desarrollo, 1998, p. 59.



Adicionalmente, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) “sólo debería bastar la posesión de estos pueblos que histórica y tradicionalmente han ocupado sus tierras comunales para que éstas obtengan el reconocimiento oficial del Estado y por consiguiente la demarcación y titulación de sus tierras”². Esta postura doctrinaria se puede apreciar en algunas reflexiones jurídicas de tribunales latinoamericanos³. Asimismo, es claramente acogida por la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT), cuando en sus Convenios 107 y 169, artículos 11 y 14, respectivamente, refieren al deber de los Estados en el reconocimiento de la propiedad de los indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas. Optando de esta manera, por emplear el verbo reconocer, en lugar de otros como otorgar, dar, ceder o conceder.

El territorio tiene implicaciones de carácter político, económico, administrativo, jurisdiccional, cultural, simbólico y ecológico. En consecuencia, para el efectivo el ejercicio de los derechos correlativos es necesario que el territorio se configure como territorio autónomo con jurisdicción propia, en una unidad política-territorial en donde las colectividades correspondientes puedan ejercer gobierno, justicia y otros poderes, lo cual implica una nueva distribución del poder que asigne a éstas ciertas facultades y competencias que se encuentran concentradas en el gobierno central u otras entidades estatales⁴.

El autogobierno, en cambio, es la realización cotidiana del orden social y las normas de comportamiento del pueblo indígena expresado como unidad. Dirigiendo la relación entre las reglas, la toma de decisiones y el control social. Se refiere esencialmente a la política interna, expresándose hacia afuera mediante la participación o representación política, que es la personalización en uno o varios de sus miembros de los sentimientos y las opciones comunes o consensuadas⁵.

2 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Comunidad Tingni Vs. Estado de Nicaragua, en: *Ius Inter Gentes*, Año 2, Número 2, abril de 2005, p. 95.

3 Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoció con ocasión de la Sentencia de 10 de octubre de 1942, que: “Las leyes españolas desde el primer momento consideraron a los indios como hombres libres, súbditos de la corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, incluyendo el de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que ellos eran personas necesitadas de tutela a semejanza de los incapaces, les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos, determinadas trabas al libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que las tierras se les daban a los indios únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad; significaban solamente que entonces como ahora se hacía la distinción entre los conceptos de goce y ejercicio de los derechos, que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la Ley introduce en el ejercicio del derecho en atención a la incapacidad de la persona por razón de la edad, estado civil o falta de discernimiento”.

4 En este sentido, Consuelo Sánchez. *Op. Cit.*, pp. 92 y 93.

5 En este sentido, Francisco Ballón Aguirre, “Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas”, Lima, Defensoría del Pueblo, 2004, p. 70.



Entre los instrumentos internacionales que no son jurídicamente vinculantes, es decir, jurídicos pero no obligatorios⁶, vale la pena hacer una mención especial a los desarrollos doctrinales de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas⁷, instrumento internacional de valor interpretativo y de aplicación progresiva, cuyo propósito es devenir en costumbre jurídica de ámbito universal –de comprobarse la práctica reiterada con convicción de obligatoriedad– y, por tanto, en fuente primaria del Derecho Internacional Público y, en consecuencia, de carácter obligatorio⁸.

A este respecto, Stavenhagen afirma que: “Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha convertido en Derecho internacional consuetudinario, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas puede convertirse en Derecho internacional consuetudinario con el transcurso del tiempo”⁹. Tal ha sido la unanimidad internacional por

- 6 La doctrina más reputada enseña que: «*En réalité, les instruments que la doctrine anglo-saxonne nomme gentlemen's agreements ou non-binding agreements ne sont pas autre chose que des actes concertés non conventionnels, que l'on peut définir comme des instruments issus d'une négociation internationale et appelées à encadrer les relations de ceux-ci, sans pour autant avoir un effet obligatoire [...]*». Vale decir, los tratados son obligatorios, los actos concertados no convencionales no lo son, sin embargo no se debe confundir “jurídico” con “obligatorio” (*assimilation abusive entre le “juridique” et “l’obligatoire”*), debido a que los actos concertados no convencionales están sometidos al derecho internacional y tienen un alcance jurídico nada desdeñable, dado que si bien los Estados no están obligados por sus disposiciones, sí lo están en virtud del principio de buena fe. «*En réalité, comme les recommandations des organisations internationales, les actes non conventionnels, sans être obligatoires, sont soumis au droit international et ont une portée juridique qui est loin d'être négligeable: sans être liés par leurs dispositions, les États le sont par le principe de bonne foi [...]*» Cf. Patrick Daillier; Mathias Forteau; Quoc Dinh Nguyen y Alain Pellet, “Droit international public” París, LGDJ, 2009, octava edición, p. 4.
- 7 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 (con 11 abstenciones y 4 votos en contra: Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos). El motivo principal de la resistencia a su aprobación fue el riesgo de confundir el derecho a la autonomía con un derecho a la secesión o a la libre determinación de los pueblos. El precedente de esta Declaración es el Proyecto de Declaración sobre de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elaborado en 2004, por el Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas (WGIP), establecido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) mediante Res. 1982/34, del 7 de mayo de 1982. Los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Declaración desarrollan el derecho a los recursos, incluyendo recursos biológicos –además de tierras y territorios–, que han utilizado tradicionalmente.
- 8 Véase también, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Soberanía permanente sobre los recursos naturales. A.G. Res. 1803 (XVII), 17 U.N. GAOR Supp. (n° 17), p. 15. ONU Doc.A/5217 (1962).
- 9 Rodolfo Stavenhagen, “Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en: Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores), *International Work Group for Indigenous Affairs*, Copenhagen, 2009, p. 356: «*The strongest argument for the Declaration is that it was adopted by an overwhelming majority of 143 states, from all the world's regions, and that as a universal human rights instrument it binds all AN member states morally and politically to comply fully with its contents. Just as the Universal Declaration of Human Rights has become customary international law, so the Indigenous Rights Declaration can become customary international law over time as well, if –as possible and likely– national, regional and international jurisprudence and practice can be nudged in the rights direction.*» Además, la doctrina coincide en que los actos concertados no vinculantes pueden



lo que, a pesar de las reservas iniciales de algunos Estados, bien podríamos ser testigos de los inicios de un derecho consuetudinario universal basado en ella.

Reseña histórica

El derecho a la autonomía política interna de los pueblos indígenas en América Latina ha visto históricamente impedida su concreción con posterioridad a la Conquista, sobre todo en virtud a los diversos conflictos de intereses producto de las ideologías nacionalistas elitistas imperantes durante las distintas etapas de la formación de los *imaginarios nacionales*¹⁰.

*Desde la época de la Independencia de las colonias hispanoamericanas, se puede apreciar que si las tropas realistas ganaron ciertas batallas contra los insurgentes mestizos o criollos fue gracias al apoyo de los indígenas y de los esclavos, como ocurrió en Quito en 1820 y en Venezuela entre 1814 y 1816, respectivamente*¹¹. De manera similar aconteció en Nueva Granada, donde la figura de Agualongo representa el símbolo de la lucha indígena contra los criollos independentistas¹². Además, es sabido que en las Batallas de Junín y Ayacucho,

contribuir a la formación de reglas consuetudinarias. «*En outre, comme les traités ou les résolutions des organisations internationales, les actes concertés non conventionnels peuvent contribuer à la formation de règles coutumières.*», Patrick Daillier, Mathias Forteau, Quoc Dinh Nguyen y Alain Pellet, “Droit international public”. *Op. Cit.*, p. 4.

- 10 Término acuñado por Benedict Anderson, quien hace una adaptación de la frase de Hugh Seton-Watson, “Nations and States. An Inquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism”, Methuen, Westview Press, Boulder, 1977: “*Todo lo que tengo que decir, es que una nación existe cuando un número significativo de miembros de una comunidad consideran que forman una nación, o se conducen como si formaran una.*” (T del A.), reemplazando únicamente “consideran” por “imaginan”. De esta manera, propone una nueva definición del concepto de “Nación”: “*una comunidad política imaginaria, e imaginada como intrínsecamente limitada y soberana.*” (T del A.) en: Benedict Anderson, “L’imaginaire national. Réflexions sur l’origine et l’essor du nationalisme”, traducido del inglés al francés por Pierre-Emmanuel Dauzat. París: Éditions La Découverte, 1996, p. 19. Cabe mencionar, a este respecto que, Anderson se habría inspirado en la conferencia pronunciada el 11 de marzo de 1882 en la Sorbona por Ernest Renan, “*Qu’est-ce qu’est une nation?*” París, Presses Pocket, 1992, pp. 50-51. Donde dicho autor declaró que: “*Uno abandona el gran aire que se respira en el vasto campo de la humanidad para encerrarse en los conventículos de compatriotas. Nada es peor para la mente, nada es más adverso para la civilización. No abandonemos este principio fundamental, que el hombre es un ser racional y moral, antes de ser encuadrado por tal o cual idioma, antes de ser miembro de tal o cual raza, antes de adherirse a tal o cual cultura. Antes de la cultura francesa, de la cultura alemana, de la cultura italiana, existe la cultura humana.*” (T del A.).
- 11 Gerhard Masur, “Simon Bolivar”, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1948, p. 207; John Lynch, “The Spanish American Revolutions, 1808-1826”, Nueva York, Norton, 1973, citados por Benedict Anderson, *Op. Cit.*, p. 61.
- 12 Eusebio Díaz del Castillo, “El caudillo. Semblanza de Agualongo”, Pasto, Biblioteca Nariñense de Bolsillo, 1983, p. 78, citado por Víctor Zuluaga Gómez, “Indígenas realistas en la Independencia de la Nueva Granada”, pp. 13 y 14 [Referencia del 27 de noviembre de 2011. pp. 4 y 5]. Disponible en web: http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/25/83/PDF/AT18_Zuluaga.pdf, consulta: 6 de noviembre de 2015; véase también, Víctor. Zuluaga Gómez, “*Política, religión y guerra. Cauca Antioquia, siglo XIX*”, Manizales, Hoyos Editores, 2006, p. 56.



con las que se conseguiría la capitulación del último Virrey de Perú, había más indígenas luchando del bando realista que del independentista¹³.

En este punto, cabe mencionar los casos de Pueblos Indígenas transfronterizos como los Yanomamis, que ocupan territorios de los Estados de Brasil y Venezuela, y los Aymaras, ubicados en Bolivia, Chile y Perú¹⁴.

En un primer momento en la vida de los Estados Nación latinoamericanos, se presenta un colonialismo interno, concepto que emula la relación colonial entre la metrópoli y sus colonias, pero en este caso el proceso se da entre el centro y la periferia dentro de un Estado. En el colonialismo interno, un solo grupo étnico dominante impone su modelo cultural, controlando el proceso de creación de una nueva cultura nacional sincrética, y explota económicamente las regiones periféricas cuyas poblaciones son étnicamente distintas¹⁵.

Este tipo de colonialismo, tiene como efecto que las violaciones a los derechos colectivos de los indígenas “[se encuentren] incorporadas en la estructura jurídica e ideológica de los países latinoamericanos, los cuales por lo general niegan la existencia misma de los indios como entidades culturales distintas al grupo dominante”¹⁶. Otro de sus efectos, la estratificación étnica, continúa existiendo en países como Méjico, Guatemala, Bolivia y Perú¹⁷.

En un segundo momento, con el advenimiento de la Primera Globalización o Segunda Revolución Industrial (1850-1914), el modelo de nación moderna que iba de la mano con el desarrollo de la economía capitalista era el de las democracias liberales de Occidente¹⁸.

13 Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú (CPDHEP), “Historia General del Ejército Peruano”, volumen 4, p. 1185; Robert L. Scheina, “Latin America’s Wars: The age of the caudillo, 1791-1899”, Washington DC, Brassey’s, 2003, pp. 70 y 426.

14 Arjun Appadurai, “Après le colonialisme. Les conséquences culturelles de la globalisation”, traducido del inglés por Françoise Bouillot, edición de bolsillo, París, Éditions Payot & Rivages, 2005, pp. 267-270; Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera, “En fronteras ajenas: el pueblo aymara en las relaciones chileno-bolivianas”, en: *Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, número 13, 2006, pp. 184-185.

15 Rodolfo Stavenhagen, “The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights. Conflicts, Development and Human Rights”, Tokyo, United Nations University Press, 1990. pp. 11-15.

16 Rodolfo Stavenhagen, “Derechos Humanos y Derechos Indios”, en: *La Visión India*, Leiden: Musiro, 1989, pp. 13-14. Véase también, Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera, *Op. Cit.*, p. 176, “[...] el posicionamiento y concretización de este tipo de discursos, que permiten la cohesión estatal apelando al recurso de un alma nacional, va acompañado de intensas campañas de homogeneización –desde la ‘simple’ omisión de la diferencia, hasta su aniquilación material- para lograr aquella necesaria unidad cultural”.

17 Rodolfo Stavenhagen, “The ethnic question. Conflicts, development and human rights”, *Op. Cit.*, pp. 11 y ss.

18 Por ejemplo, es ampliamente conocida la política conservacionista del presidente Theodore Roosevelt que, durante la primera década del siglo XX, fue utilizada para promover una mayor explotación de los



En este panorama, las comunidades indígenas fueron consideradas un obstáculo para la integración nacional y, en consecuencia, una amenaza para los intereses de las mencionadas élites¹⁹.

En este punto, es conveniente insistir que ninguna política indigenista, vale decir, “proyecto[s] de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista”,²⁰ resulta legítima, por carecer del consenso de los destinatarios de dichas políticas o proyectos. En consecuencia, ningún Estado Nación independiente en América Latina constituyó cabalmente en sus inicios un Estado Nación moderno, dado que “no era nacional para la mayoría de la población y no era democrático, no estaba fundando en, ni representaba ninguna ciudadanía mayoritaria. Esta una ceñida expresión de la colonialidad del poder”²¹.

Yrigoyen apunta que “[s]egún Marzal hay 3 políticas seguidas por los estados: 1) el indigenismo colonial cuyo proyecto político es ‘segregar’ y ‘conservar’ a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante; 2) el indigenismo republicano cuyo proyecto político es ‘asimilar’ a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza; y 3) el indigenismo moderno,

recursos naturales bajo control gubernamental alentando la asignación de derechos a las tierras públicas, lo cual supuso la desposesión de tierras indígenas a gran escala. Es posible notar la actitud colonizadora de las nuevas élites americanas en lo afirmado por el mencionado presidente: “To recognize Indian ownership of the limitless prairies and forests of this continent (that is, to consider the dozen squalid savages who hunted at long intervals over a territory of thousand square miles, as owning it outright) necessarily implies a similar recognition of the claims of every white hunter, squatter, horse thief, or cattleman. In fact, the mere statement of the case is enough to show the absurdity of asserting that the land really belonged to the Indians. The different tribes have always been utterly unable to define their own boundaries.”, Theodore Roosevelt. “The Winning of the West”, Michigan: St. Clair Shores, 1977, citado por A. Feit Harvey. “The Construction of Algonquian Hunting Territories. Private Property as Moral Lesson, Policy Advocacy and Ethnographic Error”, en: George W. Jr. (editor), *Colonial Situations. Essays on the Contextualization of Ethnographic Knowledge*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1991, pp. 113, 123 y 124.

Por su parte, en 1869, John Winthrop escribió: “Los nativos de Nueva Inglaterra no cierran terreno alguno, ni tienen asentamientos fijos, ni ganado domesticado para mejorar las tierras, por lo que no tienen sino un Derecho Natural sobre esas regiones. Por tanto, siempre que les dejemos lo suficiente para su uso, podemos legítimamente adueñarnos del resto.” (T del A.), John Winthrop, “Vida y Cartas”, citado en Djelal Kadir, “Columbus and the Ends of the Earth”, Berkeley, University Press, 1992, p. 171.

19 *Ibid.*; p. 12.

20 M. Marzal, “Historia de la Antropología indigenista: México y Perú”, Lima, PUCP, 1986, p. 43, citado por Raquel Yrigoyen Fajardo, “Hitos en el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, extracto de su tesis doctoral, en: Mikel Berraondo (coordinador), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 538-541.

21 Aníbal Quijano. *El ‘movimiento indígena’ y las cuestiones pendientes en América Latina*, en: *San Marcos*, número 24, Lima, 2006, p. 19.



de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político ‘integrar’ a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias”. Adicionalmente, Yrigoyen añade dos modelos más al esquema de Marzal para el caso de los pueblos o naciones indígenas colonizados, uno al inicio y otro al final, distinguiendo así cinco modelos o estadios de políticas públicas: 1) el proyecto de ocupación y sometimiento; 2) el proyecto de subordinación política y segregación colonial; 3) el proyecto asimilacionista; 4) el proyecto integracionista; y 5) el horizonte pluralista²².

La ideología racial que imperó en las élites nacionales, que consideraban a las poblaciones indígenas un obstáculo para la integración nacional y a sus culturas como inferiores ya no tendrá acogida pero se sigue creyendo que las culturas indígenas son atrasadas y que no conducen al progreso ni a la modernidad, es decir, se mantiene una visión etnocéntrica²³.

22 Raquel Yrigoyen Fajardo, “Hitos en el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, *Op. Cit.*

23 Probablemente, dicho prejuicio se remonte al momento mismo del descubrimiento de América. Como señala, Jorge Luis Borges, “Literaturas germánicas medievales”, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 131 y 132: “En la historia de Erico el Rojo están asimismo los viajes y aventuras de Thorfinn Karlsefni, primer europeo que se estableció en nuestro continente. El texto cuenta que una mañana muchos hombres en canoas de cuero desembarcaron y miraron con extrañeza a los intrusos. «Eran oscuros y muy mal parecidos y el pelo de las cabezas era feo; tenían ojos grandes y anchas mejillas.» Los escandinavos les dieron el nombre de *skraelings*, gente inferior. Ni escandinavos ni esquimales supieron que el momento era histórico; América y Europa se miraron con inocencia. Esto aconteció en los primeros años del siglo XI; a principios del XIV, las enfermedades y la gente inferior habían acabado con los colonos.”

Cf. Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú (CPDHEP), “Historia General del Ejército Peruano”, volumen 4, p. 1185; Robert L. Scheina, “Latin America's Wars: The age of the caudillo, 1791-1899”, Washington DC, Brassey's, 2003, pp. 70 y 426.

Rodolfo Stavenhagen, “The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights. Conflicts, Development and Human Rights”. Tokyo, United Nations University Press, 1990, pp. 11-15.

Rodolfo Stavenhagen, “Derechos Humanos y Derechos Indios”, en: *La Visión India*, Leiden: Musiro, 1989, pp. 13-14. Véase también, Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera, *Op. Cit.*, p. 176, “[...] el posicionamiento y concretización de este tipo de discursos, que permiten la cohesión estatal apelando al recurso de un alma nacional, va acompañado de intensas campañas de homogeneización –desde la ‘simple’ omisión de la diferencia, hasta su aniquilación material- para lograr aquella necesaria unidad cultural”.

Rodolfo Stavenhagen, “The ethnic question. Conflicts, development and human rights”, *Op. Cit.*, pp. 11 y ss.

Por ejemplo, es ampliamente conocida la política conservacionista del presidente Theodore Roosevelt que durante la primera década del siglo XX fue utilizada para promover una mayor explotación de los recursos naturales bajo control gubernamental alentando la asignación de derechos a las tierras públicas, lo cual implicó la desposesión de tierras indígenas a gran escala. Es posible notar la actitud colonizadora de las nuevas élites americanas en lo afirmado por el mencionado presidente: “To recognize Indian ownership of the limitless prairies and forests of this continent (that is, to consider the dozen squalid savages who hunted at long intervals over a territory of thousand square miles, as owning it outright) necessarily implies a similar recognition of the claims of every white hunter, squatter, horse thief, or cattleman. In fact, the mere statement of the case is enough to show the absurdity of asserting that the land really belonged to the Indians. The different tribes have always been utterly unable to define their own boundaries.” Theodore Roosevelt. “The Winning of the West”, Michigan: St. Clair Shores, 1977, citado por A. Feit Harvey. “The Construction of Algonquian Hunting Territories. Private Property as Moral Lesson, Policy Advocacy



La misma que es reflejada tanto en las políticas públicas como en el incumplimiento de normas internacionales de respeto y protección de los derechos colectivos indígenas.

Esto, a su vez, estaría relacionado con la persistencia de lo que Aníbal Quijano ha denominado *colonialidad*, esto es, el conjunto de categorías y de relaciones de dominación propias de la experiencia colonial que continúan manifestándose y reproduciéndose en las sociedades latinoamericanas²⁴. Estas continuidades configuran una paradoja esencial para América Latina: la de haber constituido luego de la independencia frente a la colonia española, “*estados independientes articulados a sociedades coloniales*”²⁵.

Adicionalmente, hay que insistir que después de la independencia la “*nacionalidad de los nuevos estados no representaba a las identidades de la abrumadora mayoría de la población sometida a los nuevos Estados*”²⁶. Por ello, Quijano afirma que los movimientos indígenas constituyen un reto considerable frente a los imaginarios, las instituciones y los conocimientos originados dentro del patrón de la *colonialidad* y el eurocentrismo, y son quizás el signo de una crisis de esos patrones de poder en Latinoamérica²⁷.

and Ethnographic Error”, en: George W. Jr. (editor), *Colonial Situations. Essays on the Contextualization of Ethnographic Knowledge*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1991, pp. 113, 123 y 124.

Por su parte, en 1869, John Winthrop escribió: “Los nativos de Nueva Inglaterra no cierran terreno alguno, ni tienen asentamientos fijos, ni ganado domesticado para mejorar las tierras, por lo que no tienen sino un Derecho Natural sobre esas regiones. Por tanto, siempre que les dejemos lo suficiente para su uso, podemos legítimamente adueñarnos del resto.” (T del A.), John Winthrop, “Vida y Cartas”, citado en Djelal Kadir, “Columbus and the Ends of the Earth”, Berkeley: University Press, 1992, p. 171.

Ibíd.; p. 12.

M. Marzal, “Historia de la Antropología indigenista: México y Perú”, Lima, PUCP, 1986, p. 43, citado por Raquel Yrigoyen Fajardo, “Hitos en el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, extracto de su tesis doctoral, en: Mikel Berraondo (coordinador), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 538-541.

Aníbal Quijano, *El ‘movimiento indígena’ y las cuestiones pendientes en América Latina*, en: *San Marcos*, número 24, Lima, 2006, p. 19.

24 Aníbal Quijano, *Op. Cit.*, pp. 14-16. Según el autor, “*Colonialidad*” alude a: 1) la importancia de la *raza* y el racismo en la clasificación social como forma de naturalizar la dominación social; 2) la hegemonía del capital y del mercado mundial articulando bajo la lógica de la explotación a toda otra forma histórica de control del trabajo; 3) el eurocentrismo como patrón de comprensión del tiempo histórico y como criterio de validación del conocimiento; y, 4) el establecimiento del Estado-Nación como forma de control de la autoridad colectiva.

25 Quijano enfatiza que en Latinoamérica, después de la independencia frente al poder español, “[l]a sociedad continuó organizada, largamente, según el patrón de poder producido bajo el colonialismo. Era, pues, seguía siendo una sociedad colonial, en los mismos tiempo y movimiento históricos en que se independizaba, se forma y se definía el nuevo estado. Ese nuevo Estado era independiente del poder colonial, pero, simultáneamente, en su carácter de centro de control del poder, era una ceñida expresión de la colonialidad del poder en la sociedad.”, Aníbal Quijano, *Op. Cit.*, p. 18.

26 Aníbal Quijano, *Op. Cit.*, p. 19.

27 Aníbal Quijano, *Op. Cit.*, p. 25.



La visión etnocéntrica descrita queda fácilmente desvirtuada si se tiene en cuenta que la baja calidad de vida de las poblaciones indígenas no son el resultado de un atraso inherente, sino una consecuencia directa del impacto de políticas asimilacionistas sobre ellas, por las cuales sufren injustamente discriminación y desventajas²⁸.

Opuesto a la realidad descrita, el concepto del pluralismo es inherente a un régimen democrático moderno²⁹. Adicionalmente, en una democracia ideal se requiere una participación efectiva por parte de todos los miembros del demos, y que es justamente en unidades pequeñas en número y en área donde funciona mejor la democracia asambleísta³⁰.

Diversos Estados sudamericanos reconocen en sus textos constitucionales la Pluriculturalidad de la Nación o se definen como tal, es el caso de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia³¹, mientras que en otros casos, el texto constitucional afirma que el Estado protege la pluralidad cultural³². Asimismo, la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1993 (y su depósito en 1994) implica *per se* el reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de los Estados iberoamericanos y la consagración de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas³³. Esto resulta en extremo relevante, si se tiene en

28 Rodolfo Stavenhagen, *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*, Op. Cit., pp. 93-94. Véase también, Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera, Op. Cit., p. 182.: “[...] la asimilación siempre implica incorporarse al juego cuando éste está ya empezado, después de que las reglas y criterios han sido ya establecidos, y debiendo ser examinados de acuerdo con esas reglas y criterios”.

29 Robert Dahl, *Entrevista sobre el pluralismo*, traducción de Guillermo Piro, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 24-25.

30 Véase, por ejemplo, Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Madrid, Sarpe, 1985, p. 110; donde considera como primer requisito para la conformación de su ideal de gobierno democrático que se trate de *“un Estado muy pequeño, en donde se pueda reunir el pueblo y en donde cada ciudadano pueda, sin dificultad, conocer a los demás”*. Véase, asimismo, Jean Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alhambra, 1986, p. 41, donde el autor manifiesta su preferencia por *“una sociedad de tamaño limitado por la extensión de las facultades humanas; es decir, por la posibilidad de ser bien gobernada, donde, bastándose cada uno a sí mismo, nadie se hubiera visto obligado a delegar en otros el ejercicio de las facultades que le competen”*.

31 La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en particular, consagra de manera expresa en su artículo 2 el derecho al autogobierno. Adicionalmente, en el artículo 30 inciso II numeral 14 se establece que: *“En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión (...)”*.

32 Por ejemplo, en el caso de Perú, este principio es reconocido en el artículo 2, inciso 19 de su Constitución Política. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional de la República del Perú ha reconocido el principio de la concepción pluralista de la Constitución. Cf. Juan Carlos Molleda Ruiz, *“El desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa: la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas”*, en: Jorge Avendaño, Jorge Santistevan y Víctor García Toma (directores), *Gaceta Constitucional*, tomo 31, Lima, Gaceta Jurídica, julio 2010, p. 66.

33 Vicente Cabedo Mallol, *“Parte I: Análisis de las Constituciones Políticas Latinoamericanas”*, en: Antonio Peña Jumpa (coordinador), *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 56-57.



consideración que este instrumento internacional acarrea auténticas obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados que lo han ratificado.

En consecuencia, los pueblos indígenas no solamente han sido históricamente objeto de políticas, proyectos o estrategias que respondían a los intereses particulares de las élites dominantes según las circunstancias, sino también que si actualmente continúan sufriendo discriminación y desventajas por el impacto de la civilización moderna, se debe a que se persiste en imponer en la práctica una visión etnocéntrica, a pesar de que los Estados a los que pertenecen se definan como democráticos, pluriétnicos o pluriculturales.

Antecedentes de las actuales asambleas indígenas

A causa de que no resulta posible un ejercicio eficaz de los derechos colectivos indígenas sin un sistema de organización que les permita lograr un consenso para la toma de decisiones sobre asuntos que les atañen, como se explicó en el acápite anterior, es preciso recordar que desde la época preincaica han venido funcionando diversas modalidades de asambleas populares, de las cuales conviene destacar la institución ancestral del Camachico.

Una particularidad del Estado inca y preinca es que en la infraestructura de los ayllus (tribus o comunidades) de la cultura andina funcionaba la institución del Camachico, que consistía en una asamblea popular integrada por hombres y mujeres mayores de edad reunidos para debatir sus problemas económicos, políticos y sociales, y cuyos acuerdos guiaban la acción del curaca (equivalente al cacique en los pueblos del Caribe)³⁴ o bien podían servir para elegir al mismo. Es así que, el Camachico, junto con la asamblea germana constituyen las únicas instituciones del mundo occidental antiguo en donde las mujeres participaban en una consulta o elección en iguales condiciones que los hombres. Pero es necesario aclarar que ellas debían realizar sus intervenciones a través de algún hombre –costumbre vigente entre comuneros en diversas comunidades campesinas. Esta institución tenía una dinámica parecida al *Landsgemeinde* suizo³⁵.

Es así como los cargos públicos se iban renovando (desde el Piscacamayoc hasta el Pachacacamayoc), generalmente duraban un año, de este modo, todos los padres de familia se iban alternando como jefes de grupo, y se producía un adiestramiento en el mando que equivalía a una verdadera educación democrática³⁶. De esta manera, las decisiones tomadas en el Camachico guiaban las acciones del curaca, quien siempre debía tener

34 Luis E. Valcárcel, "Historia del Perú Antiguo", Lima, Mejía Baca, 1964, tomo I, p. 42.

35 Francisco Miró Quesada Rada, "Democracia Directa: Práctica y normatividad", Lima, San Marcos, 1999, p. 69.

36 José Antonio Del Busto, "Perú Incaico", Lima, Studium, 1983, p. 132.



en cuenta los intereses del Ayllu que representaba. Es necesario destacar que el curaca podía ser depuesto si su actuación era ineficiente, insatisfactoria o no tomaba en cuenta los intereses del Ayllu, respetándose incluso el privilegio del Camachico a la revocación durante el Imperio Incaico, a pesar que durante aquella época la elección del curaca fue hereditaria. El Camachico continuó existiendo durante la colonia en las reducciones, pero funcionó clandestinamente debido a que fue prohibido³⁷.

La organización social andina se basa en el principio de reciprocidad, comportando un fenómeno que comprende aspectos económicos, religiosos, e incluso políticos. Por ende, resulta lógico que a través de ella, la autoridad comunal afirme su interdependencia económica y social con sus gobernados, así como sus compromisos, logrando un mayor apoyo político y, en consecuencia, una mayor legitimidad en el mandato³⁸.

En el caso de las comunidades aymaras, en Perú, la asamblea comunal es la reunión de la mayoría de comuneros, convocada en forma regular o en forma extraordinaria con el objeto de tomar decisiones de actividades sociales, económicas y culturales relacionadas con cada comunidad, presentándose a su vez, como órgano supremo de resolución de conflictos que afectan el interés del conjunto de comuneros³⁹.

Otro ejemplo de representación se encuentra actualmente en diversas comunidades indígenas latinoamericanas, como es el caso de Santa Teresa, uno de los pueblos más importantes de los nayerij, situado en la Sierra Alta de Nayarit, en México, donde las autoridades de la localidad se reúnen en asambleas en Rancho Viejo, a hora y media a pie de Santa Teresa⁴⁰. De igual manera, el procedimiento de elección de autoridades en diversas comunidades nativas de Centroamérica se realiza siguiendo su propia costumbre jurídica, vale decir, mediante el Consejo de Ancianos o Principales, cargo al que se llega luego de haber pasado por los demás cargos municipales, ocupado por personas mayores, con mucha experiencia y prestigio⁴¹, mediante ratificación de la Asamblea General o por votación abierta. Evidentemente, si se respeta su derecho consuetudinario, sus autoridades

37 Francisco Miró Quesada Rada, "Manual de Ciencia Política", Lima, Libros y Publicaciones, 2003, pp. 28-31.

38 Ana María Tamayo Flores, "Derecho en los Andes. Un estudio de Antropología Jurídica", Lima, CEPAR, 1992, pp. 186-188, cabe mencionar que, si bien es cierto que Mariátegui sostenía que el indio era naturalmente colectivista, se debe precisar que lo que éste en realidad practicaba y continúa practicando es la reciprocidad como mecanismo de interacción social, Ana María Tamayo Flores, pp. 79-81.

39 Antonio Peña Jumpa, "Justicia y Derecho en las Comunidades Aymaras - Perú", en: Antonio Peña Jumpa (coordinador), *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina. Análisis constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 362-364.

40 Jorge Alberto González Galván, "Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Indígena", México, Mc Graw Hill, 1997, pp. 54 y ss.

41 Raquel Yrigoyen Fajardo, "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal", Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, pp. 35-38.



deben ser elegidas por los miembros de las comunidades, de acuerdo a su costumbre jurídica, es decir, sin la intervención de los partidos⁴².

Cabe mencionar la recuperación de la capacidad de decisión por parte de las asambleas comunitarias en Ecuador, cuya labor ya no culmina con la simple elección de los miembros del *cabildo*⁴³, sino que controla sus actos y los de toda otra entidad comunitaria, basándose en el principio de la democracia participativa, donde la legitimidad se inscribe en el marco de una relación discursiva que implica a cada uno de los miembros de la comunidad, contando además con la participación y colaboración de las municipalidades⁴⁴.

Existen también otras organizaciones comunitarias más complejas, más bien de democracia representativa, como es el caso de la llevada a cabo por los Kunas en Panamá, donde cada comunidad es gobernada por un Consejo comunitario, que designa los *Sailagan* y los delegados que los representarán en el Congreso General Kuna, principal organismo político y administrativo a nivel regional reconocido legalmente por el Estado panameño, en virtud de la aprobación de la Carta Orgánica de San Juan de Blas en 1945⁴⁵.

Todas estas manifestaciones de democracia directa y representativa no solo demuestran la viabilidad de las asambleas indígenas u otras formas de auto-organización política indígena y la necesidad de preservarlas y de promover el autogobierno de las comunidades indígenas.

El reconocimiento internacional del Derecho al autogobierno de los Pueblos Indígenas

A partir de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución Política de Perú, en concordancia con lo dispuesto por su artículo 149, se entiende consagrado el derecho a la autonomía interna de las comunidades campesinas y nativas, aunque de manera insuficiente por no encontrarse debidamente legislado (siendo por ello ignorado y vulnerado), encontrándose recogido en diversos instrumentos internacionales, como en el Convenio 169 de la OIT (aunque de manera indirecta) y recientemente en la *Declaración*

42 Carmen Cordero Avendaño, "Renovación de ayuntamientos en los municipios de elección por usos y costumbres", en: Rolando Ordoñez (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos étnicos. VII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1999, pp. 109-111.

43 Órgano ejecutivo designado por la comunidad introducido por la reforma del régimen municipal de enero de 1966.

44 Nadège Mazars, "De la pratique communautaire autochtone à la démocratie participative. Expériences municipales en Equateur", en: Bastien Bosa y Eric Wittersheim (editores), *Luttes autochtones, trajectoires postcoloniales (Amériques, Pacifique)*, París, Editions Karthala, 2009, pp. 86-111.

45 Mónica Martínez Mauri y Rubén Pérez Kantule, "La diplomatie autochtone avant les ONG à Kuna Yala (Panamá)", en: *Luttes autochtones, Trajectoires postcoloniales (Amériques, Pacifique)*, Op. Cit., pp. 243-265.



sobre los *Derechos de los Pueblos Indígenas* de las Naciones Unidas, adoptada el 13 de septiembre de 2007. Resulta preciso señalar que el derecho a la autodeterminación en general, empezó a concebirse con la *Declaración de Principios por la Defensa de las Naciones y Pueblos Indígenas del Hemisferio Occidental*, documento resolutivo emitido con ocasión de la *Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de los pueblos Indígenas en las Américas*, realizada en septiembre de 1977 en Ginebra⁴⁶.

La mencionada *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007, establece en su artículo 3 que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Es precisamente, gracias a este derecho, que los pueblos indígenas tienen la facultad de decidir qué tipo de organización política quieren darse⁴⁷.

El Derecho al autogobierno de los Pueblos Indígenas está referido a la estructuración y al ejercicio de sus propias instituciones. Mediante este atributo, el pueblo indígena define desde asuntos sencillos hasta aquellos que le son cruciales o controvertidos. La autonomía es también una forma de ejercer la identidad activa. Siendo dinámica y permitiendo la renovación y el cambio dentro o fuera de la tradición, actuando como un mecanismo dinámico de compensación y equilibrio en permanente cambio e interacción con otros componentes de la experiencia cultural.

Los preceptos contemporáneos de democracia se encuentran estrechamente ligados a la noción de subsidiariedad, que en consonancia con los valores promovidos por los procesos de integración política, propugna que las decisiones deben tomarse al nivel más local posible, idea reflejada en las comunidades indígenas que tradicionalmente han mantenido sistemas descentralizados de gobierno⁴⁸, como en los ejemplos previamente expuestos del Camachico y de las asambleas comunitarias.

Es así que, existiría una norma especial de autogobierno, en el contexto particular de los pueblos indígenas, inherente a todo modelo de Estado pluricultural que además se autodefina como democrático (en virtud a los pilares que lo sostienen, que a su vez derivan de la costumbre, tratados y jurisprudencia internacionales), la cual comprende dos elementos:

46 Juan Pohlenz et al. “El Convenio 169 de la OIT y los derechos de los pueblos indios en Chiapas”. Disponible en web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/91/12.pdf>, consulta: 6 de noviembre de 2015, p. 158.

47 De Obieta Chalbaud y Schriver, citados por Virginia Arango Durling, “Introducción a los Derechos Humanos”, Panamá, Panamá Viejo, 2002, pp. 81 y 82.

48 S. James Anaya, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, traducción de la segunda edición de *Indigenous Peoples in International Law*, Madrid, Trotta, 2005, p. 226.



- a. reconocimiento de esferas de autonomía gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas; y
- b. aspirar a garantizar la participación efectiva de estas comunidades en las instituciones generales de toma de decisiones en la medida en que éstas les afecten directamente⁴⁹,

Asimismo, la configuración de un Estado pluriétnico o plurinacional implica el reconocimiento del derecho a la autonomía de las colectividades étnicas que integran el país y el establecimiento de un régimen de carácter autonómico. Lo cual comporta a su vez, la adopción de nuevos principios de unidad, autonomía e igualdad de trato entre las colectividades étnicas y las entidades territoriales integrantes.⁵⁰ Ahora bien, según Stavenhagen, la autonomía interna afectaría no a la propia soberanía del Estado, sino a “[...] *la forma de organización política y económica interna*”. Por ende, “[...] *más que de secesión o independencia política, se habla hoy en día de diversas formas de autonomía política, territorial y económica*”⁵¹.

Por su parte, Anaya resalta la tendencia actual en el derecho internacional, la cual como ya se ha sugerido anteriormente, podría comportar una costumbre jurídica de ámbito universal o, en todo caso, regional:

“Las declaraciones de los gobiernos ante los distintos órganos de la ONU y otras instituciones internacionales relevantes dan muestra de una concepción de la autodeterminación entendida como el derecho de los pueblos indígenas y de sus miembros a participar, en condiciones de libertad e igualdad, en la creación de las instituciones de los Estados en los que viven y a desenvolverse bajo un marco político que les permita tener un control permanente sobre sus propios destinos”⁵².

Stavenhagen apunta asimismo que, *“en virtud de los preceptos de autodeterminación constitutiva, toda disminución de autoridad o alteración de facto o de iure de las instituciones indígenas de gobierno autónomo debe ajustarse a los deseos expresos de estos pueblos”⁵³.*

49 *Ibíd.*, pp. 226 y 227.

50 Consuelo Sánchez, “Autonomía, Estados pluriétnicos y plurinacionales”, en: Raquel Yrigoyen Fajardo (editora), *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 101.

51 Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, conferencia impartida en el programa de Doctorado *Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente*, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, La Rábida, 1998, citado por Vicente Cabedo Mallo, “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina” Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 53-54.

52 S. James Anaya, *Op. Cit.*, p. 169.

53 S. James Anaya, *Op. Cit.*, p. 228.



Cabe destacar que el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8(2) reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “*conservar sus costumbres e instituciones propias*”. A su vez, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, consagra dicho derecho en términos similares en el numeral 2 de su artículo 33: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos*”. Así pues, como pueblos cuya existencia es anterior a toda forma de Estado Nación, y por ende, cuya organización autónoma precede a toda organización burocrática, tienen el derecho a conservarla o a variarla según la voluntad de su población y a establecer sus propios procedimientos de participación, sin embargo, esta autonomía interna debe ser entendida en función a una visión pluralista, es decir, respetando su derecho a la autodeterminación en armonía con su condición de nacional del Estado al que pertenecen⁵⁴.

El autogobierno es fundamental para que ciertas colectividades puedan disponer de autoridades propias con capacidad de tomar decisiones en determinadas esferas, y ejercer poderes para normar la vida interna y administrar sus asuntos. Históricamente, los pueblos indígenas han sostenido alguna forma de autogobierno que ha permitido la reorganización y reproducción de sus formas de vida. En consecuencia, los principales fundamentos legales empleados para sostener la existencia del derecho al autogobierno son:

- Antes de la llegada de los europeos, los pueblos indígenas estaban organizados como sociedades autogobernadas.
- Los pueblos indígenas fueron reconocidos por la Corona como naciones capaces de establecer tratados.
- Los pueblos indígenas nunca renunciaron a su derecho al autogobierno.
- Si bien el derecho al autogobierno puede haber sido limitado, nunca fue extinto.
- Las limitaciones al autogobierno no serían válidas (en virtud a su reconocimiento internacional y su incorporación al orden jurídico nacional)⁵⁵.

El reconocimiento del derecho indígena implica el respeto y fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas, que incluyen a su vez el reconocimiento y respeto de sus propios procedimientos para su constitución y designación. Por tanto, las normas no pueden comprender mecanismos de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas, a causa de

54 John Borrows, “Landed Citizenship: Narratives of Aboriginal Political Participation”, en: Will Kymlicka y Wayne Norman (editores), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 326-342.

55 *Ibíd.*, p. 159.



la desconfianza histórica hacia los sistemas registrales. La legislación nacional debe prever determinados canales de diálogo con autoridades indígenas con base en una consulta previa. De igual manera, deben establecerse mecanismos para el fortalecimiento de las autoridades indígenas y de las instancias de decisión que tienen un carácter consensual y participativo (asambleas, cabildos, etc.)⁵⁶.

La posibilidad de que actualmente estos gobiernos sean autónomos y que sus miembros puedan autodeterminarse colectivamente depende de su condición política, en tanto pueblos pertenecientes a la estructura política de una sociedad nacional. Por consiguiente, dependen también del conjunto de competencias que le son atribuidas por el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, para que las autoridades e instituciones autónomas realicen las tareas de gobierno que el propio orden legal les asigne, resulta imprescindible que puedan manejar sus propios recursos y acceder a los fondos nacionales⁵⁷. Cabe mencionar el caso de las comunidades Inuit de Canadá, que eran incorporadas como municipalidades en la legislación de Québec, la cual incluso les delegaba poderes específicos⁵⁸.

Autonomía constitucional o estatutaria

Finalmente, el reconocimiento del derecho a la autonomía política o al autogobierno, tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho a la autonomía constitucional –que en el caso de los Pueblos Indígenas sería conveniente llamarla estatutaria–, derecho ampliamente desarrollado por la doctrina suiza a propósito de la autonomía política propia de los cantones⁵⁹. Según ésta, la autonomía constitucional consiste en la facultad de darse una Constitución y de determinar su forma y contenido observando los límites establecidos por ordenamientos jurídicos superiores⁶⁰.

Del derecho a la autonomía constitucional se desprenden a su vez los derechos a la autonomía constitucional material y formal. Este último está referido a la libre determinación de la forma de la Constitución. Comporta a su vez diversos derechos, entre los cuales destaca la libertad de redacción, que permite a la colectividad titular de la autonomía de elegir entre una Constitución escrita y una Constitución consuetudinaria, incluso,

56 Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Op. Cit., pp. 95 y 96.

57 Consuelo Sánchez, Op. Cit., pp. 86-90.

58 Nancy Kleer et al., "Aboriginal Law Handbook", tercera edición, Toronto, Carswell, 2008, p. 140.

59 Autonomía previa a la Constitución, en los casos de los cantones que fundaron la Confederación Helvética, o conferida por ésta, en los casos de los cantones creados posteriormente.

60 Vincent Martenet, "L'autonomie constitutionnelle des cantons", tesis número 717 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, Ginebra, Helbing et Lichtenhahn, 1999, p. 43.



una Constitución mixta. Otro importante derecho contenido en el derecho a la autonomía constitucional formal es la libertad de publicación, que comporta la libertad de elegir el modo de divulgación de la Constitución⁶¹.

Es preciso recordar en este punto, que la índole oral del derecho consuetudinario indígena, que frecuentemente se destaca como una de sus características, no fue sino una consecuencia de la colonia: los indígenas precolombinos tenían originalmente reglas habladas y escritas, pero dado que el régimen español no permitía la coexistencia de textos legales de diferente procedencia cultural, la oralidad se convirtió en el único instrumento de reproducción de la costumbre jurídica indígena. Recientemente, el derecho indígena viene recuperando la escritura de forma parcial, como es el caso de los reglamentos emitidos por rondas de ancianos de Nayarit, en México⁶².

Si bien cantones suizos están habilitados para reconocer derechos fundamentales con contenido más amplio que los establecidos en los tratados internacionales y en la Constitución y jurisprudencia federales, como facultad derivada del derecho a la autonomía constitucional material, éstos deben ser conformes con el mínimo que representan los derechos reconocidos en el plano internacional y federal⁶³.

Finalmente, es conveniente indicar que el poder legislativo puede ser ejercido directa y exclusivamente por el pueblo reunido en asamblea o por sus representantes⁶⁴. De igual manera, resulta oportuno mencionar que cualquier medida sometida a referéndum o consulta popular debe ser conforme al derecho federal e internacional, de lo contrario se puede interponer un recurso a fin de evitar que el escrutinio tenga lugar⁶⁵.

Salvando las evidentes diferencias existentes entre la historia de los Cantones durante la formación de la Confederación Helvética y la historia de los pueblos indígenas en el hemisferio sur, es posible hallar ciertas similitudes rescatables, como el hecho que en ambas se hayan ideado mecanismos propios de la democracia directa, que en el primer caso data de varios siglos antes de su constitucionalización en 1891, mientras que en el segundo, de la época preincaica; pero también en el factor humano que por muy distintas que fueran sus características, coincidían en que en un inicio casi la totalidad de su población estaba integrada por campesinos – o personas dedicadas a actividades extractivas – analfabetos⁶⁶.

61 *Ibíd.*, pp. 44 y ss.

62 Cletus Gregor Barié, “Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama”, México, Instituto Indigenista Interamericano, 2000, pp. 68 y 69.

63 Vincent Martenet, *Op. Cit.*, pp. 423 y ss.

64 *Ibíd.*, pp. 337 y 338.

65 *Ibíd.*, pp. 225 y 226.

66 El hecho de ser analfabeto no impide la participación de una persona en la política, de lo contrario, sólo se favorecería la inequidad existente en toda sociedad y lo que Pierre Bourdieu denominaría la



De esta manera, como consecuencia del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas se deriva también la potestad de emitir su propio estatuto indígena conforme a sus costumbres, es decir, de optar por un estatuto oral si así lo desean, siempre y cuando sea acorde a los derechos fundamentales enunciados en la Carta Magna y a los derechos humanos reconocidos por los diversos instrumentos internacionales vigentes ratificados por cada Estado.

Algunos aspectos económicos del derecho al autogobierno de los Pueblos Indígenas

La civilización moderna viene transformando irreversiblemente la vida de los Pueblos Indígenas, un claro ejemplo es el proceso de *acumulación por desposesión*, concepto acuñado por David Harvey, quien intenta así explicar la necesidad de reactualizar cada cierto tiempo el movimiento de acumulación primaria de bienes previamente externos al mercado. Esta acumulación por desposesión tiene la finalidad de afrontar las crisis de sobreacumulación de la economía global, es decir, supone una solución a los excedentes de capital que no encuentran oportunidades de inversión rentables al interior del mercado. La acumulación por desposesión soluciona el problema mediante la apropiación de bienes cuya previa exterioridad al mercado garantiza un costo de apropiación sumamente bajo, y por tanto, alta rentabilidad⁶⁷.

Dicho proceso es la manifestación contemporánea de lo que Marx, siguiendo a Adam Smith, denominó *acumulación originaria*. La acumulación originaria es el primer proceso de *enclosure of the commons* que supone la apropiación de los *arable commons*⁶⁸, es decir, la apropiación y cercamiento de tierras comunales, la inserción de esas tierras al sistema de propiedad privada y la consecuente expulsión de su población nativa⁶⁹.

El *enclosure of the commons* es la inserción de recursos que se encontraban en la esfera del dominio público a la del dominio privado. En la práctica, con relación a los territorios indígenas, se continúa produciendo un proceso de *enclosure of the commons*, a través de

“reproducción cultural y social”, de estructuras socio-culturales. Cf. Pierre Bourdieu, “La noblesse d’État: grandes écoles et esprit de corps”, Paris, Les Éditions de Minuit, 1989. Incluso hay quienes sostienen que la participación política de la ciudadanía en general contribuye a la transmisión de diversos valores, tradiciones e identidades culturales, además de, evidentemente, fomentar una educación democrática.

67 David Harvey, “The New Imperialism”, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 137 y ss.

68 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.

69 Véase también, la descripción del caso chileno por el mismo autor, David Harvey, “A Brief History of Neoliberalism”, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 8, donde el autor comenta la cesión de recursos naturales a la explotación privada en un marco de desregularización durante el gobierno de Pinochet, a pesar de los reclamos de las poblaciones indígenas.



la apropiación de las tierras comunales, la expulsión de su población nativa y la inserción de esas tierras al sistema de propiedad privada. Este proceso es también denominado acumulación originaria o por desposesión. El proceso de *enclosure of the commons* es también una respuesta a *the tragedy of the commons*.

Hardin afirmó que el problema se desarrolla de la siguiente manera: imagínate un pastizal donde el pastoreo de animales sea libre, sin límite. Es lógico pensar que cada pastor va a buscar maximizar sus beneficios. Las utilidades están en función del incremento de un animal y como el pastor recibe todos los beneficios de la venta del animal adicional, la utilidad es cercana a +1. Por el contrario, las pérdidas están en función del consumo de pasto creado por un animal adicional y como las consecuencias del consumo de pasto son compartidas por todos los pastores, la pérdida es tan solo una fracción de -1.

En consecuencia, un pastor racional concluye que lo más beneficioso es aumentar un animal más a su rebaño. Sin embargo, es la misma conclusión a la que llegan todos los pastores. La tragedia la configura el hecho de que sea la ruina el destino al que se dirigen persiguiendo su propio interés en las sociedades que creen en la libertad de los *commons*. En tal sentido, concluye afirmando que la libertad en los *commons* trae la ruina a todos⁷⁰.

Sin embargo, no es posible afirmar que las tierras comunales indígenas funcionen bajo la misma lógica, no se produce tal “tragedia”, por cuanto durante los últimos siglos no han tenido problemas de devastación de pastizales, erosión por exceso de ganadería, deforestación, contaminación, etc. Demostrando que, por el contrario, son los propios Pueblos Indígenas quienes mejor controlan la deforestación, erosión o cualquier otra amenaza al medio ambiente, dentro de su propio territorio. Adicionalmente, los territorios tradicionalmente ocupados por Pueblos Indígenas son propiamente tierras comunales o comunitarias, es decir, propiedad colectiva, no *res nullius* ni bien de dominio público, como se explicó al inicio del presente ensayo. A pesar de ello, se continúa produciendo el denominado *enclosure of the commons*, sin el consentimiento ni reconocimiento de las autoridades o estructuras políticas representativas de Pueblos Indígenas.

Si bien existe el convencimiento entre los antropólogos de que la ley o el derecho consuetudinario es mucho más antiguo que el Estado⁷¹, Robert D. Cooter y Hans-Bernd Schäfer explican que la efectividad de las sanciones sociales depende de los intereses económicos en juego. Las sanciones sociales bastan para impedir irregularidades en transacciones repetidas con bajas contraprestaciones económicas, pero no en transacciones

70 Garret Hardin, “The Tragedy of the Commons”, en: Science, New Series, volumen 162, N° 3859, 13 de diciembre de 1968, pp. 1243-1248, especialmente pp. 1244.

71 Por ejemplo, Bronislaw Malinowski viajó a las Islas Trobriand en 1914 y observó cómo la gente resolvía sus disputas. Halló que, cuando una persona hacía daño a otra, los demás pobladores usaban la presión social para obligar a compensar la familia de la víctima. B. Malinowski, “Crime and Custom in Savage Society”, New York, Harcourt Brace, 1926.



de ejecución única con contraprestaciones económicas elevadas. En los grandes negocios, sin embargo, las sanciones sociales son insuficientes para asegurar la confianza, salvo en familias reducidas. En los grandes negocios, la gente necesita al Estado detrás de los contratos tanto como los diplomáticos necesitan un ejército detrás de la política externa⁷². Por lo que resulta válido admitir que sin la supervisión del Estado de los acuerdos suscritos entre la minera y la comunidad indígena correspondiente, difícilmente se logrará la coerción necesaria para hacer respetar dichos acuerdos a largo plazo.

Coase afirmaba que si los costos de transacción serían nulos, el valor sería maximizado.⁷³ Probablemente se deba considerar el reconocer y legitimar como agente negociador a las estructuras políticas democráticamente electas para representar a la comunidad potencialmente afectada, para evitar incurrir en mayores costos de transacción de los que se incurre cuando no existe una autoridad bien definida con la cual lograr el debido consentimiento o, simplemente, se evitaría incurrir en costos inútiles generados por conflictos sociales previsibles.

No es posible afirmar que los Pueblos Indígenas necesariamente se encuentran reacios a negociar y no desean el progreso económico⁷⁴. Es preciso facilitar el legítimo ejercicio del derecho al autogobierno, inscribiendo sus instituciones y estatutos políticos, previendo mecanismos democráticos –representativos o directos– para la toma de decisiones por parte de la propia comunidad y propiciando una participación importante en los beneficios económicos derivados de la explotación de recursos que yacen en los territorios tradicionalmente ocupados por ellos.

Sin embargo, es preciso reiterar que las filosofías indígenas de derechos humanos tienden a ser más bien *ecocentradas* y *sociocentradas*, encontrando el fundamento de la vida humana en la madre naturaleza (“pachamama”, para las culturas quechua y aymara), que sostiene una manera de vivir comunal,⁷⁵ por lo cual deberá respetarse una eventual respuesta negativa del Pueblo Indígena involucrado ante la oferta de explotación de recursos naturales, si no se desea incurrir en costos inútiles, originados por conflictos sociales previsibles.

72 Robert D. Cooter y Hans-Bernd Schäfer, “Solomon’s Knot. How Law Can End the Poverty of Nations”, New Jersey, Princeton University Press, 2012, pp. 35-36.

73 Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, en: *The Journal of Law and Economics*, volumen III, octubre 1960, p. 10; Ronald Coase, “Le Coût du droit”, Paris, PUF, 2000, p. 79.

74 Respecto a contratos de autorización de explotación de recursos en territorios tradicionalmente ocupados por Pueblos Indígenas, llaman particularmente la atención acuerdos exitosos para los Pueblos Indígenas involucrados, como es el caso del Proyecto Ollachea, en Puno, Perú, donde la comunidad aledaña recibió un 5% de la Propiedad Minera Kuri Kullu, la subsidiaria de Minera IRL a cargo del proyecto. Cf. Daniel Goya, “El secreto de IRL. La minera quiere producir 120.000 onzas de oro dentro de dos años sin sufrir conflictos sociales en el intento.” En: *Vistazo*, n° 16, marzo 2012, p. 8.

75 Baas De Gaay Fortman, “La obtención de los derechos indios”, en: Rodolfo Stavenhagen (coordinador), *Derechos Humanos y Derechos Indios*, en: *La Visión India*, Leiden, Musiro, 1989, pp. 31-33 y 38.



Conclusiones

El autogobierno, concebido como la capacidad de organizarse de manera autónoma para distintos fines, es el eje sobre el cual giran los demás derechos colectivos indígenas, como por ejemplo, para determinar las normas propias de la comunidad, para determinar la conveniencia o inconveniencia ante la posibilidad de ser afectados por actos administrativos o legislativos, o programar la manera cómo van a proteger sus propios derechos culturales o medioambientales.

Por estas razones, resulta evidente que cuando el Estado se define a sí mismo como democrático, lo mínimo que debe garantizar a los pueblos indígenas es su derecho al autogobierno, piedra angular de los demás derechos que componen el derecho a la autonomía interna de los pueblos indígenas y presupuesto para la eficacia de sus otros derechos colectivos.

Resulta necesario desarrollar la correspondiente normatividad que permita el desarrollo de los distintos mecanismos de democracia directa usados tradicionalmente por los pueblos indígenas y que consagre realmente la autonomía de sus autoridades e instituciones, permitiendo la delegación de las competencias necesarias para posibilitar la eficacia del derecho objeto del presente estudio.

A esta conclusión se llega no sólo en virtud de lo desarrollado sobre el derecho a la autonomía política sino también gracias al entendimiento que los Pueblos Indígenas deben conducir sus propios destinos como colectividades autónomas con territorios autogobernados y de que esto resulta imprescindible para su propia supervivencia.

Bibliografía

Anaya, S. James, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, traducción de la segunda edición de *Indigenous Peoples in International Law*, Madrid, Trotta, 2005, p. 226.

Anderson, Benedict, “L’imaginaire national. Réflexions sur l’origine et l’essor du nationalisme”, traducido del inglés al francés por Pierre-Emmanuel Dauzat. París: Éditions La Découverte, 1996, p. 19.

Appadurai, Arjun, “Après le colonialisme. Les conséquences culturelles de la globalisation”, traducido del inglés por Françoise Bouillot, edición de bolsillo, París, Éditions Payot & Rivages, 2005, pp. 267-270.

Barié, Cletus Gregor, “Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama”, México, Instituto Indigenista Interamericano, 2000, pp. 68 y 69.



- Cabedo Mallol, Vicente, “Parte I: Análisis de las Constituciones Políticas Latinoamericanas”, en: Antonio Peña Jumpa (coordinador), *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 56-57.
- Coase, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, en: *The Journal of Law and Economics*, volumen III, octubre 1960, p. 10.
- Cooter, Robert D., y Hans-Bernd Schäfer, “Solomon’s Knot. How Law Can End the Poverty of Nations”, New Jersey, Princeton University Press, 2012, pp. 35-36.
- Cordero Avendaño, Carmen, “Renovación de ayuntamientos en los municipios de elección por usos y costumbres”, en: Rolando Ordoñez (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos étnicos. VII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1999, pp. 109-111.
- Dahl, Robert, “*Entrevista sobre el pluralismo*”, traducción de Guillermo Piro, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 24-25.
- Daillier, Patrick; Mathias Forteau; Quoc Dinh Nguyen y Alain Pellet, “Droit international public” París, LGDJ, 2009, octava edición, p. 4.
- De Gaay Fortman, Baas, “La obtención de los derechos indios”, en: Rodolfo Stavenhagen (coordinador), *Derechos Humanos y Derechos Indios*, en: *La Visión India*, Leiden, Musiro, 1989, pp. 31-33 y 38.
- Harvey, David, “A Brief History of Neoliberalism”, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 8, donde el autor comenta la cesión de recursos naturales a la explotación privada en un marco de desregularización durante el gobierno de Pinochet, a pesar de los reclamos de las poblaciones indígenas.
- , “The New Imperialism”, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 137 y ss.
- Harvey, Feit, “The Construction of Algonquian Hunting Territories. Private Property as Moral Lesson, Policy Advocacy and Ethnographic Error”, en: George W. Jr. (editor), *Colonial Situations. Essays on the Contextualization of Ethnographic Knowledge*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1991, pp. 113, 123 y 124.
- Hardin, Garret, “The Tragedy of the Commons”, en: *Science, New Series*, volumen 162, N° 3859, 13 de diciembre de 1968, pp. 1243-1248, especialmente pp. 1244.
- Jacques Rousseau, Jean, “El Contrato Social”, Madrid, Sarpe, 1985, p. 110
- Kleer, Nancy, et al., “Aboriginal Law Handbook”, tercera edición, Toronto, Carswell, 2008, p. 140.
- Kymlicka, Will, y Wayne Norman (editores), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 326-342.



- Martenet, Vincent, «L'autonomie constitutionnelle des cantons», tesis número 717 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, Ginebra, Helbing et Lichtenhahn, 1999, p. 43.
- Martínez Mauri, Mónica, y Rubén Pérez Kantule, «La diplomatie autochtone avant les ONG à Kuna Yala (Panamá)», en: *Lutttes autochtones, Trajectoires postcoloniales (Amériques, Pacifique)*; Nadège Mazars, «De la pratique communautaire autochtone à la démocratie participative. Expériences municipales en Equateur», en: Bastien Bosa y Eric Wittersheim (editores), *Lutttes autochtones, trajectoires postcoloniales (Amériques, Pacifique)*, París, Editions Karthala, 2009, pp. 86-111 y 243-265.
- Molleda Ruiz, Juan Carlos, «El desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa: la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas», en: Jorge Avendaño, Jorge Santistevan y Víctor García Toma (directores), *Gaceta Constitucional*, tomo 31, Lima, Gaceta Jurídica, julio 2010, p. 66.
- Peña Jumba, Antonio, «Justicia y Derecho en las Comunidades Aymaras – Perú», en: Antonio Peña Jumba (coordinador), *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina. Análisis constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 362-364.
- Quesada Rada, Francisco Miró, «Democracia Directa: Práctica y normatividad», Lima, San Marcos, 1999, p. 69.
- , «Manual de Ciencia Política», Lima, Libros y Publicaciones, 2003, pp. 28-31.
- Quijano, Aníbal, *El 'movimiento indígena' y las cuestiones pendientes en América Latina*, en: *San Marcos*, número 24, Lima, 2006, p. 19.
- Roldán, Roque, «Los Convenios de la OIT y los derechos territoriales indígenas en las políticas de gobierno y en la administración de justicia en Colombia», en: J. A. Álvarez Melgar y J. L. Vacaflor Gonzáles (coordinadores), *Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Memoria*, La Paz, Ministerio de Desarrollo, 1998, p. 59.
- Stavenhagen, Rodolfo «Derechos Humanos y Derechos Indios», en: *La Visión India*, Leiden: Musiro, 1989, pp. 13-14.
- , «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», conferencia impartida en el programa de Doctorado *Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente*, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, La Rábida, 1998, citado por Vicente Cabedo Mallol, «Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina» Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 53-54.



-----, "The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights. Conflicts, Development and Human Rights", Tokyo, United Nations University Press, 1990. pp. 11-15.

Tamayo Flores, Ana María, "Derecho en los Andes. Un estudio de Antropología Jurídica", Lima, CEPAR, 1992, pp. 79-81.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Hitos en el reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", extracto de su tesis doctoral, en: Mikel Berraondo (coordinador), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 538-541.

-----, "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal", Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, pp. 35-38.

LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO TITULARES DE DERECHOS HUMANOS: DESCARTANDO EL SUPUESTO OXÍMORON Y ANALIZANDO LAS POSIBILIDADES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

LEGAL ENTITIES AS HOLDERS OF HUMAN RIGHTS: DISCARDING THE OXYMORON AND ANALYZING
COURSE POSSIBILITIES IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

✉ Por: ELARD RICARDO BOLAÑOS-SALAZAR*

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2015
Fecha de aprobación: 10 de noviembre de 2015

Resumen

En el contexto de una etapa crucial para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en donde la Corte IDH deberá decidir próximamente, por medio de una opinión consultiva, si las personas jurídicas pueden acudir al sistema en busca de protección de sus “derechos humanos”, en presente artículo plasma algunas cuestiones relevantes para el debate de dicho tema. Así, también se propone una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que llevará a concluir que los entes morales si pueden, en algunos casos específicos, ser considerados como víctimas ante el sistema regional de protección.

Palabras clave: *personas jurídicas, derechos humanos, sistema interamericano de derechos humanos, interpretación evolutiva.*

1 Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima - Perú. Email: ricardo.92b@hotmail.com



Abstract

In the context of crucial importance to the Inter-American Human Rights System step in which the IACHR must decide soon, through an advisory opinion whether legal persons can go to the system for protecting their “human rights”, in this article presents some relevant issues for discussion of the topic. Thus, an interpretation of the American Convention on Human Rights that will conclude that moral beings if they can, in some specific cases, be considered as victims in the regional protection system is also proposed.

Key words: *Legal persons, human rights, inter-american human rights system, evolutionary interpretation.*

Introducción

En los Estados Unidos de América, aproximadamente durante los siglos XVIII y XIX, se vivió la infeliz práctica de la esclavitud en virtud de la cual, miles de seres humanos fueron tratados como objetos, propiedades que podían ser parte del tráfico mercantil pues se les consideraba “cosas” no merecedoras de derechos y libertades por carecer de “dignidad humana”. Es en dicho contexto, hacía el año 1830, que se forman en los Estados Unidos de América movimientos abolicionistas de la esclavitud que buscaban desterrar dicha práctica dado que, como muchos historiadores han evidenciado, se logró comprender que aquellos seres humanos que en el pasado eran concebidos como objetos de mera propiedad carentes de la cualidad humana que los hiciera sujetos de derechos, en realidad eran tan humanos como sus “esclavistas”.

El anterior ejemplo demuestra -salvando evidentes distancias con el tema propuesto en este artículo- que en la historia de la humanidad no siempre se han llegado a consensos de manera repentina y/o abruptamente sino que, han hecho falta librar procesos, luchas y disputas para conseguir cambiar ciertos estados de cosas.

Y ello es precisamente lo que sucede con el tema de si las personas jurídicas –entendidas las mismas como entidades con deberes y responsabilidades propias, distintas a las de sus miembros y que son calificadas como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución¹– podrían ser titulares de derechos humanos y, en consecuencia, acudir al

1 Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, artículo 1, La Paz, Bolivia, en vigor desde el 8 de agosto de 1995.



Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH en adelante) en reclamo de alegadas vulneraciones estatales.

Actualmente, la discusión ha sido sembrada por Panamá al presentar, en abril del año 2014, una solicitud a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante) para que emita una opinión consultiva respecto de si las personas jurídicas pueden acudir, en calidad de víctimas, al SIDH. Las posiciones han sido y son diversas, aunque por parte de los Estados que participaron presentando sus observaciones respecto de esta consulta, pareciera haber un consenso en el sentido de negarles a las personas jurídicas toda posibilidad de acudir al sistema regional de protección de derechos humanos.

Evidentemente, la posición de los Estados es entendible y justificada pues, cuando ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH en adelante) lo hicieron pensando en que dicho instrumento internacional les obligaba a respetar y garantizar los derechos de seres humanos y no de entes morales. No obstante, en el presente estudio se esgrimirán argumentos que pueden llevar a una conclusión un tanto distinta de la adoptada por los Estados de la región. Se sustentarán posiciones y rebatirán cuestionamientos a la posibilidad de ampliar el *status* de “víctima” hacia las personas jurídicas; todo ello, con la finalidad de aportar a la discusión actual en el SIDH.

Las posiciones actuales de la CIDH y la Corte IDH respecto a la admisión de personas jurídicas como víctimas

1. Las razones de la CIDH para no aceptar a las personas jurídicas como víctimas

La importancia de conocer cuál ha sido la posición de la CIDH respecto al tema es relevante en tanto que la Corte IDH ha manifestado que a quien le corresponde determinar a las presuntas víctimas, en cada caso, es a la CIDH.² Por ello, una primera aproximación de cambio de parecer debe darse, desde mi punto de vista, en sede de la CIDH. En tal sentido, veamos pues cuales son los criterios asumidos por este organismo.

La primera vez que la CIDH tuvo que conocer un caso relativo a una persona jurídica que pretendía acudir en calidad de víctima al sistema fue en el año 1991 en el caso conocido como *Banco de Lima Vs. Perú*. En dicho caso, ampliando lo establecido en el numeral 2 del artículo 1° de la CADH señaló que “para los propósitos de esta Convención, persona significa todo ser humano, y que por consiguiente, el sistema de protección de los derechos

2 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 98, y Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 27.



humanos en este hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas³ y, consecuentemente, declaró inadmisibile la petición por considerar que en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no los derechos de personas jurídicas⁴.

Este criterio fue reiterado luego en 1997 y 1999 en los casos *Tabacalera Boquerón S.A. Vs. Paraguay* y *Mevopal S.A. Vs. Argentina*. Sumó además, en el caso de la tabacalera, el argumento de que en el SIDH el derecho de propiedad recogido en el artículo 21° de la CADH es un derecho de las personas naturales, concluyendo que lo que estaba en discusión no eran los derechos individuales de propiedad de los accionistas, sino los derechos comerciales y “patrimoniales” de Tabacalera Boquerón S.A. la cual, a su criterio, no se encontraba amparada por la jurisdicción de la CIDH⁵. Por otra parte, en el caso de *Mevopal*, sostuvo que la petición era inadmisibile dado que los recursos disponibles en la jurisdicción argentina fueron agotados por la sociedad comercial y no por los accionistas que la componían⁶.

Meses después de caso *Mevopal*, la CIDH resolvió el caso *Bernard Merens y familia Vs. Argentina*, en el cual, si bien reiteró que las personas jurídicas no pueden ser consideradas como víctimas en el SIDH, dejó entrever mediante la frase: “la presente petición no contiene elementos que justifiquen modificar el curso jurisprudencial establecido por la Comisión”⁷, que si la CIDH encontrase argumentos de contundencia tal que refuten lo hasta hoy establecido por ella, si modificaría su posición. Muestra, en todo caso, que la negación de los derechos de las personas jurídicas es más un tema de calidad argumentativa y no tanto de fundamentación axiológica.

Esta tentadora afirmación fue reiterada en los casos *Bendeck-Cohdhinsa Vs. Honduras*⁸ y *Tomás Enrique Carvallo Quintana Vs. Argentina*⁹. Además, en este último caso, la CIDH señaló que “los accionistas no pueden considerarse víctimas de actos de interferencia

3 Comisión IDH. Caso Banco de Lima Vs. Perú. Informe N° 10/91 de 22 de febrero de 1991, párr. 1.

4 *Ídem*, párr. 2.

5 Comisión IDH. Caso Tabacalera Boquerón S.A. Vs. Paraguay. Informe N° 47/97 de 16 de octubre de 1997, párr. 27.

6 Comisión IDH. Caso *Mevopal S.A. Vs. Argentina*. Informe N° 39/99 de 11 de marzo de 1999, párr. 19.

7 Comisión IDH. Caso *Bernard Merens y familia Vs. Argentina*. Informe N° 103/99 de 27 de setiembre de 1999, párr. 17.

8 Comisión IDH. Caso *Bendeck-Cohdhinsa Vs. Honduras*. Informe N° 106/99 de 27 de setiembre de 1999, párr. 20.

9 Comisión IDH. Caso *Tomás Enrique Carvallo Quintana Vs. Argentina*. Informe N° 67/01 de 14 de junio de 2001, párr. 55.



con los derechos de una empresa, a menos que prueben que sus derechos se han visto afectados directamente”¹⁰. Por ello, concluyó que los reclamos que respecto de los cuales si estaba facultada para conocer era el derecho de Sr. Carvallo Quintana de procurar una protección judicial efectiva y garantías referentes a sus derechos como accionista, pero de ninguna manera, podía admitir las reclamaciones basadas en la situación jurídica de BARNA (la empresa).

Cuatro años más tarde del caso Quintana, la CIDH emitiría el caso *Carlos Alberto López Urquía Vs. Honduras* el cual, si bien declaró inadmisibile, sostuvo que el señor López Urquía, al ejercer el comercio en Honduras de manera individual (forma prevista en la legislación hondureña), y al ser el único que administraba dicha empresa, no se formaba una sociedad con personalidad jurídica distinta que la de su dueño, por lo cual, los actos y contratos que realizó el señor López Urquía los hizo como persona natural y ser humano en el sentido que establece la CADH¹¹.

Este razonamiento expuesto por la CIDH es clave pues sugiere que aquellas personas que participen en la vida económica de un Estado mediante una empresa individual (piénsese en las empresas individuales de responsabilidad limitada) podrán acudir al SIDH aun cuando los actos lesivos por parte del Estado estén dirigidos contra la empresa y no contra el ser humano. No obstante, la CIDH declaró que el caso era inadmisibile por considerar que los hechos alegados en la petición no caracterizaban vulneraciones del artículo 21°, 8° y 25° de la CADH.

Luego de ello, al SIDH llegaron dos casos que también son de importancia, ambos contra Colombia, los cuales la CIDH declaró admisible. Empero, conviene hacer dos aclaraciones. En el primero, la CIDH consideró que carecía de competencia *ratione personae* para pronunciarse sobre alegatos de violaciones contra la persona jurídica denominada SINTRAOFAN pero que si la tenía respecto a los miembros que componían dicha persona jurídica¹².

En el segundo caso, la CIDH vuelve a sus primeros pronunciamientos sobre este tema para sostener que la protección de la CADH es dirigida solo a personas naturales y, por tanto, son inadmisibles las peticiones interpuestas por personas jurídicas bajo la condición de víctimas directas, pero admite que en ciertas circunstancias es posible o necesario entender que la situación de una colectividad puede tener consecuencias directas en

10 *Ídem*, párr. 54.

11 Comisión IDH. Caso Carlos Alberto López Urquía Vs. Honduras. Informe N° 83/05 de 24 de octubre de 2005, párr. 39.

12 Comisión IDH. Caso Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (SINTRAOFAN) Vs. Colombia. Informe N° 140/09 de 30 de diciembre de 2009, párr. 54.



relación con los derechos humanos de sus miembros¹³. Sin embargo, concluyó que las víctimas no habían demostrado de qué manera la afectación a los derechos de la persona jurídica involucrada les afectó, por ello, declaró que en el caso eran admisibles solo las alegaciones que sostenían que el Estado colombiano había cometido violaciones a los derechos de las personas naturales del caso.

Por último, la CIDH conoció en el año 2005 el caso *José Luis Forzanni Ballardó Vs. Perú*. En él, la CIDH dejó dicho, una vez más, que el caso era inadmisibile por que la protección ofrecida por la CADH no alcanza a las personas jurídicas y, además, porque a nivel interno la víctima fue una empresa y no el señor Forzanni Ballardó¹⁴.

Como verificamos hasta aquí, la CIDH ha sido renuente en aceptar que las personas jurídicas pueden ser víctimas ante el SIDH. Empero, en el caso de López Urquía que se analizó en líneas anteriores, la CIDH parece dejar abiertas las puertas del sistema a las empresas individuales de responsabilidad limitada para presentarse como víctimas al SIDH.

2. Breve panorama sobre las personas jurídicas en la Corte IDH

En la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden verificar dos casos emblemáticos que tratan el tema de las personas jurídicas como víctimas ante el SIDH. Éstos son, el caso *Cantos Vs. Argentina* del año 2001 y *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela* de 2015. Ambos representan, en gran medida, la posición del tribunal interamericano y, por tanto, su análisis resulta esencial para los propósitos de este artículo.

2.1 Lo imposible del caso Cantos y la posición de la Corte IDH

En el año 2001, la Corte IDH emitió su sentencia de excepciones preliminares en el caso del empresario argentino José María Cantos. El caso en cuestión versaba sobre un empresario argentino dueño de un importante grupo de empresas en Santiago del Estero en Argentina.

En marzo de 1972 la Dirección General de Rentas de la Provincia de Santiago del Estero realizó varios allanamientos en las dependencias administrativas de las empresas del señor Cantos, amparándose en una alegada infracción a la Ley de Sellos. En dicho contexto, fueron incautados los documentos contables, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago, así como varios títulos valores y acciones mercantiles de las empresas. Evidentemente, esta situación generó un grave perjuicio económico a los intereses de las empresas y, evidentemente, al señor Cantos. Desde entonces, Cantos intentó diversos

13 Comisión IDH. Caso Familias Integrantes de la Cooperativa de Trabajadores Agropecuarios de Blanquicet (COTRAGROBLAN) Vs. Colombia. Informe N° 149/11 de 2 de noviembre de 2011, párr. 44.

14 Comisión IDH. Caso José Luis Forzanni Ballardó Vs. Perú. Informe N° 40/05 de 9 de marzo de 2005, párr. 34.



recursos judiciales internos en defensa de sus intereses, por lo cual fue amenazado por las autoridades argentinas. El 17 de septiembre de 1996 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia rechazando la demanda presentada por el señor Cantos y le ordenó pagar las costas del proceso.

Bajo este contexto, la Corte IDH tuvo que resolver una excepción preliminar presentada por el Estado argentino alegando la incompetencia del tribunal por considerar que se trataba de un reclamo presentado con la finalidad de buscar la restitución de los derechos de personas jurídicas. Ante tal argumento, la Corte IDH sostuvo que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidas a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre¹⁵. Seguidamente, el Tribunal sostuvo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la CADH, ello no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al SIDH para hacer valer sus derechos, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho. No obstante, sostuvo que vale hacer una distinción para efectos de admitir que situaciones podrán ser analizadas por el tribunal, bajo el marco de la CADH¹⁶.

Como se aprecia, la Corte IDH no precisa cuáles serían las situaciones que podrían ser analizadas por el tribunal para admitir que las personas jurídicas sean víctimas. A lo mejor, sería importante para el desarrollo de este tema que la Corte IDH se incline, al menos como primera fase, por lo dicho por la CIDH en el caso de López Urquía en el sentido de que, una de las circunstancias que llevarían a la Corte IDH a analizar las violaciones a los derechos de las personas jurídicas se presenta cuando ésta y la persona natural confluyen en un solo ente subjetivo cuya personalidad jurídica es indisoluble.

No obstante estos vacíos en la argumentación, el tribunal parece decantarse por la teoría de que las personas jurídica si pueden acudir al sistema en busca de protección internacional bajo ciertas salvedades (sin embargo, en el caso bajo comentario el tribunal interamericano declaró como única víctima a José María Cantos, mas no a la ficción jurídica como tal). Ello, por ejemplo, lo vemos en el razonamiento del párrafo 31 en el cual le refuta al Estado argentino no haber explicado cual es el razonamiento lógico que utilizó para derivar del texto del artículo 1.2° de la CADH que la protección del SIDH es solo para seres humanos. Y, finalmente en este punto, sentenció que: “quien pretende basarse en un razonamiento lógico, debe demostrar los pasos de esa operación. Una vez demostrado que la interpretación del artículo 1.2 de la CADH se funda en un razonamiento que no es válido, la Corte considera que debe rechazar la excepción de incompetencia interpuesta”¹⁷.

15 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de setiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 27.

16 *Ídem*, párr. 29.

17 *Ídem*, párr. 31.



Esto parece sugerir que la Corte IDH plantea desligarse de una interpretación meramente textualista del numeral 2 del artículo 1° convencional. Interpretación que si fue hecha por la CIDH sin reparar en el aspecto de que lo que estaba haciendo, a fin de cuentas, era interpretar la CADH en un sentido glamorosamente literal. Sin embargo, pese a que la sentencia de excepciones preliminares del caso Cantos fue publicada en el año 2001, la CIDH no recogió esta interpretación dada por la Corte IDH, cuando luego de este año conoció de tres casos relativos a personas jurídicas como víctimas ante el SIDH (que fueron analizados anteriormente). De ahí que el título de este acápite devenga en el calificativo de “lo imposible del caso Cantos”, imposible porque la CIDH no ha recogido este sentido interpretativo, siendo ella la única facultada para determinar, en el primer estadio del proceso, quién puede ser víctima.

2.2 El caso de RCTV: ¿persona jurídica como víctima encubierta?

En el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela* la Corte tuvo que dirimir la controversia acerca de la salida del aire de Radio Caracas Televisión (en adelante RCTV) producto de la intervención estatal en su licencia de funcionamiento. El Estado alegó que, en realidad, lo que estaba ocurriendo era que se estaba buscando que el sujeto de protección internacional fuese RCTV como persona jurídica, y no los periodistas que laboraban en dicha televisora.

Lo más importante que responde la Corte IDH acerca de esta controversia puede ser resumido de la siguiente manera: el tribunal recuerda nuevamente que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la CADH, ello no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al SIDH para hacer valer sus derechos, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.

En este caso el tribunal no dice, nuevamente, cuáles son las situaciones que si admitiría pero, a diferencia del caso Cantos, aquí señala que puede analizar la posible violación del derecho a la propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas de una persona jurídica. En estricto rigor, lo que hace la Corte IDH es retroceder respecto de lo dicho en el caso Cantos, pues, nos dice que solo está conociendo el caso porque estaban involucradas personas naturales, independientemente de que se haya afectado a la persona jurídica.

Lo raro y cuestionable de la sentencia en el caso de RCTV, desde un punto de vista argumentativo-lógico, es que el tribunal haya señalado que no era competente para analizar las presuntas violaciones a la CADH que hayan ocurrido en contra de personas jurídicas y, que por ello, no analizaría las consecuencias que se derivaron de la imposición de medidas cautelares a los bienes que formaban parte del patrimonio de RCTV, para luego terminar sentenciando al Estado venezolano a devolver los bienes que fueron objetos de las medidas cautelares y que, es más, la propia Corte dijo eran bienes de la televisora.



Es decir, la Corte ordenó reparar a un ente jurídico ficticio respecto del cual dijo no tener competencia para conocer sus afectaciones so pretexto de que si no lo hacía de tal manera, la declaratoria de la violación del derecho a la propiedad por parte de Venezuela recaería en un pronunciamiento ilusorio.

Esta suerte de esquizofrenia argumentativa la identifica el magistrado *Vio Grossi* en su voto disidente que acompaña a la sentencia. Asimismo, dicho magistrado parece caer en cuenta de la necesidad de admitir a las personas jurídicas como víctimas ante el SIDH al señalar que: “no debe omitirse que algunos de los derechos previstos en la Convención implican que su ejercicio pueda llevarse a cabo precisamente a través de personas jurídicas, con o sin fin de lucro, empresas o fundaciones y corporaciones, partidos políticos o sindicatos, etc.”.

Hasta aquí, se ha plasmado un esbozo general sobre la situación actual de las personas jurídicas tanto en la CIDH como en la Corte IDH. No obstante, no se puede ser obtuso e intentar desaparecer de la lectura de la CADH el numeral 2 de su artículo 1° pues, éste al final de cuentas es tajante en señalar que persona es todo ser humano. Por esta razón, es que como una alternativa para conseguir que las personas jurídicas sean protegidas por el SIDH, se propone una interpretación evolutiva de la CADH a continuación, con la finalidad de demostrar que a través de dicha interpretación se puede lograr un reconocimiento cada vez más amplio de derechos a personas jurídicas.

La posibilidad de proteger a personas jurídicas a través de una interpretación evolutiva de la CADH

Sin perjuicio de que existan otros criterios de interpretación, en el presente acápite se desarrollará una interpretación evolutiva de la CADH para demostrar que si es posible, desde dicha interpretación, concluir que las personas jurídicas pueden ser víctimas en el SIDH.

Así, desde el punto de vista de la interpretación evolutiva, se dice que los tratados de derechos humanos deben ser interpretados de conformidad con la evolución de los tiempos y las necesidades sociales vigentes.¹⁸ Además, el propio tribunal interamericano ha indicado que los tratados en materia de derechos humanos son instrumentos vivos cuya aplicación y entendimiento tienen que acompañar las condiciones de vida actuales.¹⁹ En tal sentido, para comprender la situación actual de las personas jurídicas como víctimas, se evaluará su *ius standi* en otros sistemas y contextos.

18 Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 241.

19 Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106 y Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 173.



1. La situación de las personas jurídicas como víctimas en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo en adelante), en vigor desde 1953, no señala en su cuerpo normativo, de manera expresa, que las personas jurídicas también están protegidas por sus disposiciones. No obstante, antes de que entrara en vigor el Convenio Europeo, en 1952 se adoptó su Protocolo Adicional N° 1, el cual entró en vigencia dos años más tarde y, entre otras cosas, estableció en su artículo 1°, respecto del derecho de propiedad, que toda persona física y moral tiene derecho al respeto de sus bienes. En base a este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) ha declarado en múltiples oportunidades la responsabilidad estatal por la violación del artículo 1° del referido protocolo por considerar que, finalmente, las personas jurídicas no son otra cosa que vehículos por el cual las personas naturales ejercitan sus derechos y libertades y, por tanto, la protección a las personas jurídicas se revuelven en última instancia en la protección de las personas naturales que la conforman²⁰.

Ahora bien, quienes se oponen a la posibilidad de que el SIDH proteja a las personas jurídicas argumentan que en nuestro sistema ello no resulta posible pues no existe, como en Europa, un protocolo que exprese de manera clara que estas entidades pueden activar el mecanismo regional de protección. Sin embargo, quienes defienden esta tesis obvian que el TEDH ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados no solo por la violación del derecho a la propiedad de las personas jurídicas (lo único que le estaría permitido hacer de conformidad con el artículo 1° del Protocolo Adicional N° 1).

Por ejemplo, ha declarado la violación del artículo 10° del Convenio Europeo (derecho a la libertad de expresión) de una empresa²¹, el derecho a un recurso efectivo (artículo 13°)²². Asimismo, en otro caso respecto a una compañía declaró la violación del artículo 6° del Convenio (derecho a un proceso equitativo)²³. Todo ello, a pesar de no estar prevista, de manera expresa en el Convenio ni en sus protocolos, la facultad de dicho tribunal para conocer de otros derechos distintos al del de propiedad presuntamente vulnerados a las personas jurídicas. El motivo de ello, es que el TEDH se ha adherido a una operación

20 TEDH. Caso Pine Valley Developments Ltd y otros Vs. Irlanda. Aplicación N° 12742/87. Sentencia de 29 de noviembre de 1992. TEDH. Caso Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis Vs. Grecia. Aplicación N° 13427/87. Sentencia de 9 de diciembre de 1994. TEDH Caso Sud Fondi Srl y otros Vs. Italia. Aplicación N° 75909/01. Sentencia de 20 de enero de 2009.

21 TEDH. Caso Verlagsgruppe News GmbH Vs. Austria. Aplicación N° 10520/02. Sentencia de 14 de diciembre de 2006.

22 TEDH. Caso Glas Nadezhda EOOD y Anatoliy Elenkov Vs. Bulgaria. Aplicación N° 14134/02. Sentencia 11 de octubre de 2007.

23 TEDH. Caso Sacilor-Lormines v. Francia. Aplicación N° 65411/01. Sentencia 9 de noviembre de 2006.



práctica en esta materia para evaluar, en cada caso, que derechos le serían aplicables a las personas jurídicas y cuáles no²⁴.

2. La situación de las personas jurídicas como víctimas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

El punto de vista del sistema universal no es uniforme sobre este tema. Si bien en ninguno de los dos pactos (PIDCP y PIDESC) ni en las diferentes convenciones universales está previsto un enunciado como el del numeral 2 del artículo 1° de la CADH, el Comité de Derechos Humanos (CDH en adelante) ha señalado, por ejemplo, que las empresas no pueden acudir en calidad de víctimas directas ante él²⁵.

No obstante, los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales (documento que establece normas para el tratamiento de datos personales) señalan en su décimo punto que se podrá extender la aplicación total o parcial de dichos principios a los ficheros de las personas jurídicas²⁶. Esto, si bien pareciera ser un pronunciamiento aislado de un documento sin mayores incidencias jurídicas, ha sido tomado en cuenta también por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Discriminación al señalar que el no permitir el acceso como víctimas a las personas jurídicas de manera directa genera en sí mismo, según dice, una forma de discriminación²⁷, teniendo en cuenta que algunas personas solo pueden ejercer ciertos derechos de manera colectiva.

3. La situación de las personas jurídicas como víctimas en el Sistema Africano de Derechos Humanos

En cuanto a la situación en el sistema de protección regional de derechos humanos más joven -el africano-, la posición ha sido fija en negarles a estos entes la posibilidad de acudir al sistema busca de protección. Sobre el particular, si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no tiene un artículo que haga parangón con el artículo 1.2° de la CADH, si se puede ver como a lo largo de todo el tratado africano se utiliza el término “individuo” para referirse a los titulares de los derechos allí consagrados.

24 Van den Muijsenbergh, Windried y Rezai, Sam, “Corporations and the European Convention on Human Rights” en *Global Business & Development Law Journal*, California, Estados Unidos de América, núm. 25, 2012, p. 48.

25 CDH. *Newspaper Publishing Company Vs. Trinidad y Tobago*. Comunicación No. 360/1989 publicada el 14 de julio de 1989; CDH. *J.R.T y The W.G. Party Vs. Canadá*. Comunicación No. 104/1981 publicada el 6 de abril de 1983.

26 ONU. Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. Res. 45/95. Aprobado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

27 Núñez Marín, Raúl, “La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Perspectivas Internacionales*, Cali, Colombia, núm. 1, vol. 6, p. 212



Así, la utilización de la palabra individuo en el texto africano ha servido para que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP en adelante) establezca que los titulares de los derechos políticos consagrados en el artículo 13° de la Carta Africana son las personas naturales y no las asociaciones o los partidos políticos (personas jurídicas)²⁸.

4. La situación de las personas jurídicas como víctimas los tribunales locales más importantes

Para efectos de analizar las posibilidades que se otorgan a las personas jurídicas para acudir en calidad de víctimas en los procesos a nivel local, se tendrán en cuenta algunos pronunciamientos relevantes sobre la materia y, sobre todo, actuales de cuatro tribunales internos importantes de habla hispana (básicamente por cuestiones estructurales y de espacio).

En primer lugar, tenemos que el Tribunal Constitucional del Perú, a pesar de que la actual Constitución Política del Perú de 1993 no reconoce expresamente derechos a las personas jurídicas como si lo hacía la Constitución peruana de 1979, ha aceptado que las personas jurídicas los tienen, siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, lo cual no significa que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona humana sean los mismos que corresponden a la persona jurídica, sino que, le corresponde al juez determinarlos, en cada caso, según las características o particularidades que le acompañen²⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que las personas jurídicas son titulares de derechos constitucionales fundamentales en dos sentidos, directamente como titulares de aquellos derechos que por su naturaleza son predicables de estos sujetos de derechos, e indirectamente cuando la vulneración puede afectar los derechos fundamentales de las personas naturales que las integran³⁰. En cuanto a México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de dicho país estableció en el año 2014 que “las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos humanos y de las garantías establecidas para su protección, en aquellos supuestos en que ello sea aplicable con arreglo a la naturaleza de esas personas”³¹.

28 CADHP. Caso Union Nationale des Syndicats Autonomes du Sénégal Vs. Senegal. Decisión de 23 de octubre de 2000. Comunicación 226/99 (2000).

29 Tribunal Constitucional de Perú. Caso de la Corporación Meier S.A.C. Sentencia de 4 de agosto de 2006. Exp. N° 4972-20006-PA/C, f.j. 13.

30 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia de 28 de mayo de 2013. T-317/13, pág. 14. Corte Constitucional de Colombia. M. P. Alejandro Martínez Cabellero. Sentencia de 3 de julio de 1992. T-441/92, pág. 7.

31 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. M.P. Margarita Beatriz Luna Ramos. Sentencia de 21 de abril de 2014. Contradicción de Tesis 360/2013, p. 93.



Finalmente, el Tribunal Constitucional de España ha sido enfático en señalar que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos considerados aisladamente, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”³².

Como vemos, y como se desprende de este breve análisis de los sentidos jurisprudenciales de cuatro altas cortes nacionales, en los ordenamientos jurídicos internos existe una tendencia a aceptar que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales (derechos humanos según el caso mexicano). Ahora bien, el hecho de que a nivel tribunales constitucionales se emplee el término “derechos fundamentales” y no “derechos humanos” (exceptuando a México) ha llevado a cierto sector de la doctrina a considerar que, en vista de una alegada y supuesta diferencia abismal entre ambos conceptos, no es posible justificar la titularidad de los derechos humanos por parte de las personas jurídicas a partir del reconocimiento a nivel interno de los derechos fundamentales. No obstante, en este punto debo coincidir con autores como Luis Castillo Córdova; Jorge Carpizo McGregor o Edgar Carpio Marcos, para quienes la expresión derechos fundamentales serían aquellos reconocidos en la Constitución (nivel nacional) mientras que la de derechos humanos hace alusión a aquellos recogidos en instrumentos internacionales (nivel supranacional) habiendo una mínima o casi nula diferencia³³.

Conclusiones

Como se ha plasmado de manera breve, una interpretación evolutiva de la CADH permitiría concluir que, en el SIDH, las personas jurídicas son titulares de derechos humanos (evidentemente no todos, sino solo de aquellos que, por su naturaleza, les sean aplicables). Esta salvedad resulta lúcida pues ciertas disposiciones convencionales le conciernen exclusivamente a seres humanos y serían insostenibles en favor de los entes morales. Pues, lo artificial y esencialmente la inhumana naturaleza de las empresas impide su inclusión dentro de la protección de algunas disposiciones que tratan de proteger a las personas de carne y hueso, como por ejemplo, el derecho a la vida o la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Estas disposiciones, por ejemplo, tienen por objeto proteger exclusivamente a los seres humanos.

32 Tribunal Constitucional de España. STC 64/1988. Sentencia de 12 de abril de 1988, f.j. 1.

33 Castillo Córdova, Luis, “La persona jurídica como titular de derechos fundamentales” en *Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 167, 2007, p. 6; Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México D.F., México, núm. 25, 2011, p. 14; Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004, p. 21.



Es indudable que el concepto de víctima ha evolucionado y que el SIDH no debe ser ajeno a estos cambios³⁴. El hecho de que nuestro sistema regional haya surgido con el feliz propósito de salvaguardar a los seres humanos de las arbitrariedades estatales, no significa que dichos abusos no hayan encontrado nuevas formas de vulnerar los derechos y libertades de las personas (pensemos en el caso de RCTV). Nuevas formas de violaciones a derechos humanos ante las cuales los Estados se ven excusados de responder por la insistencia en una interpretación textualista de la CADH que, no hace otra cosa que dejar en un nivel altísimo de desprotección a un gran número de personas humanas que, de alguna manera, forman sociedades, empresas, consorcios, etc., con la finalidad de cumplir fines tan legítimos como los de una persona individual.

No quiero escapar de comentar acerca de los miedos válidos que se tienen ante la posibilidad de que las personas jurídicas tengan acceso al SIDH de manera directa en calidad de víctimas. Por ejemplo, se teme que las empresas multinacionales empiecen a usar el sistema de manera tal que sobrecarguen procesalmente el mismo, o también se dice que resultaría ilógico otorgarles reconocimiento de víctimas por violaciones a ciertos derechos humanos a las empresas que son, muchas veces, las causante de tales violaciones a derechos humanos a personas humanas (por ejemplo las empresas extractivas de recursos naturales que son acusadas de daños ambientales).

A este respecto, debo coincidir con el análisis que hacen *Van den Muijsenbergh* y *Rezai* acerca de la situación en el SEDH al afirmar que de la experiencia europea se desprende que, a pesar de estar las personas jurídicas facultadas, desde 1954, para presentar peticiones ante el SEDH, la inmensa mayoría de las reclamaciones que se llevan ante el TEDH las hacen individuos y no empresas y, en comparación con las peticiones de personas naturales, el número de los reclamos corporativos es minúsculo³⁵. En cuanto a la segunda cuestión, es evidente que un razonamiento de tal naturaleza nos llevaría a caer en el absurdo de que el disfrute de los derechos humanos depende de la conducta de quien solicita protección. Es bien sabido que una de las principales características filosóficas de los derechos humanos es el de ser no sinalagmáticos, es decir, su cumplimiento por parte del Estado no depende de cuan respetuoso sea el individuo de estos.

Para concluir, resta señalar que es fundamental para el futuro del SIDH lo que la Corte IDH vaya a decidir en su próxima opinión consultiva que trata precisamente sobre el tema de este artículo. Fundamental porque significará que el SIDH adoptará una posición común sobre si las personas jurídicas pueden activar el sistema en calidad de víctimas o no. Por eso, es menester que el debate se plantee no solo a nivel de Estados y organizaciones civiles, sino también, desde la academia, a fin de aportar la mayor cantidad de puntos de vista posibles a la discusión actual.

34 Abreu y Abreu, Juan Carlos, "La victimología a la luz de los derechos humanos" en *Prolegómenos Derechos y Valores*, Bogotá, Colombia, núm. 23, 2009, p. 100.

35 Van den Muijsenbergh, Windried y Rezai, Sam, *Óp Cit*, p. 51.



Bibliografía

- Abreu y Abreu, Juan Carlos, “La victimología a la luz de los derechos humanos” en Prolegómenos Derechos y Valores, Bogotá, Colombia, núm. 23, 2009.
- Carpio Marcos, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, Lima, Palestra, 2004.
- Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características” en Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México D.F., México, núm. 25, 2011.
- Castillo Córdova, Luis, “La persona jurídica como titular de derechos fundamentales” en Actualidad Jurídica, Lima, Perú, tomo 167, 2007.
- CADHP. Caso Union Nationale des Syndicats Autonomes du Sénégal Vs. Senegal. Decisión de 23 de octubre de 2000. Comunicación 226/99 (2000).
- CDH. J.R.T y The W.G. Party Vs. Canadá. Comunicación No. 104/1981 publicada el 6 de abril de 1983.
- Newspaper Publishing Company Vs. Trinidad y Tobago. Comunicación No. 360/1989 publicada el 14 de julio de 1989.
- Comisión IDH. Caso Banco de Lima Vs. Perú. Informe N° 10/91 de 22 de febrero de 1991.
- Caso Bendeck-Cohdinsa Vs. Honduras. Informe N° 106/99 de 27 de setiembre de 1999.
- Caso Bernard Merens y familia Vs. Argentina. Informe N° 103/99 de 27 de setiembre de 1999.
- Caso Carlos Alberto López Urquía Vs. Honduras. Informe N° 83/05 de 24 de octubre de 2005.
- Caso Familias Integrantes de la Cooperativa de Trabajadores Agropecuarios de Blanquicet (COTRAGROBLAN) Vs. Colombia. Informe N° 149/11 de 2 de noviembre de 2011.
- Caso José Luis Forzanni Ballardó Vs. Perú. Informe N° 40/05 de 9 de marzo de 2005.
- Caso Mevopal S.A. Vs. Argentina. Informe N° 39/99 de 11 de marzo de 1999.
- Caso Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (SINRAOFAN) Vs. Colombia. Informe N° 140/09 de 30 de diciembre de 2009.



-----Caso Tabacalera Boquerón S.A. Vs. Paraguay. Informe N° 47/97 de 16 de octubre de 1997.

-----Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana Vs. Argentina. Informe N° 67/01 de 14 de junio de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia de 28 de mayo de 2013. T-317/13.

-----M. P. Alejandro Martínez Cabellero. Sentencia de 3 de julio de 1992. T-441/92.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

-----Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

-----Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Serie C No. 134.

-----Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de setiembre de 2001. Serie C No. 85.

-----Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

-----Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

Gardiner, Richard, Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Núñez Marín, Raúl, “La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Perspectivas Internacionales, Cali, Colombia, núm. 1, vol. 6.

ONU. Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. Res. 45/95. Aprobado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. M.P. Margarita Beatriz Luna Ramos. Sentencia de 21 de abril de 2014. Contradicción de Tesis 360/2013.

TEDH. Caso Glas Nadezhda EOOD y Anatoliy Elenkov Vs. Bulgaria. Aplicación N° 14134/02. Sentencia 11 de octubre de 2007.



-----Caso Pine Valley Developments Ltd y otros Vs. Irlanda. Aplicación N° 12742/87.
Sentencia de 29 de noviembre de 1992.

-----Caso Sacilor-Lormines v. Francia. Aplicación N° 65411/01. Sentencia 9 de
noviembre de 2006.

-----Caso Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis Vs. Grecia. Aplicación N°
13427/87. Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

-----Caso Sud Fondi Srl y otros Vs. Italia. Aplicación N° 75909/01. Sentencia de 20
de enero de 2009.

-----Caso Verlagsgruppe News GmbH Vs. Austria. Aplicación N° 10520/02. Sentencia
de 14 de diciembre de 2006.

Tribunal Constitucional de España. STC 64/1988. Sentencia de 12 de abril de 1988.

Tribunal Constitucional de Perú. Caso de la Corporación Meier S.A.C. Sentencia de 4 de
agosto de 2006. Exp. N° 4972-20006-PA/TC.

Van den Muijsenbergh, Windried y Rezai, Sam, “Corporations and the European Convention
on Human Rights” en *Global Business & Development Law Journal*, California, Estados
Unidos de América, núm. 25, 2012.

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE JUEGOS Y LOS CONTRATOS

AN INTRODUCTION TO GAME THEORY AND CONTRACTS

✉ Por: FEDERICO GUTIÉRREZ NARANJO*

Fecha de recepción: 03 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 05 de octubre de 2015

Resumen

La teoría de juegos es actualmente una herramienta comúnmente utilizada, no solo en la economía, sino también en otras disciplinas. Analizar los contratos a la luz de la teoría de juegos puede ser importante, y más aún con la dinámica del comercio actual. Esta perspectiva posibilita mejorar la correcta realización de los contratos, y llegar a situaciones más favorables y eficaces.

Palabras claves: *Contratos, teoría de juegos.*

Abstract

Nowadays, game theory is a widely used tool, not only in economics, but also in other fields. Analyzing contracts in the light of game theory can be beneficial, moreover with the dynamics of present day commerce. This perspective improves the elaboration of contracts and allows to achieve more favorable and efficient situations.

Key words: *Contracts, game theory.*

1 Estudiante de Economía y Derecho de la Universidad de EAFIT, Email: fgutier9@eafit.edu.co



Introducción

A partir de la publicación de *The theory of games and Economic behavior* en 1944 por Neumann y Morgenstern, se comenzó el estudio de la teoría de juegos. Al poco tiempo el dilema del prisionero y el equilibrio de Nash establecieron los fundamentos de los juegos no cooperativos y, casi simultáneamente, se dio el estudio de los juegos cooperativos por Nash, Shapley y Gilies en los años 50. Rápidamente estos avances quedaron cortos a las exigencias de los análisis en los mercados, por lo que en los 70 se generó el estudio de los juegos con asimetría de información¹. A partir de ese momento la teoría de juegos se ha desarrollado de manera profunda y en una gran diversidad de temas. El propósito de este trabajo es mostrar la importancia de entender los contratos a la luz de la teoría de juegos. Esta perspectiva permite, por un lado, llevar a los agentes a posiciones más favorables cuando se encuentren en situaciones de riesgo y/o asimetría de información. Por otro, posibilita elaborar mejores contratos bajo el concepto de *self-enforced*.

Incentivar el estudio y el análisis del derecho contractual de manera interdisciplinaria es menester porque ayuda a tener una visión holística del tema. Por lo cual, esta investigación introduce el tema a quienes no han estudiado la utilidad e importancia de la teoría de juegos como herramienta dentro de un proceso contractual. Para cumplir este propósito, el texto está escrito en un lenguaje en el cual, quien lo lea, no tenga que ser un experto en los temas en que versa el texto. No encontrará el lector matemáticas en los ejercicios. Los tecnicismos serán aclarados, y las explicaciones están dadas de la forma más sencilla para su comprensión.

Este artículo está organizado de la siguiente manera. Primero una introducción a la teoría de juegos (1.1.). Después la relación ente la teoría de juegos y los contratos bajo la perspectiva positiva de la economía (2.). Dentro de esta perspectiva está el análisis del riesgo (2.1.) y de la asimetría de información (2.2.). Posteriormente la relación entre la teoría de juegos y los contratos bajo la perspectiva normativa de la economía (3.), en donde se estudian los contratos *self-enforced* (3.1.), y lo que ocurre dado un incumplimiento contractual (3.2.). Por último se finaliza el trabajo con la conclusión (4.).

1. Teoría de juegos

Permanentemente los agentes toman decisiones en donde el resultado de las mismas depende de las decisiones de los demás. A su vez, las decisiones de los demás, dependen de la suya. Llegar a la mejor decisión posible, mediante un análisis matemático, es la finalidad de la teoría de juegos. Para entender mejor esto se utiliza por antonomasia el

1 Eric Ramusen, *Juegos e información una introducción a la teoría de juegos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.



“dilema del prisionero”. Este consiste en que dos ladrones son capturados y separados sin poder comunicarse. A cada uno se le da la posibilidad de delatar a su compañero. Si ambos delatan irán a la cárcel un número considerable de años. Si ninguno delata, tendrán ambos pocos años de cárcel. Si uno delata y el otro no, el primero quedará libre, y el segundo recibirá toda la carga delictiva. La mejor respuesta por parte de los ladrones es delatar, siendo esta una estrategia dominante² y un equilibrio de Nash³. El análisis que realiza la teoría de juegos sobre cuál es la mejor decisión, permite llegar en el caso concreto a que la mejor alternativa es delatar, aun cuando a primera vista pueda parecer que la mejor estrategia es no delatar.

Para utilizar esta herramienta se necesita establecer ciertas pautas. La primera es la de racionalidad. Esta consiste en que todos los agentes son racionales y todos saben que todos son racionales. La segunda es que se cuantifican las ganancias. La mayoría de las veces se cuantifican en forma monetaria, asumiendo que lo único que le importa al agente es más dinero, aunque también se puede hacer en medias de utilidad⁴. Y la tercera es que se deben establecer las reglas de cada juego, incluyendo los jugadores, las ganancias, las probabilidades u otros elementos necesarios para el desarrollo del juego.

La teoría de juegos analiza diversas situaciones, y aunque no existe una clasificación universal sobre los diversos juegos o situaciones, sí existen ciertos parámetros diferenciadores como: juegos (situaciones) estáticos o dinámicos; con información perfecta o imperfecta; con probabilidades o sin probabilidades; cooperativos o no cooperativos; con asimetría de información o no⁵, etc. Además, esta herramienta de

- 2 Una estrategia dominante es aquella que es estrictamente la mejor respuesta a cualquier estrategia que hayan podido escoger los demás jugadores. En el ejemplo dado, si a usted lo delatan, la mejor respuesta será delatar para rebajar su pena. Si no lo delatan, la mejor respuesta será delatar, pues así quedará libre. Ante cualquier estrategia del otro jugador, delatar siempre será la mejor decisión. *Ibíd.*, p. 31.
- 3 En 1951 John Nash demostró la existencia de por lo menos un equilibrio para los juegos con número finito de estrategias en juegos con estrategias mixtas. Un Equilibrio de Nash es aquella estrategia en donde ningún jugador tiene incentivo de cambiar de estrategia, pues es la mejor respuesta dado las respuestas de los demás. *Ibíd.*, p.33.
- 4 Las medidas de utilidad son utilizadas para describir mejor ciertas conductas y preferencias de los sujetos. En estas se pueden incluir, además del dinero, el riesgo, la utilidad marginal, la preferencia por el ocio, conductas morales, etc.
- 5 (A) Los juegos estáticos solo contienen un momento, es decir, una sola decisión sin conocer la decisión de los demás, como el dilema del prisionero. Las dinámicas son secuencias de decisiones y se conoce por lo menos una de las decisiones de los demás. Estas últimas pueden ser finitas o infinitas. (B) Se les denomina con información perfecta aquellas en donde las ganancias de los jugadores son del dominio público. Cuando la ganancia de un jugador no la conocen todos los jugadores, se torna un juego con información imperfecta. (C) En algunas ocasiones es necesario implementar en la decisión elementos de probabilidades. Comúnmente, las que contienen elementos de azar, se les llama también juegos Bayesianos. (D) Los cooperativos son aquellos en los que ambos jugadores cooperan entre sí para obtener mayor beneficio. El dilema del prisionero es un juego no cooperativo. (E) La asimetría de información es explicada detalladamente más adelante en este mismo texto.



análisis puede ser llevada al estudio de diversas áreas del conocimiento como la psicología, la sociología, al derecho, e inclusive la biología.

Ahora, cuando se celebra un determinado contrato, se asume que quien lo suscribe tiene un fin, una causa. Aplicando la teoría de juegos, esta causa no puede ser otra diferente a la de llegar a una situación más beneficiosa para los agentes a la que se está sin contrato. Sin embargo, es necesario, para alcanzar esto, saber realizar de manera correcta el contrato para garantizar el fin esperado, y entender el régimen contractual y judicial específico en el cual va a ser aplicado.

Antes de pasar a estudiar los contratos bajo la óptica de la teoría de juegos, es menester hacer una distinción propia de la teoría económica: el enfoque positivo y normativo de la economía⁶. Contractualmente, la primera visión busca que quienes valoren más un bien se queden con él, que los riesgos se transfieran según la aversión al riesgo de cada agente, y que se resuelvan de manera eficiente los problemas con externalidades o información asimétrica. Esto es, llevar a los agentes a situaciones más favorables. La segunda visión busca que los agentes celebren contratos en aquellos casos en que es eficiente hacerlo, y que el cumplimiento del mismo este sujeto a si es o no eficiente cumplirlo. Esto es, que los agentes realicen contratos *self-enforcing*⁷. La teoría de juegos se utiliza en ambas perspectivas como herramienta que permite comprender mejor cada una de estas situaciones.

Enfoque positivo

Los dos elementos más importantes del enfoque positivo son el análisis del riesgo y la asimetría de información. Estos no son elementos excluyentes, es decir, en una misma situación se puede tener riesgo y asimetría de información. A continuación se va a mostrar el papel que pueden jugar los contratos para ayudar a enfrentar tales situaciones.

1. Riesgo

El riesgo es un elemento que está presente en el mercado y consiste en que existe una posibilidad que un hecho se lleve a cabo o no. Puede suceder que: dos agentes se enfrenten a dos riesgos distintos; que dos agentes, frente a la misma situación, valoren

6 “El enfoque positivo tiene como objeto explicar y predecir los fenómenos económicos, haciendo hincapié en las consecuencias de los mismos en términos de precios y cantidades. [...] El segundo (enfoque normativo) tiene por objeto evaluar dichas consecuencias en términos de su deseabilidad, y sacar conclusiones respecto a determinadas normas, políticas o conductas.” Germán Coloma, “Las funciones económicas del derecho”, *Problemas del desarrollo*, (vol. 32, núm. 126, 2001), p 139, [en línea], disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/7403>, consulta 15 de octubre de 2015.

7 Cfr. Germán Coloma, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 2001, pp. 118-119.



el riesgo diferente; o que dos agentes tengan una aversión del riesgo disímil entre ellos. Esta diferencia en la concepción del riesgo es lo que permite que dos personas contraigan obligaciones mutuas para mejorar su situación. Cuando el riesgo es ajeno a la voluntad de las personas contratantes, es decir, es exógeno, se pueden contraer obligaciones que, aunque no desaparezca la incertidumbre, los ponga en situaciones más favorables para enfrentar el riesgo⁸. Mediante un análisis económico y matemático se puede establecer cómo sería el contrato para estas situaciones. Sin embargo, estrictamente hablando, esto no sería teoría de juegos.

Pero el riesgo también puede ser influenciado por alguna de las partes. En estas situaciones sí se aplica la teoría de juegos. El siguiente ejemplo muestra cómo una de las partes tiene la posibilidad de modificar que el resultado final suceda. Suponga que A contrata a B para que realice una publicidad. Si B realiza la publicidad sin esfuerzo y sin interés, lo más probable es que la publicidad no quede bien hecha. Si B se esfuerza haciendo la publicidad, lo más probable es que la publicidad quede bien hecha. Para A es muy difícil controlar a B, pero sí puede evidenciar el resultado final. ¿Cómo hace A para asegurar contractualmente que B se esfuerce? Tendrá que ofrecerle a B un salario básico por el trabajo independiente del resultado, y una bonificación dado que el resultado sea exitoso. La teoría de juegos permite hallar la decisión de dar o no el bono, y en caso de que sí, establecer cuál sería el valor exacto para asegurar el esfuerzo de B⁹. De esta manera se optimiza la ganancia de A al contratar a B en una actividad donde monitorear el cumplimiento de la misma se hace muy difícil. Nótese que en este ejemplo la bonificación no está pensada para que el contrato se cumpla, pues con o sin bonificación la obligación de B será cumplida. La correcta bonificación asegura es que B se esfuerce óptimamente para realizar de la mejor manera la obligación, y colocar en una mejor situación a ambos, pues cada uno esperará una mejor ganancia.

El ejemplo anterior muestra una situación de riesgo y de asimetría de información: de riesgo pues existía una posibilidad de que la publicidad no fuera exitosa; y de asimetría

8 Un ejemplo de repartición de riesgos es cuando un agricultor (en donde su ganancia esperada depende del clima, es decir, del azar) contrata con un ahorrista o una entidad financiera que: si hay buena cosecha, el agricultor dará un valor al ahorrista o al banco; si el clima es desfavorable y la cosecha es mala, el ahorrista o el banco le darán un valor al agricultor. Ambos aumentan así su utilidad esperada. *Ibíd.*, pp. 121-122.

9 Acá no sirve alegar que era una obligación de medios y por tanto B está obligado a desplegar diligentemente la publicidad, porque precisamente lo difícil es controlar a B y demostrar que no desplegó la conducta debidamente. Ahora, Para encontrar este valor se necesita saber las probabilidades de éxito de la publicidad dado que se esfuerce (P_e), y dado que no se esfuerce (P_n). Las ganancias de A si es la publicidad es exitosa (G), y cuando no (g). Y cuánto le vale a B esforzarse (e). Con estos datos se debe igualar la utilidad esperada que obtiene B esforzándose y sin esforzarse: $P_e (G - \text{salario} + \text{bono} - e) + (1 - P_e) (\text{salario} - e) \geq P_n (\text{salario} + \text{bono}) + (P_n - 1) \text{salario}$. Se despeja de acá el valor del bono. Posteriormente se debe evaluar que para A sea mejor dar ese bono que no darlo, así: $P_e (G - \text{salario} - \text{bono}) + (1 - P_e) (g - \text{salario}) \geq P_n (G - \text{salario}) + (1 - P_n) (g - \text{salario})$. Este ejemplo asume que los agentes son neutrales al riesgo, pero se puede también incluir la aversión al riesgo en las funciones de ganancia.



de información pues solo B podía saber si se esforzó o no. Esta clase de asimetría de información está, no en el agente, si no en la acción del agente. Para pasar a estudiar la asimetría de información del siguiente apartado, es importante organizar antes las diferentes clases de juegos que son posibles, y para esto tomaremos la distinción que hace Salanié en su libro *The economics of contracts*¹⁰. La primera distinción es sobre qué recae la asimetría de información, es decir, si recae sobre lo que hace el agente (como en el ejemplo de la publicidad), o si recae sobre una característica oculta del agente. La segunda distinción es sobre la manera del juego, es decir, sobre quién es el que presenta la información oculta, y quién es el que propone el contrato. La segunda distinción posibilita identificar *the adverse selection models, the signaling models, and the moral hazard models* (el ejemplo de la publicidad es un modelo de *moral hazard*). La asimetría de información es estudiada con mayor profundidad en la siguiente parte de la investigación.

2. Asimetría de información

La asimetría de información consiste en que algún elemento importante de la decisión contractual es desconocido por una de las partes. Uno de los análisis más importantes que se han hecho sobre este tema fue por George A. Akerlof en *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*¹¹. Este ilustra cómo la asimetría de información puede llevar a la selección adversa de una de las partes en el negocio. Un ejemplo práctico y muy utilizado en la literatura es el de los seguros¹². Una aseguradora gana dinero si el

10 "The models of theory of contracts can be distinguished along several axes [...], I have chosen, somewhat arbitrarily of course, to classify these models according to two criteria." Y prosigue a explicar los criterios de la manera en que están explicados en este trabajo. Bernard Salanié, *The Economics of Contracts*, 2.^a Ed., London, MIT Press, 2005, p. 4.

11 George Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, (vol. 84, núm. 3, Aug., 1970), pp. 488-500, [en línea], disponible en: <http://www.jstor.org.ezproxy.eafit.edu.co/stable/1879431>, consulta 15 de Octubre de 2015. En este paper Akerlof muestra cómo la asimetría de información puede conducir al mercado a que se lleve una selección adversa. Utiliza el mercado de los carros de segunda para mostrar su punto. En este mercado hay una asimetría de información que se genera entre el dueño del carro quien conoce el estado del mismo, y quien va a comprar que no conoce el estado del carro. Los carros de segunda mano en mal estado le "robarán" el mercado a los de buen estado, ya que ambos se venden al mismo precio y el comprador no sabe cuál es bueno y cuál es malo (incentivando a vender a quienes poseen un carro en mal estado, y desincentivando a quienes lo poseen en buen estado). También analiza el mercado de los seguros, de las contrataciones a las minorías y del sistema financiero en países subdesarrollados.

12 Otro ejemplo muy común es el de las tarifas de celular. Suponga que una compañía de telecomunicación vende minutos a todo el mundo al mismo precio. Quienes necesitan demasiados minutos, posiblemente no podrán consumir todos los que requieren, pues están a un precio muy elevado en comparación a sus necesidades. Quienes necesitan pocos minutos, se verán muy beneficiados, pues podrán utilizar todos los que requieren a un precio menor al que están dispuestos a pagar. El operador de celular no puede saber qué tipo de persona es con la que contrata: de las que usa muchos o pocos minutos. Para solucionar esto, se ofrecen tarifas diferenciadoras en donde a cada tipo de usuario le convenga escoger



valor recaudado es mayor al que le toca pagar por la salud de sus clientes. Suponga que se saca un seguro por un valor X , siendo X el valor que corresponde a un seguro de una persona promedio. Las personas muy saludables y exentas de riesgos no tomarán el seguro, pues están por debajo de ese promedio y será un seguro muy costoso para ellos. Pero las personas más enfermas y expuestas a riesgos lo van a contratar pues están por encima del valor X , resultando muy beneficioso para ellas este seguro. La aseguradora no tiene conocimiento sobre las características del asegurado, y terminará contratando solo con las personas que más van a utilizar el seguro, cobrando un valor menor al que se necesita para atender esta clase de sujetos. La solución a este problema es dado por el mecanismo de escudriñamiento (*screening*), en donde la aseguradora hará revelar al otro agente qué tipo de persona es (saludable o no), ofreciendo tarifas y planes diferenciados, y en donde el cliente (asegurado) escoge por cuál optar. En el caso anterior, se hacen dos tarifas diferenciadas. La primera más económica y con una cobertura de salud menor, la tomarán quienes son saludables y no están dispuestos a pagar mucho por su salud. La segunda tarifa tendrá una cobertura total en salud, pero será a un precio muy elevado. Esta solo la tomarán quienes verdaderamente la necesiten. Mediante el mecanismo de escudriñamiento, la aseguradora hizo revelar implícitamente su verdadero tipo a los asegurados, y mediante contratos tipo de adhesión, maximizó su ganancia¹³.

Puede suceder también que quien posee la información es quien propone el contrato. Este es el caso de los modelos de señalización (*signaling models*), en donde quien posee la información tendrá que esconder o revelar cierta información, según sea de su conveniencia, para que la contraparte contraiga con él. Suponga que se tiene un bien de calidad, convendrá entonces hacerlo saber de manera efectiva al comprador para que esté dispuesto a pagar más. Pero si el bien no es de buena calidad, no conviene que el comprador lo sepa, pues pagará menos por el bien. Incluir en el contrato elementos que puedan conducir al comprador a tomar la decisión que más convenga es posible. Si el bien que se posee es de calidad, se pueden incluir en el contrato cláusulas que den señales al comprador, verbigracia, un pacto de garantía. La decisión correcta está en saber cuándo debo señalar de alguna manera cierta información a la contraparte y cuando no. El uso de contratos, bajo la teoría de juegos y el enfoque positivo, posibilita crear situaciones más ventajosas para afrontar una determinada situación. El enfoque normativo de la economía utiliza la teoría de juegos y los contratos para otros fines.

el plan de su tipo pues así maximiza su ganancia entre los minutos que le dan, los que necesita y lo que paga por ellos. Y por otro lado, estas tarifas diferenciadoras permiten a la empresa de celular ganar más del excedente del consumidor de cada tipo de cliente, aumentando así su ganancia.

13 Para eso se debe conocer los tipos de clientes (jugadores) que existe en el mercado. Se debe diseñar una oferta para cada uno de los tipos maximizando la ganancia de la aseguradora, pero esta ganancia nunca debe ser tan alta como para que al tipo específico para el cual se diseñó escoja otra oferta diferente a la planeada para él. Salanié explica este ejemplo en B. Salanié, *Op. Cit.*, pp. 51-56.



Enfoque normativo

Contractualmente el enfoque normativo se encarga de analizar si es eficiente por parte de los agentes contratar, y si es eficiente cumplir o no con la obligación. Bajo una concepción amplia de “eficiencia contractual”, todo lo visto hasta el momento cabría en este apartado. Llegar, por medio de contratos, a una situación más beneficiosa es en sí aplicar de manera óptima los contratos. Sin embargo se debe aplicar en este apartado la siguiente concepción de “eficiencia contractual” la cual es más restringida: un contrato es eficiente si es *self-enforced*¹⁴. Esto significa que las partes cumplirán el contrato porque es lo mejor que pueden hacer, no porque están obligados a ello. El que las partes cumplan las obligaciones contractuales, no porque estén jurídicamente obligados a ello, sino porque cumplir el contrato es lo más beneficioso que pueden hacer, depende de dos cosas. Una, de cómo esté estructurado el contrato. Dos, del sistema judicial específico en donde se contrata.

1. Contratos *self-enforced*

En ocasiones, que las partes se comprometan a cumplir con las obligaciones en un contrato, no significa que lo harán, pues puede que una de las partes, o ambas, tengan incentivos en incumplir. Esto se conoce en el argot de la literatura como amenazas o promesas no creíbles¹⁵. Vuélvase al dilema del prisionero visto anteriormente. Se sabe que la decisión será delatar. Suponga que antes de que los atraparan, ellos acordaron (contrataron) que, dado que se presentase la situación, ninguno delataría. Esto, a pesar de que existe un acuerdo explícito en no delatar, no se llevaría a cabo, ya que sería una amenaza no creíble. Ninguno tiene incentivos para cumplir el contrato. Si por el contrario el contrato entre los dos prisioneros hubiera sido que, si alguno incumplía, se tendría que pagar una suma de dinero, entonces sí es posible que ambos ladrones cumplan lo dicho y ninguno delate. Para que esto funcione correctamente se necesita que el contrato incentive a las partes a cumplir y que sea completo¹⁶.

Cuando se celebra un contrato se debe buscar que se cumpla. Para esto es común el uso de la cláusula penal porque permite que los contratos se vuelvan *self-enforced*, modificando

14 El término *Self enforced* podría traducirse como “auto-obligado” o “auto-impuesto”, sin embargo no tiene una traducción satisfactoria. No quiere decir que uno se auto obliga, pues los contratos son en sí eso. Lo que quiere decir es que mi mejor alternativa de conducta es a la vez la conducta a la cual estoy obligado. Explicado de otro modo, estoy atado a realizar una conducta pues no hay mejores alternativas.

15 Una amenaza no creíble es aquella estrategia en que el jugador, llegado el momento, no cumplirá.

16 “A contract is properly called complete if it takes into account all variables that are or may become relevant over the time of period it is to be executed.” El contrato será completo si se establece un remedio para cada uno de los posibles sucesos. Por ejemplo, no será completo si se establece una sanción para el incumplimiento de solo una parte porque habrá una contingencia que no está prevista, y puede llevar a que no se cumpla. B. Salanié, *Op. Cit.*, p. 161.



en los agentes los beneficios que van a recibir del incumplimiento o cumplimiento de la obligación contraída¹⁷. En Colombia, la cláusula penal cumple con tres funciones¹⁸. Si se constituye sobre un tercero sirve como garantía personal. Sirve de manera coercitiva, en la cual, dado un incumplimiento, se deberá pagar una sanción. Y sirve como estipulación de perjuicios, en donde se dicta de antemano cuáles van a ser los perjuicios ocasionados dado un incumplimiento. El contrato se puede hacer *self-enforced* con cláusula penal indemnizatoria o sancionatoria, pues ambas son un costo que modifican las ganancias dado un incumplimiento. Cabe resaltar dos cuestiones adicionales de la cláusula penal. Primero, si se estipula una cláusula penal sancionatoria, se debe especificar en el contrato porque de lo contrario se entenderá como estipulación de perjuicios. Segundo, que aplica el fenómeno de la lesión enorme. Si para que un contrato se vuelva *self-enforced* se necesita una sanción demasiado alta que se convierte en lesión enorme, entonces no tendrá efectividad haber pactado la cláusula penal¹⁹.

Imagínese la siguiente situación. Dos tiendas de barrio tienen la posibilidad de abrir como máximo dos puntos de venta cada una. Se sabe que si ambas abren los dos puntos de venta las ganancias de ambas serán pequeñas por un exceso de oferta. Si cada una abre solo un punto de venta tendrán ambas una ganancia satisfactoria. Pero si una abre dos puntos de venta y la otra solo una, la primera tendrá una ganancia muy alta, y la segunda apenas ganará algo. Este caso, teóricamente es igual al dilema del prisionero. Cada tienda de barrio abrirá dos tiendas pues esta es una estrategia dominante, sabiendo inclusive que les iría mejor si abren una cada una. Para evitar que esto pase, la tienda A le ofrece a la tienda B la celebración de un contrato. Este consiste en que, dado un incumplimiento, una de las partes pagará a la otra un valor como sanción. Este valor debe ser a un nivel tal que incentive a las partes a no incumplir, pues de hacerlo ganarían menos por la sanción²⁰.

17 El código civil colombiano la define en el artículo 1592, “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de un obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o en hacer algo en caso de no ejecución o retardar la obligación principal”. Desde esta definición puramente jurídica, se puede evidenciar ya el carácter *self-enforcing* de la cláusula, pues dice: para asegurar el cumplimiento de una obligación.

18 Andrew Maldonado, “obligaciones con cláusula penal”, en Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones I*, Bogotá, Fondo editorial los Andes, 2001, pp. 1343-198.

19 El fenómeno de lesión enorme aplica para la cláusula penal. Si se necesita establecer un valor X como cláusula penal para que el contrato se cumpla, y este valor X constituye lesión enorme, entonces no podrá ser efectivo, y habrá que buscar otro mecanismo distinto para solucionar el problema. Tampoco sirve poner una cláusula penal que no constituya lesión enorme pero que sea inferior a X, pues solo con X es que el sujeto está *self-enforced*.

20 La forma general de un juego así es la siguiente: z_1 y z_2 son las utilidades si ambos incumplen. w_1 y w_2 las utilidades si ambos cumplen. x_1 y y_2 las utilidades de que el primero cumpla y el segundo incumpla. Y y_1 y x_2 la utilidad si el primero incumple y el segundo cumple. Se debe cumplir que $x_i < z_i < w_i < y_i$. El pacto que se debe contraer para asegurar que se de w_1 y w_2 (en el ejemplo dado sería una tienda cada empresa)



El siguiente tema que se va a discutir es qué pasa cuando se contraen obligaciones que no son *self-enforced* porque no se puso cláusula penal u otro mecanismo cuando era necesario, o porque se hizo pero de tal forma que no incentiva a las partes a cumplir.

2. Incumplimiento contractual

Ya se explicó que, estando aun dentro de una obligación contractual, es posible que no se cumpla. Esto sucede cuando el contrato no es *self-enforced*. Este problema puede pasar a ser solucionado en instancias judiciales por un juez, imponiendo a la parte incumplida a pagar los perjuicios ocasionados. Pero, ¿qué perjuicios se deben pagar? La literatura económica ha desarrollado tres posibilidades: pago de daños de confianza, pago del costo de oportunidad, o pago de los daños de expectativa²¹. Los daños de confianza consisten en que quien incumplió paga al afectado una suma de dinero tal que ponga al afectado igual que si no hubiese contratado, es decir, asegura que quien cumplió por lo menos no pierda nada. El pago del costo de oportunidad hace pagar a la parte incumplida un valor que lleve al afectado a estar en una situación igual a como si hubiese contraído inicialmente con la mejor alternativa contractual diferente a la que efectivamente hizo. En este caso la parte afectada será indiferente entre el incumplimiento y el cumplimiento del mejor contrato alternativo. Y por último está el pago a los daños de expectativas, en donde se debe indemnizar a la parte cumplida y afectada con un valor que lleve a éste a estar igual a como si le hubiesen cumplido, es decir, se le paga lo que hubiese ganado si el contrato se hubiese cumplido. Para la parte afectada, la mejor decisión que puede tomar el juez es la última, el pago de los daños de expectativa.

El Código Civil colombiano establece, en el artículo 1613, que el pago de perjuicios comprende daño emergente y lucro cesante, y el artículo 1614 los define así, “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. Tra- yendo los diferentes perjuicios que identifica la teoría económica a los perjuicios de la legislación colombiana se puede identificar que se da el pago de los daños de expectativa. El Código Civil colombiano pretende que a quien se le incumplió, se le pague de tal manera

es uno en el cual sea mejor cumplir que no cumplir y pagar la multa: $w_1 \geq y_1 - m_1(\text{multa})$; y $w_2 \geq y_2 - m_2$. Asignando valores a cada variable, y despejando cada multa para cada incumplidor, se hallan los valores exactos que se necesitan para asegurar el cumplimiento. Se puede dar el caso en que el mismo jugador es quien paga la multa dado que incumpla él o el otro. Sin embargo este no es un resultado erróneo, porque inclusive así es *self-enforced*.

21 Cfr. Robert Cooter, Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 290 y ss.



que se le ponga en una situación igual a como si la obligación se hubiese cumplido. Esto es favorable pues el mismo sistema jurídico ayuda a que las obligaciones sean *self-enforced*.²² Como se sabe que si se incumple se tiene que pagar hasta llevar a la contraparte a como si se hubiese cumplido, entonces es mejor cumplir directamente.

Suponga nuevamente el ejemplo de las tiendas de barrio, pero en este caso no se pactó ninguna sanción por el incumplimiento sino que simplemente contrataron que cada tienda solo ponía una sede. Si el sistema judicial que rige este barrio funcionara bajo la norma de cobrar los perjuicios de daños de confianza, es posible que la tienda A incumpla, pues calcula que gana más abriendo dos locales y pagando los daños de confianza a la tienda B (le pagaría un valor tal, que haga que B se sienta igual a como si no hubiese contratado). Pero si el barrio estuviese en Colombia, posiblemente A no incumpliría, pues tendría que pagarle a B un valor tal que lo haga sentir como si le hubiese cumplido el contrato, y por ende la indemnización es más costosa y no sería rentable para A incumplir. Vemos que es importante conocer entonces el sistema judicial y legal al cual nos enfrentamos pues puede servir, en ocasiones, como un sistema de *self-enforcing* de los contratos.

Conclusión

El estudio de la teoría de juegos es una herramienta con mucho campo dentro del derecho contractual. Entenderla ayuda a quienes realizan o analizan contratos, pues da una visión que el derecho contractual tradicional no contempla. La aplicación de estas ideas no son meramente teóricas, no se quedan en el papel como un simple conjunto de ideas que no salen a la vida real. Por el contrario, son utilizadas a diario, y es quizá por esto el tema se ha desarrollado tanto.

Este trabajo mostró en general cuál es el concepto de teoría de juegos y su relación con los contratos, como también algunos ejemplos; empero su aplicación es más amplia y más profunda. Más amplia porque abarca un sinnúmero de situaciones y de ejemplos posibles. Más profunda porque el análisis que realiza puede ser más preciso y detallado del acá realizado en la solución de los problemas. Incentivar el estudio de los contratos desde otra óptica distinta a la netamente jurídica, en este caso la teoría de juegos, es un reto que se debe asumir.

22 Teóricamente esto es así. En la práctica depende también de qué tan efectiva es la rama judicial. Un sistema como el de Colombia, donde los procesos son lentos, costosos, tediosos, ayuda por el contrario a que los contratos no sean *self-enforced*.



Bibliografía

- Akerlof, George, “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, (vol. 84, núm. 3, Aug., 1970), pp. 488-500, [en línea], disponible en: <http://www.jstor.org.ezproxy.eafit.edu.co/stable/1879431>, consulta 15 de Octubre de 2015.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Coloma, Germán, “Las funciones económicas del derecho”, *Problemas del desarrollo*, (vol. 32, núm. 126, 2001), pp.125-147, [en línea], disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/7403>, consulta 15 de Octubre de 2015.
- Coloma, Germán, *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 2001.
- Maldonado, Andrew, “obligaciones con cláusula penal”, en Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones I*, Bogotá, Fondo editorial los Andes, 2001.
- Ramusen, Eric, *Juegos e información una introducción a la teoría de juegos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Salanié, Bernard, *The Economics of Contracts*, 2a. Ed., London, MIT Press, 2005.

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR ENTORNOS JURÍDICOS MÁS ESTABLES

FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND THE NEED FOR A MORE STABLE LEGAL CONTEXT

✉ Por: SARA PÉREZ RENDÓN*

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2015

Resumen

Dado el avanzado proceso de globalización en el que vivimos actualmente, fenómenos como la inversión extranjera y los mecanismos de estabilidad jurídica, se han vuelto cada vez más visibles en el ámbito internacional, llegando a convertirse estos más en la regla que en la excepción. Por ello, hoy en día, tanto para los diferentes Estados como para las distintas compañías inversionistas, se ha vuelto necesario buscar una relación en términos de ganancia, donde se concilie por una parte, el interés de un Estado de atraer inversión extranjera, para lograr así un mayor desarrollo del país, y por otro lado, el interés de los inversionistas de confiar sus recursos en un entorno estable, y por supuesto rentable, acudiendo para ello a diferentes instrumentos de estabilización jurídica que permitan tal objetivo.

El presente artículo surgió de la necesidad de adquirir un conocimiento más profundo respecto a la inversión extranjera directa y los mecanismos de estabilización jurídica que se implementan a nivel nacional e internacional para aumentar el flujo de capital en diferentes países, mecanismos estos que pretenden disminuir la inestabilidad jurídica que se puede presentar en los países receptores de tales inversiones y que, en el caso de América latina, y especialmente en el Colombia, es mas latente.

* Abogada Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: sperezr1@eafit.edu.co, Artículo ganador del concurso de investigación jurídica académica Germán Cavellier, 2015-2



Palabras claves: *Inversión extranjera directa, Mecanismos de estabilización jurídica, Contratos de estabilidad jurídica, Tratados bilaterales de inversión.*

Abstract

Due to the advanced globalization process that we have nowadays, concepts such as foreign direct investment and stabilization mechanisms have become more popular and used in the international field, in which those concepts has become the rule rather than the exception. Therefore, for both State's and investment companies, its has become necessary to seek for a win – win relationship, able to conciliate the State's need to promote foreign investment in order to peruse a further development, and the protection of the foreigners' interest to invest in a stable and profitable environment, appealing for that aim to the different stabilization mechanisms.

The present paper was developed in order to get a deeper understanding about the foreign direct investment and the stabilization mechanisms used to increase the foreign capital inflow at a national and international level. Mechanisms that intent to reduce the political instability that is often present in the hosts States, and that in the case of Latin America, and particularly in Colombia case, is more visible.

Key words: *Foreign direct investment, legal mechanism of stabilization, legal stabilization contacts, bilateral investment treaties.*

Introducción

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la inversión extranjera directa (IED en adelante) “es una categoría de inversión transfronteriza que realiza un residente de una economía (inversor directo) con el objeto de establecer un interés duradero en una empresa residente en una economía diferente a la del inversor directo”¹, en otras palabras, se refiere a la inversión que se realiza con el fin de obtener una participación duradera en un proyecto o una empresa ubicada en una economía distinta a la del inversor.

1 OECD (2011), *OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta edición*, OECD Publishing, Paris, p. 17, [en línea], disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2008034e.pdf?expires=1439172202&id=id&accname=guest&checksum=2AF830BA6568D51B235452B76FE6DC7>, consulta 11 de abril de 2015.



Tal inversión ha cobrado especial relevancia en el contexto actual del mercado, ya que este es cada vez más globalizado, con una alta internacionalización del consumo y con una fuerte competencia entre los Estados por los recursos y la búsqueda de su desarrollo propio. En consecuencia de lo anterior, la IED se ha visto como un elemento clave de esta rápida evolución y como una herramienta para el crecimiento, el desarrollo y prosperidad de los diferentes Estados.

Aun así, también es cierto que no todos los países cuentan con el mismo nivel de desarrollo e influencia en la economía global, por lo cual, no para todos ellos la IED cobra igual relevancia, siendo los países en vía de desarrollo aquellos con mayor necesidad de recurrir a dicha herramienta, y que como ha señalado la OCDE, puede representar para éstos, “un impulso clave de la integración económica internacional, que con un marco político adecuado puede ofrecer estabilidad financiera, fomentar el desarrollo económico y mejorar el bienestar de las sociedades”², pues para estos, la IED no solo representa una importante fuente de capital -situación especialmente relevante en economías en crecimiento que por su bajo nivel de desarrollo no cuentan con la capacidad de ahorro suficiente para financiar la formación de capital-, sino que también es una forma de transferencia de tecnologías y de experiencia (Know-how) entre economías.

Tristemente, como ha señalado el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), es aquí donde nos encontramos ante una paradoja, según la cual, “los países con mayor necesidad de inversión para el desarrollo sostenible son aquellos que, por fuerza de su poco desarrollo, probablemente no reciban mucha”³, pues para lograr el pretendido desarrollo, es necesario que se lleve a cabo no solo cierto volumen de inversión, sino también que tales inversiones sean de calidad, lo cual resulta bastante difícil para los países que se encuentran en una posición menos desarrollada, ya que este tipo de inversión depende, en gran medida, de que el país receptor cuente con cierto número de prerrequisitos, que la mayoría de veces no están presentes en los países en vía de desarrollo.

De esta manera, se hace aun más latente que “la capacidad de un país para atraer y beneficiarse de la inversión extranjera directa depende de varios y complejos factores como son las políticas y circunstancias del país receptor”⁴, y debilidades en cuanto a la infraestructura, la seguridad nacional y la inestabilidad jurídica, influyen de manera determinante a la hora de promover estas inversiones, dado que estos aspectos generan un entorno poco fiable y riesgoso para nuevos inversionistas, lo cual termina afectando la capacidad de ciertos Estados para atraer IED.

2 *Ibíd.*, p. 13.

3 IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá., p. 1., [en línea], disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf, consulta: 21 de abril de 2015, (T del A).

4 *Ibíd.*, p. 2.



Por su parte, la inestabilidad jurídica de las normas de un Estado juega un papel determinante en este entorno, ya que “cambios constantes en normas fiscales o regulatorias, restricciones a la transferencia y convertibilidad de divisas, nacionalizaciones o expropiaciones indirectas”⁵ desestimulan las inversiones en algunos países. “Por el contrario, aquellos Estados poseedores de un entorno jurídico claro y estable se encuentran en la delantera de esta competencia, debido a que los inversionistas han visto allí una manera de reducir los costos de transacción, así como mayores facilidades en el cálculo de los beneficios del proyecto y en la obtención de recursos para la inversión”⁶.

Es así como surge la necesidad por parte de ciertos Estados de acudir a diferentes mecanismos o instrumentos de estabilización, que mitiguen el riesgo de cambios bruscos o frecuentes en la legislación y que proporcionen contextos jurídicos más favorables para el ingreso de la inversión extranjera y la permanencia de capital en los mismos, de tal manera, que le permitan a dicho Estado ser competitivo frente a los demás a la hora de atraer y conquistar tales inversiones, que de una u otra forma, resultan ser un elemento fundamental para el crecimiento y desarrollo sostenible de un país.

1. Acercamiento teórico a los instrumentos de estabilización jurídica como mecanismo para atraer inversión extranjera directa (IED)

Los instrumentos de estabilización jurídica han sido definidos como, “todos los mecanismos contractuales o de otro tipo que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionarse el contrato”⁷.

Estos instrumentos jurídicos resultan de suma importancia a la hora de una compañía tomar la decisión de realizar una inversión directa o no, puesto que estas al ser, generalmente, inversiones de largo plazo y por considerables sumas de dinero⁸, se pueden ver desincentivadas por la amenaza de que en cierto momento se presente una alteración unilateral de las normas del país receptor, riesgo que precisamente se pretende mitigar por medio de los instrumentos de estabilización jurídica.

5 Juliana Castaño y Paola Galeano, “Los contratos de estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista y del Estado Colombiano?”, en: *EAFIT Journal of International Law*, Colombia, vol. 2, núm. 01, Enero junio 2011, p. 70.

6 *Ibíd.*

7 Peter D. Cameron, “Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006. 28 (T del A).

8 Generalmente en extracción de industrias, infraestructura pública o servicios públicos esenciales.



De esta manera, se puede decir que “la estabilización es una forma de mitigar (administrar) el riesgo de que el gobierno receptor de la inversión cambie unilateralmente las reglas”⁹, de tal forma que estas puedan afectar de manera sustancial la inversión realizada y los resultados esperados por la misma.

Aun así, para entender el surgimiento de este tipo de instrumentos es necesario remitirnos a los orígenes de las cláusulas de estabilización, los cuales, “están ligados al periodo comprendido entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, cuando las compañías americanas empezaron a incluirlas en los contratos de concesión debido a los actos de nacionalización realizados por los gobiernos de América Latina. El fin esencial de dichas disposiciones era asegurar que los contratos de concesión conservaran su fuerza vinculante durante el periodo establecido en el contrato”¹⁰. Posteriormente, estas cláusulas se convirtieron en una forma de defensa de los inversores extranjeros contra la expropiación por parte de los Estado receptores de la inversión. “Los siguientes años se caracterizaron por una atmósfera de pragmatismo donde los intereses mutuos fueron mejor entendidos, especialmente por los gobiernos receptores”¹¹. Y en la actualidad, estos instrumentos se han empleado “para conciliar la necesidad del Estado de promover la inversión con el interés del inversionista de localizar sus recursos en un ambiente donde el riesgo político es bajo”¹².

Para ello, los Estados poseen ciertos instrumentos legales que pueden ser utilizados contra la incertidumbre del inversor. Dentro de éstos podemos encontrar; cláusulas de estabilización (CE en adelante), incluidas en los contratos entre el Estado y el inversionista extranjero; contratos de estabilidad jurídica (CEJ en adelante), celebrados igualmente entre el Estado y el inversionista; estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación, y por último, también podemos incluir dentro de estos; los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs en adelante por sus siglas en inglés), los cuales, ya no se dan directamente entre el Estado y el inversionista, sino que se presentan dentro del marco de acuerdos bilaterales entre dos Estados con el fin de proteger de una manera más general y amplia las inversiones de los riesgos derivados de las posibles inestabilidades jurídicas que se puedan presentar en un determinado Estado; Mecanismos éstos que se procede a exponer brevemente.

1.1 Tipos de instrumentos de estabilización jurídica

Por su parte, las cláusulas de estabilidad jurídica (CE), como se mencionó en el párrafo anterior, son cláusulas contractuales que se incluyen en los contratos de inversión directa

9 P. Cameron, *Op. cit.*, p. 13 (T del A).

10 *Ibíd.*, p.15 (T del A).

11 *Ibíd.*, p.16 (T del A).

12 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 70.



celebrados entre un Estado receptor y un inversionista extranjero, que pretenden dirigir los cambios normativos que acontecen en el Estado receptor durante la vigencia del contrato. Estas cláusulas pueden variar dependiendo de las necesidades de cada contrato, y han sido clasificadas por la doctrina en:

Cláusulas de congelamiento (CC en adelante), implican el congelamiento de los términos contractuales, en la medida en que buscan “congelar” las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación,¹³ de tal manera que los términos y contenido del contrato no sean alterados. Dichas cláusulas pueden ser estipuladas de varias formas, por ejemplo estableciendo que el gobierno no puede modificar ninguna normatividad que afecte al inversor, o señalando expresamente que las estipulaciones legales al momento de celebración del contrato no pueden ser variadas unilateralmente durante la vida del contrato, o indicando que en caso de que se expida una nueva regulación, prevalecen los términos pactados en el contrato. De esta manera, se puede ver que dichas cláusulas pueden ser totales (CCT) o parciales (CCL), las primeras de ellas implican el congelamiento de todas las leyes que pudiesen llegar a afectar el contrato entre el inversionista y el Estado, y las segundas, buscan congelar leyes o regulaciones administrativas relativas a algunos temas específicos, como por ejemplo, respecto a seguros o impuestos a la renta, entre otros.

Cláusulas de equilibrio económico (CEE en adelante), estas cláusulas a diferencia de las anteriores no buscan congelar las normas, sino que apuntan a mantener el equilibrio económico del contrato, por lo tanto, prevén la facultad del Estado para aplicar leyes nuevas a la inversión bajo la condición de que se compense al inversionista, o por lo menos, se le restablezca el equilibrio económico del contrato en razón de la pérdida financiera significativa que sufrió el inversor por la implementación de la nueva ley.¹⁴ El objeto de este tipo de cláusulas, es entonces que, el inversionista extranjero cumpla con la nueva normatividad pero exige bien que se renegocie el contrato con el fin de restablecer el equilibrio original del mismo, o en su defecto ser compensado por el costo de tener que cumplir con ella, y por lo tanto, será el Estado quien asuma el costo de la implementación de nuevas normas que le suponen una pérdida. Algunos de los mecanismos utilizados para lograr el reequilibrio consisten en ajustar tarifas, extender la concesión, reducir impuesto, compensar monetariamente, ajustar aranceles, entre otros. Así mismo, este tipo de cláusulas también pueden ser totales (CEET) o limitadas (CEEL), las primeras, protegen el beneficio económico esperado por el inversionista contra cualquier cambio normativo que le pueda generar consecuencias adversas a este, y las segundas, tienen aplicación solo sobre ciertas materias generalmente relacionadas con temas fiscales.

13 *Ibíd.*, p. 72.

14 M. Sornarajah, “The Settlement of Foreign Investment Disputes, Chapter Two. 3.7 Renegotiation Clause” En: James Crawford, R. Doak Bishop, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials, and Commentary*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 306; A. Shemberg, *Op. cit.*, p. 6



Cláusulas híbridas (CH en adelante), combinan aspectos de los dos tipos de cláusulas anteriores, ya que “imponen el deber del Estado de devolver al inversionista a la posición económica inicialmente pactada, por lo que se parecen a las CEE; sin embargo, una de las formas que estipula la cláusula para hacer esto, es eximir al inversionista de la ley que le generó el desequilibrio económico”¹⁵. A su vez, existen CH totales, en las que el restablecimiento de la posición inicial debe presentarse ante cualquier consecuencia negativa generada por la implementación de la norma; y CH parciales las cuales buscan el equilibrio únicamente ante la aparición de ciertas leyes.

Ahora bien, en cuanto a los contratos de estabilidad jurídica (CEJ), estos pueden ser definidos como negocios jurídicos bilaterales, sinalagmáticos, onerosos y de tracto sucesivo, celebrados entre Estados y las personas naturales o jurídicas que detentan la calidad de inversionistas, con la finalidad principal de atraer la inversión de capital, para lo cual se constituyen en favor de los inversionistas nacionales o extranjeros circunstancias de inmutabilidad, por el término de duración del contrato, sobre aquellas normas que fueron determinantes al momento de adoptar la decisión de llevar a cabo la respectiva inversión a cambio de una prima anual establecida en favor del Estado¹⁶. De esta manera, los CEJ, al igual que las cláusulas de estabilización, pretenden mitigar los riesgos de inestabilidad jurídica y por ende proteger a los inversionistas de los cambios normativos unilaterales del Estado receptor que le puedan ser perjudiciales, pero la diferencia entre uno y otro mecanismo radica en que los CEJ están única y exclusivamente dirigidos a que se mantenga, por el término de vigencia del contrato, las normas que hicieron determinante la inversión, es decir, con el objeto único de consagrar la estabilización jurídica, a diferencia de las CE que por regla general son cláusulas que se incluyen en contratos marco que regulan cualquier actividad entre el inversionista y el Estado, como por ejemplo, en contratos de concesión, explotación de recursos, etc. Así mismo, dichos contratos, a diferencia de la CE, consagran una contraprestación a cambio de la estabilidad jurídica proporcionada, se establece un término de duración para los mismos¹⁷, y generalmente se conceden cuando la inversión que se va a realizar es por un monto significativo para el Estado receptor. En cuanto a la forma de estabilización de este mecanismo, la exclusión puede darse de diferentes maneras, bien sea por medio de una lista taxativa de exclusiones normativas pactadas entre el inversionista y el Estado, y las interpretaciones vinculantes que respecto de ellas hayan efectuado las autoridades administrativas, o por medio de una lista predeterminada de condiciones favorables que no pueden ser alteradas por el Estado¹⁸, todo

15 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.76.

16 Edgar N Quiroga y María Alexandra Villegas, “La constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, en: *Revista Universitas*, Bogotá, Colombia, núm. 115, Enero junio de 2008, p. 143.

17 A diferencia de las cláusulas de estabilidad que están sujetas al tiempo de duración del contrato celebrado.

18 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.76.



lo cual debe ser determinante para la inversión, es decir, de tal entidad que sin la existencia de las mismas probablemente la inversión no se hubiera llevado a cabo.

Adicional a estos mecanismos, existen las estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación, en donde “algunos países dentro de su legislación interna contienen normas que consagran la estabilización jurídica sobre ciertas materias que afectan directamente las inversiones. Esta forma de estabilización suele ser limitada ya que no se presenta sobre normas que afectan indirectamente la inversión, como es el caso de las leyes ambientales o laborales”¹⁹.

Por último, encontramos los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), que de acuerdo con UNCTAD, son acuerdos celebrados entre dos Estados con el ánimo recíproco de promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores de sus respectivos países en el territorio del otro²⁰. Por medio de dichos acuerdos, cada Estado acepta y se compromete a brindar cierta clase de protección a los inversores provenientes del otro Estado signatario, siguiendo para ello ciertos estándares internacionales. Dentro de estos acuerdos suelen incluirse una serie de disposiciones estándar, como el Trato Nacional²¹, el Trato de Nación más Favorecida²², el Trato Justo y Equitativo²³, restricciones sobre la expropiación, tanto directa como indirecta- resultado de cambios en la legislación-, restricciones a los requisitos de contenido nacional²⁴, la libre transferencia de fondos²⁵ y, disposiciones respecto a la solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE)²⁶, entre otras. Disposiciones estas, dirigidas a promover, regular y proteger la inversión extranjera, brindando para ello condiciones que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión, y se reduzcan así los riesgos políticos asociados a la misma.

19 *Ibíd.*, p. 77.

20 UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

21 Según la cual, el país receptor ha de otorgarle, al inversor extranjero y a sus inversores en el territorio de ese país, un trato similar o comparable al otorgado a los inversores nacionales o a sus inversiones.

22 Cláusula que implica que el país receptor otorgue a los inversores de un país extranjero un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores de cualquier otro país extranjero.

23 Cláusula general que impide cometer agravios contra inversores.

24 Cláusula por medio de la cual se impide la obligación de consumir productos nacionales o contratar personal nacional.

25 Garantiza la posibilidad repatriar todos los fondos relacionados con las inversiones sin demora alguna y en moneda de libre convertibilidad.

26 Hace referencia a los mecanismos a través de los cuales los inversionistas pueden acudir ante tribunales internacionales por el incumplimiento de las cláusulas del BIT.



Es necesario rescatar que aunque los BITs son acuerdos dirigidos a proteger la inversión extranjera dentro de un marco general, y no de manera específica la estabilidad jurídica, como en los instrumentos de estabilización previamente mencionados, estos, al consagrar disposiciones respecto a la expropiación indirecta, proporcionan de una u otra forma efectos similares a los de las cláusulas de equilibrio económico. El tribunal arbitral en el caso de *Metalclad* definió la expropiación indirecta como “la interferencia incidental del uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, en su integridad o en una parte significativa, del uso o beneficio económico razonablemente esperado por el inversionista, incluso sin ser evidente el beneficio para el Estado”²⁷. De esta manera, se puede ver que dicha expropiación “no hace referencia a la toma de la propiedad particular por parte del Estado, sino a una o varias medidas adoptadas por el Estado que reducen el valor de la inversión a tal grado que debe ser entendido como una expropiación”²⁸. En este sentido la restricción a la expropiación indirecta consagrada en los BITs, que no prohíbe por sí misma la expropiación, sino que regula y limita las condiciones de la misma, puede conllevar a que en los casos en que el Estado receptor adopte medidas regulatorias (incluyendo regulaciones nacionales o locales) que frustren el desarrollo de la actividad del inversionista, y por ende sus expectativas de retribuciones económicas, debe otorgar al inversionista nacional del otro Estado signatario la debida indemnización, permitiendo así una estabilidad jurídica y una garantía para los inversionista de los Estados signatarios respecto de aquellas regulaciones que pueden afectar gravemente su inversión²⁹.

1.2 Efectos, ¿positivos o negativos?

En cuanto a la implementación de los instrumentos de estabilización mencionados, cada uno de ellos, como la mayoría de cosas en el mundo, tiene elementos positivos y negativos y, en ciertos casos, unos pueden ser más apropiados para la necesidad de ciertos Estados que otros.

Respecto a las cláusulas de estabilidad jurídica, se debe mencionar que, “la visión clásica de estabilidad como un tipo de congelamiento de los términos contractuales que estuvo vigente

27 *Metalclad Corp c. México*. CIADI/ICSID Caso No. ARB(AF)/97/I, TLCAN/NAFTA. Laudo arbitral, párr. 106, 107, 30 de agosto de 2000. Disponible en: <http://italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>.

28 Santiago Wills- Valderrama “Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un nuevo reto para Colombia”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá (Colombia), núm. 19, Julio diciembre 2011, p. 31.

29 “Las medidas adoptadas por un Estado, sea estas regulatorias o no, son *de facto* una expropiación indirecta si son irreversible y permanentes y si los activos o derecho sujetos a tales medidas han sido afectados de tal manera que cualquier tipo de aprovechamiento de ellos ha desaparecido; es decir, que el valor económico del uso y explotación de los activo o derechos afectados por las medidas haya sido destruido o neutralizado” *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán*. CIADI/ICSID Caso No. ARB/03/29. Laudo arbitral, 27 de agosto de 2009. Disponible en: <http://italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf>, citando *Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A. c. México*. CIADI/ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. Laudo final, 29 de mayo de 2003.



por mucho tiempo ha sido declinada³⁰, y es probablemente inejecutable³¹, puesto que los Estados que deciden utilizar algún tipo de cláusulas de estabilidad, raramente optan por CC, dado que éstas en muchos casos son incompatibles con el régimen legal y constitucional de los mismos, pues no permiten al soberano prometer no legislar en el futuro o limitar el ejercicio de su autoridad legislativa a un acuerdo previo con el inversor afectado. En este sentido, las cláusulas que apuntan al congelamiento durante el tiempo han demostrado ser mucho menos efectivas que las que se enfocan en los resultados de una posible revisión del contrato y las que adaptan el lenguaje de los mecanismos de estabilización de manera consecuente³², por ello, se ha dicho que “la versión moderna de la estabilización son aquellas cláusulas que establecen el reequilibrio de los beneficios del contrato en caso de que exista una acción unilateral del Estado receptor”³³, es decir, las CEE, puesto que estas varían “en orden a garantizar que el inversor obtenga los mismos resultados económicos que le hubiera traído la legislación existente al momento del contrato, permitiendo que se realice una negociación para restablecer el equilibrio afectado, ni más ni menos, y en caso de las partes hacer su mejor esfuerzo y no llegar a un acuerdo, la posibilidad de acudir a un arbitramento”³⁴. De esta manera, las CEE por su flexibilidad y versatilidad en comparación con las demás, se han vuelto las más típicas, incluso frente a las cláusulas híbridas que son menos comunes.

Aun así, este tipo de instrumento ha sido objeto de innumerables críticas, puesto que los Estados receptores han tomado conciencia de la importancia de preservar su poder regulatorio, y por lo tanto, de las limitaciones que dichas cláusulas implican en la capacidad esencial de los gobiernos para aplicar nuevas leyes y regulaciones a la IED, sobre todo en temas relacionados con la persecución de objetivos de desarrollo social y económico, sostenibilidad ambiental, y la promoción de los derechos humanos. Y adicionalmente, porque se ha señalado que a pesar de que las CC han sido paulatinamente reemplazadas por las CEE, estas últimas tienen el mismo impacto que las CC, en la medida en que la mayoría de los gobiernos no tienen como pagar a los inversionistas para que los mismos cumplan con los cambios en la normatividad doméstica aplicable a la inversión³⁵.

A pesar de lo expuesto, es necesario resaltar que las desventajas que se pueden derivar de las CE están estrechamente ligadas con el alcance y redacción de las mismas, y muchas veces con

30 El desuso de las cláusulas de congelamiento también se debe a que las mismas tenían como fin evitar la expropiación directa y en la actualidad existe otro tipo de mecanismos para ello, como son los BIT.

31 P. Cameron, *Op. cit.*, p. 4 (T del A).

32 *Ibíd.* p. 5 (T del A).

33 *Ibíd.*, p. 5 (T del A).

34 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, pp. 75-76.

35 Shemberg, Andrea “Stabilization Clauses and Human Rights”, 11 March 2008, [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) (T del A).



el nivel de desarrollo del país que las adopta³⁶, implicando las CEET riesgos importantes para los objetivos legítimos de cualquier Estado, y más aun en los países menos desarrollados, en la medida en que ni siquiera el Estado más precavido puede prever sus posible consecuencias. Por ello, lo más recomendable, es que se adopten cláusulas limitadas, de tal manera que exista una justificación razonable y contundente de por qué esas normas son determinantes, y se establezcan ciertos parámetros como que; preferiblemente se excluyan leyes sobre temas de orden público y social; se establezca la obligación de probar las pérdidas sufridas antes de la compensación; que la compensación solo se llevará a cabo si el inversionista sufrió una pérdida significativa con la implantación de la nueva ley; la obligación del inversor de mitigar el costo de la implementación de nuevas leyes; que la compensación solo se hace efectiva ante la aparición de leyes que no eran predecibles, y por último, pero no menos importante, que a la hora de los Estados pactar dichas cláusulas midan las consecuencias positivas que dicha inversión puede traer a su economía, de tal forma que se trate de una inversión de calidad que justifique el sacrificio, bien sea en cuanto a la permanencia de normas, o a la compensación, en otras palabras, que se trate de una inversión que valga la pena.

En cuanto a los contratos de estabilidad jurídica como instrumentos de estabilización, a estos también se les han señalado ciertas ventajas y desventajas. Como ventajas se ha indicado que estos, a diferencia de las cláusulas de estabilidad jurídica, permiten una terminación anticipada del contrato por parte del Estado cuando no se presente el pago oportuno de la totalidad de la prima, por la no realización oportuna o retiro total o en parte de la inversión, o cuando el inversionista esté inmerso en causales de inhabilidad, y aun así garantizan la estabilidad jurídica objeto del contrato, de tal manera, que las variaciones normativas no afectan al inversionista cobijado por él, y en caso de que dicha variación sea absolutamente necesaria exista una indemnización por el incumplimiento del contrato. Aun así, uno de los principales reparos que se le hacen a este tipo de instrumentos, es que los mismos muchas veces implican una distorsión de la libre competencia en el mercado al interior de los Estados, en la medida en que ponen en una situación de ventaja a quienes se encuentren cobijados por el contrato frente a los demás productores que no gozan de dicha estabilidad, lo cual puede conllevar consecuencias negativas en la economía nacional del Estado que concede el contrato, como por ejemplo, monopolios.

Por último, los BITs, que se han visto como una herramienta para establecer un marco general de predictibilidad y protección a la inversión extranjera, partiendo para ello de reglas del derecho internacional, no solo promueven un clima favorable para la inversión y fomento del flujo de inversión internacional, sino que también permiten la inserción de las empresas del Estado receptor en los mercados internacionales, ya que a diferencia de los mecanismos anteriores, los BITs son acuerdos en doble vía, es decir, con un ánimo recíproco entre los dos Estados que los suscriben.

36 “Siendo los países en vía de desarrollo quienes más acuden a CEET, en contraste con los países desarrollados que tienden a pactar CEEL” J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 76



Adicional a ello, los BITs tienen otra ventaja, y es que al ser instrumentos jurídicos de carácter internacional, pues en ellos, los Estados asumen un compromiso ante la comunidad internacional, las obligaciones derivadas de los mismos gozan de especial protección bajo el derecho internacional. Sin embargo, este último aspecto también ha sido visto como una desventaja en la medida en que en la mayoría de casos, “Los Estados pueden verse sujetos a responsabilidad internacional no solo frente a Estados soberanos, sino también frente a inversionistas privados de otro país”³⁷ cobijados por la protección de estos acuerdos. Sumado el hecho, de que debido a la ambigüedad y falta de certeza del contenido de varias de las obligaciones y cláusulas consagradas en dichos acuerdos, existe una alta posibilidad de que surjan controversias respecto de “las obligaciones en ellos contenidas, que pueden limitar el cumplimiento de los deberes constitucionales, colocando al Estado en una posición en la cual tendrá que escoger entre cumplir con los mandatos constitucionales de promoción de un Estado social de derecho o pagar millonarias sumas a los inversionistas extranjeros”³⁸, lo cual adquiere especial relevancia en lo referente a la expropiación indirecta. Razón por la cual los diferentes gobiernos deberán evaluar con prudencia la forma como se están negociados dichos acuerdos, para evitar cuantiosas demandas internacionales por violación de los mismos, pues de lo contrario, dichos acuerdos se puede convertir en trabas para las reformas, o en su defecto “el hecho de incumplir los laudos de el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante) también genera inseguridad jurídica, lo que desincentivaría la inversión extranjera en el Estado receptor”³⁹.

En la actualidad los BITs son la forma más común de regular la IED, y de acuerdo a los registros de UNCTAD en la materia, actualmente hay 2926 acuerdos de esta clase, de los cuales 2225 están en vigencia⁴⁰. Históricamente la mayoría de estos tratados y Acuerdos Internacionales de Inversión se han firmado entre países desarrollados y países en desarrollo, pero últimamente ha aumentado el número de BITs entre países en desarrollo. En el caso nuestro, Colombia hasta la fecha cuenta con 14 tratados bilaterales de inversión⁴¹.

De lo expuesto hasta aquí se pueden derivar varias cosas, la primera de ellas es que no todos los países tiene la necesidad de ofrecer garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas, pues

37 S. Wills-, *Op. cit.*, p. 24.

38 Enrique A Prieto Ríos, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, en: *Revista Estud. Socio-jurídicos*, Bogotá, Colombia, vol. 13, núm. 1, enero-junio de 2011, pp.136.

39 Jorge Parisca Martínez, “El arbitraje CIADI y la protección a la inversión extranjera”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 4, núm. 15, invierno 2007.

40 Dato consultado la página de UNICTAD “Investment Policy”. 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

41 Dato consultado la página de UNICTAD 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialInnerMenu>



la solidez de sus instituciones y la amplia percepción de estabilidad, claridad y transparencia en su entorno jurídico hace innecesario ofrecer este tipo de mecanismos⁴², ejemplo de ello son Noruega y el Reino Unido. La segunda, es que algunos Estados por su riqueza en recursos, son suficientemente atractivos para atraer inversiones sin necesidad de proporcionar mecanismos de estabilidad, así sus normas y regulaciones no gocen de tales características, pues dicho riesgo político se ve compensado por las altas expectativas de ganancia de los inversionistas, como es el caso Arabia Saudita y Brasil⁴³. “En este sentido, es posible afirmar que las garantías de estabilización son producto de la debilidad de algunos Estados en términos de poder de negociación, unido con el deseo de atraer recursos extranjeros”⁴⁴.

2. La Inversión extranjera en Colombia y la necesidad de implementar mecanismos de estabilización jurídica

Como se mencionó previamente no para todos los países cobra igual relevancia la IED, siendo los países en vía de desarrollo aquellos con mayor necesidad de recurrir a dicha herramienta, pues “El desarrollo económico de los países emergentes y en desarrollo depende en gran medida de la posibilidad de realizar inversiones rentables y acumular capital”⁴⁵. Siendo la IED una herramienta clave para contribuir a tales fines.

En Colombia, la IED ha sido definida como “aquella que realizan en el territorio colombiano, incluidas las denominadas zonas francas, las personas naturales o jurídicas no residentes en Colombia”⁴⁶, siendo la residencia, al igual que en el ámbito internacional, el criterio fundamental para clasificar la inversión como extranjera. Adicional a ello, se ha partido de la idea de que la IED, a diferencia de la inversión de portafolio⁴⁷, es aquella que se efectúa sin necesidad de utilizar intermediarios, como contribuciones al capital de una empresa constituida en el país o que se establezca en ella, o bien sea a través de la adquisición de capital de una persona jurídica, adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos por contrato de fiducia mercantil o, mediante actos o contratos de colaboración empresarial (concesión, licencia, transferencia de tecnología), entre otros.

42 P. Cameron , *Op. cit.*, p. 13 (T del A).

43 *Ibíd.*

44 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p.73.

45 Edgar A. Gil C, Silvio F. López M, Dorian A. Espinosa C “Factores determinantes del la inversión extranjera Directa en América del Sur” en: *Perfil de coyuntura Económica*, núm.22, diciembre 2013, pp. 56.

46 Diego B. Galán Barrera, “Los contratos de estabilidad jurídica: Un estímulo a la inversión extranjera en Colombia”, en: *Revista Estudios gerenciales*, Colombia, Vol.22, núm. 101, octubre-diciembre de 2006, pp.114.

47 Es aquella que tiene por objeto realizar transacciones en el mercado público de valores, debiendo ser efectuada, necesariamente, por medio de un fondo de inversión de capital extranjero.



A pesar de ello, es necesario rescatar que este tipo de inversión no siempre fue reconocida y aceptada en nuestro país, y solo en los últimos años se ha reconocido su importancia y se ha procurado crear un ambiente abierto y adecuado para la misma.

Los antecedentes históricos que permitieron la inclusión de esta categoría de inversión en nuestro ordenamiento jurídico, se remiten a finales de la década de los 80, cuando el modelo económico del país mostraba fuerte signos de agotamiento en los siguientes aspectos: un volumen reducido de exportaciones, escasez de materias primas, un crecimiento económico que no estimulaba la renovación tecnológica, competitividad baja y unas dimensiones exiguas de su comercio internacional en un ambiente de concentración oligopólica, hechos que generaban una tendencia creciente de la economía colombiana asociada a altos niveles de concentración de ingresos. Lo anterior obligó al Estado a realizar una transformación estructural del país, con la cual se buscaba pasar de un modelo proteccionista de la economía a un modelo de apertura, basado en la competencia internacional, que propiciara mayores niveles de crecimiento, sobre la base del desempeño de un sector externo dinámico y competitivo⁴⁸.

Así las cosas, “el gobierno para que el país no quedara rezagado en el contexto mundial, tenía que flexibilizar la normatividad relacionada con la inversión extranjera directa en el territorio colombiano”⁴⁹, razón por la cual, en 1990 el país dio inicio a un proceso de apertura y modernización económica, el cual, terminó por consagrarse en la Constitución Política de 1991, en donde se acogieron los principios de libertad económica, libre competencia, y objetivos como la promoción de la internacionalización e integración económica, política, social y ecológica con las demás naciones,⁵⁰ realizándose igualmente una serie de reformas con relación al comercio exterior, la política de inversión, la legislación laboral y el sistema financiero, que permitieran dinamizar la economía del país al nivel de los demás Estados⁵¹.

La inversión extranjera directa adquirió entonces una importancia trascendental y “se consideró necesario fomentarla y atraerla como un mecanismo de aumento de ahorro disponible y de los niveles de inversión, así como para incorporar nuevas tecnologías encaminadas a aumentar la productividad y la competitividad de la producción doméstica”⁵². Pero para ello se requería

48 Orduña, R. Rafael. “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia. 2006”, [en línea], disponible en <http://www.dian.gov.co/descargas/servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/InversionExtranjeraYTributacionEnColombia.pdf> .Consulta: 11 de abril de 2015.

49 *Ibíd.*

50 Constitución Política Colombiana de 1991, artículos 226 y 227.

51 Dentro de estos ajustes se eliminó la prohibición de que la inversión extranjera entrara en algunos sectores de la economía donde antes no era permitido, y se abolieron las autorizaciones previas por parte del Gobierno, lo que ha permitido que los procedimientos sean mucho más rápidos y menos inciertos para los inversionistas.

52 Esteban Restrepo Uribe, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en; *Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 3



que el país contara con ciertas condiciones que lo hicieran atractivo y generaran confianza en los nuevos inversionistas.

No obstante, a pesar de las adecuaciones que se realizaron en el ordenamiento jurídico procurando un ambiente abierto y adecuado para la inversión extranjera, y con el fin de ajustar el marco jurídico⁵³ de la IED a los estándares internacionales y a la globalización de los mercados, que exigían principios como la igualdad de trato, universalidad, autorización automática, y estabilidad. “Uno de los mayores obstáculos con el cual se toparon estos intentos por atraer inversionistas fue la inestabilidad jurídica y tributaria, que superó inclusive los temores de invertir en el país derivados del conflicto interno. Y es que once reformas tributarias en Colombia, a razón de casi una por año aprobadas durante el periodo 1990-2004 hace que dichos temores sean fundados”⁵⁴.

En efecto, no se puede perder de vista que la estabilidad jurídica como se mencionó previamente, es uno de los aspectos determinantes de la IED, ya que “no se concibe la realización de una inversión internacional en la cual el inversionista ignore o se despreocupe por el marco regulatorio local a que se someterá su inversión. Por el contrario, es el conocimiento del conjunto de reglas y normas vigentes favorables, entre otros importantes aspectos, lo que lo determina a una decisión de inversión”⁵⁵. Y para proporcionar seguridad jurídica en el marco de la IED se requiere de: “(i) claridad de las normas legales y la facilidad para su cumplimiento, (ii) consistencia normativa y permanencia de las instituciones jurídicas, (iii) acceso a un sistema de justicia eficiente, y (iv) neutralidad y prontitud de las decisiones del Estado”⁵⁶.

Teniendo esto presente, para nadie es un secreto que Colombia es un país que sufre de, como lo han denominado algunos medios, “inflación legislativa” y, aunque si bien no es posible saber con certeza cuantas leyes y regulaciones normativas han sido expedidas y están vigentes, lo que es ya un indicio de su volumen, se ha estimado que desde la Constitución de 1991 hasta el año 2011 se expidieron 1.477 leyes, es decir 152 anuales, sin contar las reformas constitucionales, y las sentencias expedidas por las Altas Cortes que en algunos casos han variado el contenido e

53 El marco legal de la inversión extranjera en Colombia se encuentra regulado por Decreto 2080 de 2000, el cual, ha sido objeto de varias reformas.

54 Esta es una de las conclusiones a la que llegó la Agencia de Desarrollo del Gobierno de Estados Unidos (USAID) en su estudio de Competitividad para la Inversión. Ver: “Los contratos de estabilidad jurídica”, en: http://www.semana.com/documents/Doc-1281_2006711.pdf, fecha de consulta: 12 de enero de 2010, en: J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 87.

55 Adriana Zapata, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en: *Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II*, Bogotá, 2000, p. 127.

56 Juan Jacobo Calderón Villegas, “Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación”, en: *Estud. Socio-juríd*, vol.7, núm.2, Bogotá, Colombia, julio -diciembre 2005, pp. 92-123.



interpretación de disposiciones normativas, agregando a esta normatividad excesiva, trámites extensos, problemas de información e inseguridad, lo cual, no proporciona precisamente un panorama muy atractivo para inversiones que se hacen por cuantiosas sumas de dinero y con la finalidad de mantenerse en el tiempo.

De ahí que, dada la inestabilidad jurídica que caracterizaba, y aún caracteriza el país, sumada la ausencia de un mecanismo que brindara plena seguridad y confianza al inversionista sobre las reglas de juego, a diferencia de países como Chile, Ecuador, Panamá, Perú, y Venezuela entre otros, que tenían leyes de estabilidad para incentivar la inversión, dejaban al país rezagado en la competencia por atraer inversionistas⁵⁷, y se hizo latente para el Estado Colombianos la necesidad de acudir a mecanismo de estabilidad jurídica, que conciliaran la necesidad de atraer IED por parte del Estado y la necesidad de los inversionistas de confiar sus recursos en un entorno claro y estable.

2.1 Mecanismo de estabilización empleados en el Estado colombiano

El país entonces, con el fin de incentivar la IED y hacer frente a la inestabilidad jurídica que ha caracterizado la actividad legislativa de nuestro ordenamiento jurídico, ha optado por utilizar algunos de los instrumentos de estabilización jurídica que a nivel internacional se han propuesto para mitigar la incertidumbre de los inversionistas frente a los cambios bruscos y frecuentes del Estado, como los que se procede a enunciar, y cuya finalidad como ha señalado la Corte Constitucional es esencialmente la misma: “crear un contexto jurídico favorable para el ingreso y permanecía de capitales, así como promover la transferencia de nuevas tecnologías, indispensables para el desarrollo económico y social del país”⁵⁸.

Dentro de los mecanismos de estabilización de los cuales se ha valido Colombia para hacer frente a su inestabilidad jurídica podemos encontrar los cuatro tipos de instrumentos de estabilización mencionados en la primera parte de este escrito, esto es, cláusulas de estabilidad jurídica, particularmente en contratos de concesión de hidrocarburos, normas de estabilización incluidas en la legislación interna, contratos de estabilidad jurídica y BITs. A pesar de ello, y por cuestión de espacio, solo se hará referencia a estos dos últimos instrumentos, en la medida en que estos han sido los que han prevalecido en Colombia como medios para atraer la inversión extranjera, mientras que las cláusulas de estabilización jurídica y las normas de estabilización incluidas en la legislación interna han sido mecanismos que se han utilizado en casos muy particulares como la minería y la extracción de hidrocarburos⁵⁹.

57 J. Castaño y P. Galeano, *Op. cit.*, p. 88.

58 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006

59 El artículo 46 del Código Minero, Ley 685 de 2001, señala que “los contrato de concesión les serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su



En primera instancia, y simultáneamente con la liberalización del régimen de IED en los años noventa, y siguiendo su apertura comercial y económica, el gobierno implementó una política de negociación y celebración de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión (APPRIs en adelante)⁶⁰, dentro de los que se encuentran tanto los BITs, como los capítulos de inversión extranjera incluidos en los tratados de libre comercio (TLC), que introducen estándares internacionales de promoción y protección similares a los de los BITs.

Instrumentos éstos, que por regla general, con el fin de generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión, han incluido disposiciones sobre la expropiación indirecta, que de una u otra forma sirven como un mecanismo de estabilización jurídica que permiten reducir esos riesgos no comerciales de la inversión, pues en ellas se señala que la misma “es el resultado de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tenga efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de propiedad”⁶¹, lo que internacionalmente ha sido entendido como “una medida estatal, bien sea una ley, un acto regulatorio proferido por una autoridad pública o incluso una sentencia, que priva al inversionista extranjero de una expectativa cierta y razonable de ganancia, aunque no se produzca un cambio en la titularidad del derecho de dominio”.

En este sentido, con el fin de proporcionar una mayor protección y estabilidad, en estos instrumentos tanto el Estado Colombiano como el otro Estado que suscribe el acuerdo, se comprometen a que ninguna Parte podrá adoptar medidas que afecten, directa o indirectamente, la propiedad de un nacional del otro Estado Parte, a menos que; a) las medidas sean adoptadas para salvaguardar el interés público y con sometimiento al debido proceso; b) no sean discriminatorias, c) se garantice el pago de una indemnización, la cual debe representar el valor justo de mercado de la inversión afectada, y sea cancelada lo antes posible y transferible al país de origen⁶².

No obstante, dentro de estas disposiciones se ha establecido también que no cualquier medida o serie de medidas constituye expropiación indirecta, pues para determinar esto se debe analizar cada caso particular y seguir ciertos parámetros como; a) el impacto

perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales,” regulación que hoy está vigente.

60 Arón Garavito A, Ana María Iregui y María Teresa Ramírez G, “Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo”, en: Borradores de Economía Banco de la República, Colombia, núm. 713, 2012, p. 51. [en línea], disponible en: http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/be_713.pdf

61 Ley 1462 del 30 de junio de 2011.

62 *Ibíd.*



económico de la medida o serie de medidas, pues el solo hecho de que una medida o serie de medidas tengan efectos adversos sobre el valor económico de una inversión no implica que una expropiación indirecta haya ocurrido; b) el alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas razonables y distinguibles respecto a la inversión; c) que las medidas no discriminatorias de la Parte Contratante diseñadas y aplicadas por propósitos públicos o intereses sociales o con objetivos tales como la salud pública, seguridad y protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta. Salvo en excepcionales circunstancias, como cuando dicha medida o serie de medidas son demasiado severas con respecto a sus fines, que estas no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe⁶³.

Al respecto es necesario recalcar, que tanto la suscripción de este tipo de acuerdos, como la inclusión de estas disposiciones de expropiación indirecta, han sido declarados constitucionales por la Corte Constitucional, quien en ejercicio de su control previo, automático y oficioso de constitucionalidad sobre instrumentos internacionales, ha señalado en varias sentencias que en términos generales este tipo de acuerdos se ajustan a la C.P. y que la expropiación indirecta en particular, encuentra su fundamento constitucional en el principio de confianza legítima, que en esencia consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar⁶⁴. Lo que ha permitido que Colombia haya ido aumentando gradualmente el uso de este mecanismo de estabilización jurídica.

Así mismo, el gobierno no solo acudió a la negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión, sino que expidió también la Ley 963 de 2005, que con miras a estimular la inversión y generar empleo, le otorgó al gobierno y a los inversionistas –nacionales o extranjeros– la posibilidad de suscribir contratos de estabilidad jurídica, por medio de los cuales el gobierno garantizaba a los inversionistas, que sí durante la vigencia del contrato se modificaba en forma adversa a éstos alguna de las normas que hubieran sido identificada como determinante de la inversión, éstos tendrían derecho a que se les continuará aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo, consagrando de ésta manera un segundo mecanismo de estabilización jurídica.

Dicha ley consagró entonces una herramienta dirigida exclusivamente a garantizar la estabilidad jurídica de aquellas normas, esto es, leyes decretos, actos administrativos, o interpretaciones vinculantes que respecto de ellas efectuarán las autoridades normativa, que fueran determinantes para la inversión, es decir, de tal entidad que sin su existencia y alcance regulatorio, probablemente la inversión no se hubiera efectuado, todo ello, siempre y cuando se hiciera una identificación precisa, expresa y taxativa de dichas normas

63 *Ibíd.*

64 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-199 de 2012, y Sentencias C-320 de 2006.



e interpretaciones cuya estabilidad se garantizaba. Señalándose como requisito para acceder a tal beneficio que 1) debía tratarse de una nueva inversión o ampliación de una ya existente y 2) la inversión debía ser por un monto igual o superior a 150.000 UVT⁶⁵.

A cambio de dicha estabilidad, se estableció que el inversionista se obligaba a; 1) realizar la inversión a la que se había comprometido, 2) pagar una prima como contraprestación a la estabilidad jurídica ofrecida por el gobierno, 3) cumplir con los impactos económicos y sociales esperados con la inversión, entre los cuales podían estar la generación de un número determinado de empleos, exportaciones o divisas y, 4) cumplir con las demás normas específicas que regulen la actividad.

Y así mismo, con miras a salvaguardar el interés general, el legislador estableció algunas limitaciones y condiciones a estos contratos, esto es; debían estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano; no se podría conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decretará bajo estados de excepción, impuestos indirectos, regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos; la estabilidad tampoco podría recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos; se estableció un límite temporal, según el cual estos tendrían una duración no inferior a 3 años ni superior a 20 años; y por último, se señaló que al ser una especie de contratos estatales, la resolución de las diferencias que surgieran de los mismos serían a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que en ellos se pactará una cláusula compromisoria, pero siempre y cuando se tratara de un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas⁶⁶.

A partir de la vigencia de dicha ley, grandes empresas accedieron a este régimen de estabilidad. Sin embargo, la Ley 963 de 2005 fue muy controvertida y debatida, y aún cuando la Corte Constitucional declaró su constitucionalidad en sentencia C-320 de 2006, por encontrarla ajustada al interés general, esta cada vez “despertaba más inquietudes e insatisfacciones, tanto para los empresarios como para el Fisco”⁶⁷, lo que llevó a que la misma fuera derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, argumentándose para su eliminación que esta figura ya había cumplido con su función y no era la más apropiada para nuestra economía⁶⁸.

65 Unidad de Valor Tributario (UVT)

66 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias C-961 de 2006 y C-155 de 2007.

67 Juan Pablo Godoy Abogado egresado de la Universidad Javeriana, <http://forojaveriano.blogspot.com/2013/03/esta-es-la-reforma-tributaria-mas.html>

68 Así lo dijo director de la DIAN, el señor Juan Ricardo Ortega en Dataifx. (s.f.). Disponible en <http://www.dataifx.com/noticias/reforma-tributaria-derog-contratos-de-estabilidad-jur-dica>



Ahora bien, a pesar de que en el país se han incluidos estos mecanismos con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los inversionistas y así atraer IED que contribuya al desarrollo económico del país, la implementación y el mantenimiento de dichas medidas no ha sido del todo pacífica, y existen tanto argumentos señalando efectos positivos como negativos derivados los mismos.

2.2 Importancia de los mecanismos de estabilización jurídica en el contexto colombiano. ¿Qué ganamos y qué arriesgamos en el intento de atraer IED?

Los argumentos señalados a nivel internacional en cuanto a los efectos positivos y efectos negativos respecto a los mecanismos de estabilidad jurídica, presentados en la primera parte de este escrito, han sido igualmente señalados por críticos colombianos. Aun así, es necesario recalcar que tanto las ventajas como las desventajas respecto a estos instrumentos no pueden leerse fuera del contexto colombiano, pues solo a partir de las circunstancias y necesidades particulares de un Estado como el nuestro, es posible realizar un análisis de los pro y los contra que implican estos mecanismos de estabilización. Así mismo, también es necesario señalar que dicho análisis no puede hacerse solo desde el punto de vista del Estado sino que se debe tener también en cuenta el punto de vista de los inversionistas, puesto que, en la inversión extranjera y en la atracción de la misma, intervienen ambos sujetos, y analizar dicha situación solo desde el punto de vista de uno de ellos generaría un desbalance que se aleja de la realidad y la práctica.

Cuando se expidió la Ley 963 de 2005, Colombia presentaba, de acuerdo con los *Governance indicators* del Banco Mundial, unos índices negativos de inversión en cuanto a estabilidad política, efectividad del gobierno, calidad de regulación, Estado de derecho y control de la corrupción⁶⁹, ocupando así el lugar 103 entre 123 en materia de clima favorable para la inversión de acuerdo con estudios del *Fraser Institute*⁷⁰. De esta manera, era claro que sí el Gobierno quería atraer más inversión era necesario que cediera en algo, y que por lo menos estableciera relaciones en términos de gana- gana, es decir, de una manera que le permitiera al país beneficiarse de nuevas inversiones y, a los inversionistas igualmente realizar inversiones en un ambiente más estable. Por ello, la inclusión de la mencionada Ley fue el resultado de un ejercicio de conciliación entre el Gobierno, el Congreso y los sectores de inversión basándose en algunos modelos de legislaciones extranjeras con estabilidad, pues “en campos como la minería, el petróleo y la generación de energía, donde las inversiones son cuantiosas, de altísimo riesgo, y de largo y muy tardío

69 Dato consultado en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>, septiembre 22 de 2015.

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, *Op. cit.*



rendimiento, los contratos de estabilidad eran el instrumento del que se habían valido los países de la región para atraer nuevos inversionistas”⁷¹.

Así las cosas, a partir de la expedición de dicha Ley grandes empresas accedieron a este régimen de estabilidad, entre ellas Alpina S.A., Bavaria S.A., Argos S.A., EPM E.S.P., Avianca/Sam, Almacenes Éxito S.A., Sofasa S.A., ISA S.A. E.S.P, Proficol Andina B.V, Hotelería internacional S.A., Noel, Zenú, Nacional de Chocolates, Leasing Bancolombia, Meals de Colombia S.A, Cine Colombia S.A., entre otras. Y a través de los mismos, fue posible la realización de grandes proyectos que contribuyeron al desarrollo del país, como por ejemplo; la construcción de las líneas de transmisión de energía que unen la región del Magdalena medio con Bogotá, que unió al centro del país con la costa Atlántica, realizado por ISA y que implicó una inversión de \$701.080’641.875 pesos, y así mismo; el “proyecto hidroeléctrico PORCE III” realizado por EPM, que implicó una inversión de \$1.813.762’280.000 pesos, y que gracias a la duración y beneficios de dicho contrato le permitió posteriormente asumir a EPM la cesión del contrato de Hidroituango, el que se ha considerado el proyecto hidroeléctrico más grande del país.

A pesar de ello, dicha Ley generó muchas inconformidades, señalándose que la misma implicaba una violación al derecho a la igualdad, a la potestad legislativa del Estado y la disminución en los ingresos tributarios del país, lo cual llevo a que posteriormente se derogara, dejando vigente solo los contratos en curso hasta su terminación. Sin embargo, aunque dichas criticas pueden ser validas, es necesario tener en cuenta algunos elementos que muchas veces parece olvidarse a la hora de hacerse señalizaciones contra el mencionado mecanismo de estabilidad.

Los CEJ no imponían al legislador el deber de no sacar nueva normativa o modificar la existente, pues en ellos no se les garantizaba a los inversionistas “la inmodificabilidad de la ley, sino que se les aseguraba la permanencia, dentro de los términos del acuerdo celebrado con el Estado, de las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél”⁷², es decir, la posibilidad de extender la aplicación de las normas vigentes y señaladas como determinantes de la inversión - excluyéndose la posibilidad de estabilizar taxativamente ciertas normas- por el término de duración del contrato, y una vez vencido el mismo, tendrían que cumplir con la nueva normatividad sin excepción alguna ni compensación a cambio de su cumplimiento.

Así las cosas, no era que se les concediera una estabilidad sobre todas las normas del ordenamiento jurídico y mucho menos que se les concediera la estabilidad de normas

71 Juan Caro Nieto, “Los contratos de estabilidad jurídica en Temas Mineros y Petroleros”. Colegio de Abogados de Minas y Petróleos, Bogotá, 1995, p. 173.

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, *Op. cit.*



ilegales o contrarias al mismo, puesto que la inversión se realizaba de acuerdo a toda la normatividad legal vigente para realizar cualquier inversión cobijada o no por dichos contratos, y lo que permitían los mismo era simplemente aplicar esas normas por un período adicional, y aunque si bien es cierto que ello implicaba una desigualdad frente quienes no estuvieran cobijados por estos contratos, ya que los beneficiarios de los mismo no tenían que incluir dentro de su estructura de costos todo lo que significa la previsión ante la mutación *ex post*, teniendo información completa y generando una importante ventaja competitiva en el mercado,⁷³ no puede perderse de vista que para acceder a la celebración de los CEJ, no solo era necesario realizar una nueva inversión y que la misma fuera por un monto previamente establecido, sino también pagar una prima a favor del Estado por sumas nada despreciables y generar un cierto número de empleos. Ejemplo de ello es que, en el CEJ celebrado con ISA el valor de la prima fue de \$7.010'806.420 y se consagró la obligación de generar cierto número de empleos y ciertas obras de beneficio comunitario e impactos ambientales⁷⁴ y, en el caso de EPM dicha prima alcanzó la suma \$9.893'746.400 pesos, e igualmente, se obligó crear cierto número de empleos, generar exportaciones y programas en beneficios de las comunidades aledañas. Primas y obligaciones que quienes no cuentan con dichos contratos no tienen que costear.

En esta misma línea, también es necesario subrayar que la prima se pagaba como contraprestación directa por la estabilidad, lo cual recae en todo caso sobre un aleas, pues aunque si bien el país tiene una alta volatilidad normativa, bien puede suceder que dicho cambio legislativo no ocurra, lo cual no exime al inversionista del pago de la prima, y aún en caso de que suceda, esas normas no van a durar estáticas por siempre sino solo por el término del contrato, pues con ello más que todo se trata de proporcionarle al afectado, que ha realizado una inversión de gran envergadura y que ha pagado una considerable prima, un plazo razonable para adaptarse a la nueva situación.

Por último, respecto a la disminución en los ingresos tributarios que pueden implicar estos contratos para el Estado, es necesario recalcar que estos no implican que las personas beneficiarias de los mismos no van a pagar impuestos, sino que lo van a hacer bajo las condiciones vigentes al momento de celebrar el contrato, y aunque si bien es cierto que el Estado puede dejar de percibir unos mayores impuestos a causa de la estabilidad sobre ciertas normas tributarias, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que este previamente recibió una contraprestación por esa estabilidad -la prima-, y en segundo lugar, que dejaría de percibir aun más impuesto si la inversión nunca se hubiese realizado.

Ahora bien, también es necesario recalcar que la implementación de los CEJ no fue del todo adecuada. En primer lugar, porque aunque si bien en los mismos se establecieron

73 E. Quiroga y M, Villegas, *Op. cit.*, p. 154.

74 Informe empresaria ISA S.A. E.S.P., [en línea] disponible en: <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/nuestra-compania/informes-empresariales/2008-01-01%20info-rse-isa-2007.pdf>, pp. 42 y ss.



unas limitaciones y condiciones para salvaguardar el interés general, como por ejemplo que debían estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política, que no se podría conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, entre otras, y de hecho en la mayoría de contratos la estabilidad se da sobre normas tributarias, aduaneras⁷⁵ y, en algunos casos, sobre normas comerciales relacionadas con reestructuraciones empresariales, fusiones y arrendamientos. Existen cinco⁷⁶ contratos en los que se estabilizaron normas laborales, lo cual no solo va en contra de lo plasmado en Ley 936 del 2005 sino también de lo indicado en la sentencia C-320 de 2006, que señaló que los CEJ no pueden conducir a la afectación de derechos laborales⁷⁷, lo que deja entrever la mala gestión de estos instrumentos, y la poca coherencia legal que existe en el país.

En segundo lugar, bajo la Ley 936 de 2005 en Colombia se alcanzaron a suscribir un total de 71 CEJ⁷⁸, y aunque si bien se presentaron casos valiosos como el de EPM e ISA, donde realmente se realizaron inversiones que sirvieron al crecimiento y desarrollo del país. También es cierto que resulta cuestionable que este mecanismo realmente haya servido para aumentar la IED, pues la mayoría de estos contratos se celebraron con empresas nacionales, y en algunos casos para actividades y proyectos que poco aportaban al desarrollo del país, y a las empresas extranjeras que se les concedió, la mayoría de ellas ya estaban radicadas en el país, alejándose así del propósito inicial de la mencionad Ley.

Igualmente, frente a los BITs también hay algunos elementos que es necesario señalar. “Los argumentos esgrimidos por parte del gobierno para acudir a este tipo de tratados se resumen en los siguientes: i) este tipo de tratados le permiten al inversionista extranjero eliminar cualquier duda sobre la situación jurídica y política de Colombia, lo que permite mayores flujos de inversión extranjera al país, a través de la cual se pueden financiar grandes proyectos de infraestructura; ii) permite la expansión industrial, lo cual genera niveles adecuados de desarrollo económico; iii) facilita el ingreso al país de nueva maquinaria, de tecnología, personal capacitado y de conocimiento especializado; iv) genera empleo por la

75 Más del 90% de las normas estabilizadas corresponde a normas de carácter tributario y algo más del 8% corresponden a normas relativas al régimen aduanero. Dato consultado en: Juan G. Ruíz y Sebastián Villaveces, “Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas”. Impuestos. Comunidad contable, Septiembre – Octubre de (2009).

76 Contratos celebrados entre el Estado y y Comertex S.A., Teledatos Zona Franca S.A., Hotelería Internacional S.A. Novamar Development S.A., e Inversiones Inmobiliarias S.A.

77 “Las normas laborales que, con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, conlleven un avance en la materia a favor de los trabajadores, deberán aplicarse”. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-320 de 2006, *Op. cit.*

78 Dato consultado en la página de Ministerio de Industria y Turismo, octubre 5 de 2015. [en línea] disponible en: <http://www.mincit.gov.co/minindustria/publicaciones.php?id=17145>



necesidad de mano de obra tanto calificada como no calificada; v) permite que el Estado pueda recibir mayores ingresos por concepto de impuestos; vi) facilita el incremento del ahorro nacional; vii) permite abrir nuevos mercados para Colombia a través de la inversión que realizan colombianos en el exterior, ayudando a que el mercado nacional amplíe sus horizontes de transacción; y viii) cumplen con los mandatos constitucionales señalados en el preámbulo y en los artículos 2o, 13, 100, 226 y 227⁷⁹.

Como consecuencia de ello, durante las dos últimas décadas, Colombia ha estado suscribiendo este tipo de acuerdos, contando actualmente con 14 BITs suscritos con diferentes países como Chile, Cuba, Francia, Guatemala, India, Japón, Perú, Singapur, España, Suiza, Turquía, Reino Unido, la Unión Económica Belgo- Luxemburguesa (UEBL), y el más reciente con China⁸⁰. Y adicional a ellos, cuenta con varios acuerdos comerciales con capítulos de protección a la inversión, como por ejemplo, Capítulo 8 del TLC con Canadá, el Capítulo 10 del TLC con Estados Unidos, el protocolo adicional del la Alianza del Pacífico⁸¹ y el capítulo 10 del TLC con Israel. Dentro de los cuales, se han incluido cláusulas de expropiación indirecta.

No obstante, respecto a la aplicación de los BIT como mecanismos adecuados e idóneos para la atracción de inversión extranjera al país, se ha señalado que las obligaciones contenidas en ellos no siempre son claras y que el cumplimiento de los mismos “pueden limitar el cumplimiento de los deberes constitucionales, colocando al Estado en una posición en la cual tendrá que escoger entre cumplir con los mandatos constitucionales de promoción de un Estado social de derecho o pagar millonarias sumas a los inversionistas extranjeros, que en últimas, son dineros que provienen de los contribuyentes, es decir, los colombianos”⁸², limitando así su potestad legislativa, especialmente cuando se trata de expropiaciones indirectas.

Conviene subrayar al respecto que como se expuso previamente, tanto en los BITs como en los TLC con capítulos de inversión firmados por Colombia se incluyó expresamente dentro de las disposición de expropiación, que el Gobierno mantiene su facultad de expropiación cuando esta se haga por las razones establecidas en la Constitución (utilidad pública o interés social), sea una medida no discriminatoria, sujeta al procedimiento legal, de buena

79 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-309 de 2007 (M.P: Gerardo Monroy Cabra), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 3 de mayo de 2007, y Sentencia CC-379 de 1996 (M.P: Carlos Gaviria Díaz), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 22 de agosto de 1996, en: E. Prieto, *Op. cit.*, p.118.

80 Actualmente solo están vigentes cinco de dicho acuerdos, estos son, los BITs suscritos con China, India, Turquía, España y Chile. Dato consultado la página de UNICTAD “Investment Policy”. 24 de febrero de 2015. [en línea] disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialnnerMenu>

81 Incluye los Estados de Chile, México y Perú.

82 E. Prieto, *Op. cit.* p. 136.



fe y que otorgue una indemnización pronta, adecuada y efectiva al afectado⁸³. E igualmente, en la mayoría de ellos se dispone no solo que las medidas no discriminatorias, diseñadas y aplicadas por propósitos públicos no constituyen expropiación indirecta –salvo cuando las mismas sean demasiado severas con respecto a sus fines y no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe⁸⁴–, sino también como se calcularía la indemnización en caso de ser procedente, y la necesidad de acudir previamente a la jurisdicción nacional para revisar cada caso.

Acorde con lo anterior, no sería correcto afirmar que Colombia ha perdido su potestad constitucional para expropiar. Sin embargo, sí ha adquirido una obligación internacional bajo la cual limita la legalidad de las expropiaciones a ciertas condiciones, que de no cumplirse el Estado colombiano incurriría en una violación internacional y podría ser condenado por un tribunal arbitral⁸⁵. Con la desventaja de que en estos casos el Estado no obtiene una contraprestación o una prima a cambio de esa posible estabilidad que se garantiza a través de las cláusulas de expropiación directa, y el único beneficio que recibe a cambio, además de atraer IED, es que se pueda proteger, en igualdad de condiciones, la inversión de nuestro país en el otro Estado signatario.

Frente a lo anterior, es necesario señalar que cuando se analiza la protección a la inversión extranjera desde el lado del inversor hay varios aspectos que a lo mejor pueden cambiar la perspectiva sobre estos mecanismos. Para ello, el caso de Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (CTEEP en adelante), filial de ISA S.A. E.S.P., puede ilustrar mejor de donde deriva la necesidad de los Estados de proteger a sus inversores cuando realizan inversiones fuera del territorio nacional.

CTEEP fue adquirida por ISA S.A. E.S.P., en julio del 2006 mediante la adquisición del 50,1% de sus acciones ordinarias, y posteriormente, en 2007 CTEEP resultó adjudicataria para la construcción, operación y mantenimiento a 30 años de dos líneas de transmisión de 500 mil voltios en Sao Pablo Brasil, un gran logro para la compañía dada la magnitud de dicha ciudad. A pesar de ello, en el 2012 resultó gravemente afectada por la decisión del Gobierno brasileño, plasmada en el Decreto No. 7.805, de bajar las tarifas de energía eléctrica, para darle mayor competitividad a sus consumidores, en especial al sector industrial, estipulando reducciones en los costos de la energía de 16% y 28% para los hogares y para la industria respectivamente.

Lo anterior, cuestionó entonces la viabilidad de la compañía bajo la nueva normatividad, pues el 43,8% de los ingresos de la holding colombiana pertenecía a sus negocios de transmisión en el vecino país, facturaba US \$1.029 millones en promedio al año, y con las

83 S. Wills, *Op. cit.* p. 34.

84 No se estableció esta disposición en los BITs celebrados con Perú, Japón, Chile, España y Suiza.

85 S. Wills-, *Op. cit.* p. 34.



reformas sus ventas bajaron US \$241,3 millones, es decir, una cuarta parte de lo que venía registrando anualmente la compañía⁸⁶. Dadas las circunstancias, el Gobierno brasileño consagró la posibilidad de la suscripción de un nuevo contrato, con términos diferentes que implicarían solo la operación y mantenimiento de la red, y para compensar las pérdidas en los ingresos ofreció un esquema de indemnizaciones. A pesar de ello la compañía estimaba una indemnización calculada en 5.186 millones de reales, que equivalen a unos 4,7 billones de pesos, pero terminó recibiendo un estimado de R\$3.605 millones de reales (3,2 billones de pesos), es decir solo un 68% de lo esperado⁸⁷.

Este ejemplo demuestra de donde deriva entonces la importancia de proteger la inversión propia en un país extranjero, puesto que al afectar una industria que tenga un papel determinante en la economía de un Estado, se puede afectar igualmente la economía general de este último, especialmente cuando se trata de empresas estatales. Y aunque si bien en este caso ISA tuvo una disminución importante en sus ingresos y en sus prospectos de crecimiento, no se vio tan golpeada gracias a que por lo menos se le proporcionó una indemnización, pero de no ser así las consecuencias hubieran sido graves no solo para ISA sino para la economía general del país, lo que demuestra la desprotección a la cual pueden estar sometidas las empresas en el extranjero, y la legítima preocupación de los diferentes Estados de proteger a sus inversionistas en mercados externos.

Así como ISA, hay otras grandes empresas que representan gran parte de la economía colombiana y que están en proceso de expansión hacia el exterior. Actualmente, unas 80 empresas colombianas tienen presencia directa en el exterior y al cierre de 2014 registraron ventas por unos US\$10.000 millones y generaron cerca de 2,5% del PIB del país⁸⁸. Dentro de estas podemos encontrar grandes empresas como; PINTUCO⁸⁹ que lidera el negocio de pinturas en la región y opera en 11 países, contando con siete plantas en distintos Estados y cuya operación en el exterior, excluyendo Venezuela, representa la mitad de los ingresos totales de esta multilatina; ANDERCOL⁹⁰ con presencia comercial en 15 países de América, incluyendo Estados Unidos y 7 plantas productivas en Brasil, México, Venezuela,

86 Esteban Guerra Camargo, "ISA seguirá transportando el 30% de la energía de Brasil", *La República* (24 de diciembre de 2012), [en línea], disponible en: http://www.larepublica.co/empresas/isa-seguirá-transportando-el-30-de-la-energ%C3%ADa-de-brasil_26988

87 Ferney Arias Jiménez, "ISA no está conforme con la indemnización en Brasil", *El Colombiano*, (10 de enero de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.elcolombiano.com/isa-no-esta-conforme-con-la-indemnizacion-en-brasil-XN1069415>

88 Revista Dinero "Las 27 multilatinas", *Dinero*, (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/las-27-multilatinas/211356>

89 Revista Dinero, "Pintando la región Pintuco", (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/pintando-region-pintuco-2015/211478>

90 Revista Dinero, "Un titán en tierra de titanes", (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresacaratula/articulo/andercol-titan-tierra-titanes-2015/211480>



Ecuador y Colombia, y cuyas ventas fuera del país representan cerca del 55% del total de la operación; SURA⁹¹ con presencia en 9 países, y para quien ya el 51,4% de los dividendos que recibe provienen del exterior, y que espera seguir expandiéndose, pues a mediados de este año anunció negociaciones para la compra de las operaciones de la aseguradora británica Royal & Sun Alliance⁹²; Grupo Nutresa, que a través de la Nacional de Chocolates cuenta con fábricas en Perú, México y Costa Rica, y cuyas ventas en el exterior llegan a los US\$172 millones, lo que representa ya 32,1% del total del negocio⁹³; EPM quien adquirió en Chile Aguas de Antofagasta, negocio que bordeó los US\$1.000 millones; entre otras.

En este sentido, el elemento más importante a favor de estos instrumentos es que son acuerdos celebrados entre dos Estados con el ánimo recíproco de promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores de su respectivo país, por ende se trata de acuerdos equilibrados, equitativos y justos para ambos Estados, pues los mismos están dirigidos a promover, regular y proteger en la misma medida la inversión extranjera, brindando para ello condiciones que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza y predictibilidad respecto al marco legal aplicable a la inversión y se reduzcan los riesgos no comerciales asociados a la misma.

Conclusiones

Recopilando un poco lo hasta aquí dicho, en primer lugar es necesario indicar que en Colombia persiste la necesidad de atraer IED, pues aunque si bien hemos avanzado mucho a nivel económico, sigue siendo una verdad palpable y aplicable que “el desarrollo económico de los países emergentes y en desarrollo depende en gran medida de la posibilidad de realizar inversiones rentables y acumular capital, [...] y la necesidad de los países por obtener recursos que potencialicen el crecimiento económico y la capacidad de generación de riqueza, hacen que el estudio de los factores que determinan la IED sirva como una herramienta indispensable para tomar decisiones políticas, financieras y sociales para el corto, mediano y largo plazo”⁹⁴.

Ahora bien, para nadie es un secreto que actualmente la perspectiva económica del país se viene deteriorando y que se han encendido varios signos de alarma que plantean serias

91 Revista Dinero, “Grupo SURA va por más en América Latina y Suramérica” (9 septiembre de 2015), [en línea], disponible en: <http://www.dinero.com/empresas/articulo/grupo-sura-compra-operacion-rsa-america-latina-suramerica/213197>

92 La compañía británica es uno de los 10 jugadores internacionales más grandes de la región, con presencia en Chile, Argentina, Brasil, México, Colombia y Uruguay.

93 Revista Dinero, “El dulce sabor del éxito de chocolates Nutresa” (22 de julio de 2015), [en línea], disponible en <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/chocolates-nutresa-dulce-sabor-del-exito-2015/211488>

94 E, Gil, S, López y D, Espinosa, *Op. cit.*, pp. 56-57.



dudas acerca del futuro de la economía colombiana y de la capacidad del Gobierno Nacional de hacerle frente a este nuevo escenario económico, pues; el impacto fiscal de la caída de los precios del petróleo - que dejará de representar el 3,5% del PIB para ser algo menos del 1% del PIB en los años que vienen⁹⁵; el déficit de nuestra cuenta corriente; la inflación por encima de la meta prevista; el desplome de la inversión extranjera -en junio de 2015 la balanza cambiaria nacional tuvo flujos netos por US\$166 millones mientras que en el mismo mes del año pasado (2014) estos flujos llegaron a US\$2.988 millones, bajando un 47% interanual en el primer semestre del año-; el recorte a la inversión en el presupuesto de \$5 billones- el más bajo de las últimas leyes aprobadas, mientras el rubro de funcionamiento crece y; la salida de grandes empresas, como Kraft, Michelin, Bayer, Monómeros, BAT, Mazda y la más reciente Mondelēz argumentando problemas de costo de oportunidad y obstáculos como la logística, el transporte, demora en procesos aduaneros que restan competitividad, problemas de rezago tecnológico y caída sostenida en el volumen de su producción; lo que no muestra el mejor de los panoramas, y ello sin tener en cuenta factores como la inseguridad, el narcotráfico y la corrupción.

Siendo la IED bajo este panorama una buena opción para compensar la disminución en la inversión estatal, impulsar proyectos de infraestructura que mejoren los problemas logísticos del país, e igualmente para aumentar la cantidad de divisas en el mercado, lo que contribuiría a la revaluación del peso colombiano.

Pero es aquí donde nos encontramos con la paradoja inicial de este artículo, según la cual “los países con mayor necesidad de inversión para el desarrollo sustentable son aquellos que, por fuerza de su poco desarrollo, probablemente no reciban mucha”⁹⁶, pues como se mencionó, este tipo de inversión depende, en gran medida, de varios y complejos factores como son las políticas y circunstancias del país receptor⁹⁷, y debilidades en cuanto a la infraestructura, seguridad nacional e inestabilidad jurídica, influyen de manera determinante en la capacidad de un país para atraer y beneficiarse de la IED, lo cual plantea grandes retos para nuestro país si quiere atraer IED.

En segundo lugar, si bien Colombia desde hace varios años ha hecho uso de algunos mecanismos de estabilización jurídica con el fin de menguar la gran inestabilidad jurídica que ha caracterizado el país y que desincentiva la inversión, especialmente a través de los CEJ y los BITs, la utilización de los mismos no ha sido del todo afortunada.

95 David Barguil, “Urge darle valor agregado a la producción nacional para enfrentar desafíos económicos”, Revista Dinero, (28 de julio de 2015). <http://www.dinero.com/economia/articulo/opinion-sobre-urgencia-reforma-para-produccion-nacional/211641>

96 IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá., p. 1., [en línea], disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf, consulta: 21 de abril de 2015, (T del A).

97 *Ibíd.*, p. 2.



Por su parte, la implementación de los CEJ en Colombia dejó entre ver principalmente dos cosas, la primera de ellas, que la inestabilidad jurídica del país es de tal magnitud que incluso las empresas nacionales tienen la necesidad de acudir a estos mecanismos para sacar proyectos importantes adelante, como en el caso de ISA y EMP- que incluso son empresas del Estado-. Y segundo, que aunque si bien dicho mecanismo aumentó la inversión, que no fue propiamente extranjera, se limitó a aumentar el volumen de la inversión más no la calidad de la misma, es decir, en sectores donde fuera importante fomentar la inversión y que de una u otra forma le sirvieran al país para mejorar su economía, comercio, y el bienestar social. Que es precisamente lo que le da fundamento y proporcionalidad a ésta medida, y a las posibles desventajas que se crean frente a los demás que no gozan de dicho beneficio.

Con base en lo anterior, no considero que los CEJ sean en si mismo malos, de hecho creo que conllevan menos riesgos que los BITs, y pueden proporcionar una protección eficiente a las inversiones respecto a la inestabilidad jurídica, y con ello atraer inversión. Aun así considero que el tratamiento que se les dio en su momento no fue el mejor, ya que si bien uno de sus propósitos era el de aumentar la inversión, no se evidenció en todos ellos los beneficios que pudo representar para el Estado renunciar a la aplicación de su normatividad por un determinado periodo a cambio de una prima, lo cual precisamente permite este mecanismo, pues estos le permiten al Estado al conceder dichos contratos determinar si ese contrato en particular crea no solo beneficios para el inversionista sino también para el desarrollo del país, lo cual no permiten los BITs, en la medida en que estos son generales y cubren cualquier tipo de inversión.

Por el lado de los BITs, aunque si bien se logró demostrar de donde deriva su importancia, en la medida en que garantizan una protección general a inversionistas bajo condiciones internacionales recíprocas, gracias a disposiciones como las de la expropiación indirecta, esta última también puede ser un arma de doble filo. En primer lugar, porque la estabilidad proporcionada por estas cláusulas no se reduce a las normas e interpretaciones señaladas como determinantes para la inversión, sino a cualquier norma o regulación que afecte gravemente al inversor y, en segundo lugar, porque estos no cobijan solo al inversionista que tiene un contrato directo con el Estado, sino a cualquier inversionista que provenga de otro Estado con el cual Colombia ha firmado este tipo de acuerdo.

Y aunque esto a grandes rasgos beneficia al Estado al no tener que firmar un contrato particular con cada inversionista que ingrese al país, ahorrando recurso y en igual medida permitiéndole proteger a los inversionistas nacionales en los otros Estados parte de los acuerdos. El Gobierno debería limitar la suscripción de este tipo de acuerdos a aquellos casos en los que efectivamente exista la necesidad de una protección recíproca, pues en caso de estos celebrarse con Estados en los cuales Colombia no realiza inversión, aunque si bien puede ser un incentivo para que empresas colombianas realicen también



inversiones por fuera del país, resulta más difícil de percibir cual sería el beneficio de Colombia, y que dado a que en los BITs no se establece a cual es el tipo de inversión que se le concede esa estabilidad –a través de la expropiación indirecta–, ni el tiempo por el cual se concede, podría resultar contra producente para el país, dado que la relación costo - beneficios estaría en desbalance.

Sin embargo, como ya se reiteró en este artículo estos mecanismos no pueden ser ver vistos desde un punto de vista alejado del contexto colombiano, en la medida en que estos obedecen a la necesidad de hacer más atractivo el país para la IED, un país que precisamente por sus condiciones políticas y económicas no lo es, pues de tener el país un clima adecuado y favorable para la IED no solo no sería necesario acudir a estos mecanismos que hicieran al país un destino más atractivo para la inversión, sino que a lo mejor tampoco tendríamos grandes necesidades de atraer inversión extranjera ya que la misma vendría por sí sola.

Lo cual nos lleva a la tercera conclusión y es que, el hecho de que persista la necesidad de implementar estos mecanismos es también una forma de llamar la atención al Estado colombiano para que los cambios legislativos sean cambios jurídicos más consistentes, coherentes y perdurables, puesto que dichos cambios no solo hacen menos atractivo al país para la inversión extranjera sino que generan también fuertes golpes económicos a la población en general, y aunque si bien es legítimo que se realicen los cambios normativos necesarios para que el ordenamiento jurídico se adapte a las nueva situaciones cambiantes del país, también es necesario tener en cuenta que necesitamos un Estado sólido, que tenga un comportamiento consecuente y no contradictorio, no permeable por los intereses políticos o económicos de los funcionarios de turno, y que a la hora de legislar tenga más presente el interés general de la población e igualmente realice un estudio o un análisis minucioso sobre los cambios a implementar. Solo así, a lo mejor la actividad legislativa reduciría su cantidad de leyes y optaría por normas más concretas, de calidad y firmes, que le permitan al ciudadano evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, incluso en cuestiones como la inversión extranjera que es lo que ocupa este trabajo, pues lo primero que hay que hacer para atraer a los empresarios es tener buen gobierno.

Por último, lo hasta aquí señalado permite llegar a una conclusión que va incluso que más allá del ámbito nacional, y es que hoy la globalización es un hecho y las consecuencias de la misma son más visibles que en cualquier otro momento. El caso de CTEEP, es el ejemplo donde mejor se ve como ha avanzado la globalización económica y el grado de conexión e interdependencia a nivel mundial, en la medida en que ya no solo las crisis económicas de grandes potencias como Estados Unidos, China, entre otros, pueden afectar la economía mundial, sino que también los cambios en la normatividad interna de un país que afecten inversionistas importantes de otro Estado, pueden tener serias consecuencias en las economías del Estado exportador de la inversión, lo que demuestra la importancia y relevancia del papel que pueden tener las normas internacionales y los



acuerdos multilaterales de inversión en la actualidad, pues hoy en día las medidas propias y legítimas de un solo país no afectan solo a su población sino que pueden llegar a afectar también la población de otras economías, e incluso a la población mundial, todo ello como consecuencia del mundo globalizado en donde vivimos y en donde el mundo es hoy visto como un solo mercado global.

Bibliografía

- Calderón, Juan J. “Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación”, en: *Estud. Socio-juríd*, vol.7, núm.2, Bogotá, Colombia, julio –diciembre 2005, pp. 92-123.
- Cameron, Peter D, “Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006.
- Castaño, Juliana y Galeano, Paola. Los Contratos de Estabilidad ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista y del Estado Colombiano?”, en: *EAFIT Journal of International Law*, Colombia, vol. 2, núm. 01, Enero junio 2011, pp. 68- 106.
- CIADI, Laudo arbitral de “Metalclad Corp v. México” (CIADI Caso No, ARB(AF)/97/I), Sitio web CIADI [en línea], 2000, en: <http://www.italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-199 de 2012 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 14 de marzo de 2012.
- Colombia, Congreso de la Republica, *Ley 963 de 2005 Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas*, Diario Oficial No. 45.963, Bogotá, 8 de julio de 2005.
- IISD (2012) “*Investment Treaties & why the matter to sustainable development: Questions & answers*”. Canadá.
- ISA, Informe empresaria ISA S.A. E.S.P., [en línea] disponible en: <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/nuestra-compania/informes-empresariales/2008-01-01%20info-rse-isa-2007.pdf> , p. 42 y ss.
- Galán, Diego B. “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un Estimulo a la Inversión Extranjera en Colombia”, en: *Revista Estudios Gerenciales* vol.22, núm. 101, 2006.



- Garavito Arón; Iregui, Ana María y Ramírez, María Teresa, “Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo”, en: Borradores de Economía Banco de la República, Colombia, núm. 713, 2012, p. 1-64.
- Gil, Edgar; López, Silvio y Espinosa, Dorian, “Factores determinantes de la inversión extranjera Directa en América del Sur” en: *Perfil de coyuntura Económica*, núm.22, diciembre 2013, pp. 55-85.
- Quiroga, Édgar N y Villegas, María Alejandra, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, *Revista Vniversitas*, núm. 115, 2008.
- Parisca, Jorge M., “El arbitraje CIADI y la protección a la inversión extranjera”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 4, núm. 15, invierno 2007.
- Prieto, Enrique A, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, en: *Revista Estud. Socio-jurídicos*, Bogotá, Colombia, vol. 13, núm. 1, enero- junio de 2011, pp.109-143.
- Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en Philippe de Lombaerde, ed., *Régimen Jurídico y Análisis Económico*, Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Ruíz, Juan G. y Villaveces, Sebastián, “Contratos de estabilidad jurídica: algunas consideraciones prácticas”. *Impuestos. Comunidad contable*, septiembre - octubre de (2009).
- Shemberg, Andrea, “Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights”, *Sitio web IFC*, [en línea], 2008.
- Sornarajah, M. *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- UNCTAD, “Investment Policy”. *Sitio Web UNCITAD2*, [en línea], 2015, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/45#iialnnerMenu>, consulta: 24 de febrero de 2015.
- Wills, Santiago, “Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un nuevo reto para Colombia”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá (Colombia), núm. 19, Julio diciembre 2011, pp. 17-38.
- Zapata, Adriana, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, en: *Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II*, Bogotá, 2000.



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>

Crterios 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/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

PUBLISHED BY THE LAW SCHOOL OF UNIVERSIDAD EAFIT
Medellín - Colombia

December 2015

EAFIT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
July - December 2015