

January - June 2011
Colombia
ISSN 2216-0965

01
Vol. 2



EAFIT
Journal of International Law





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
01 | Volume 2 | January - June 2011
ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo

Editor in chief

Paola Carrillo Gamboa

Managing editor

José Alberto Toro

Advisory editor

Maria Alejandra Calle

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Karin Martínez Camacho

WEB DESIGN

Luis Alejandro Cárdenas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

CONTACT US

EAFIT Journal of International Law

EAFIT University

Cra 49 7 Sur 50 Medellín – Colombia

Building 27 - 4th Floor

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

Fax: (57) 4 - 261.92 68

Email: ejil@eafit.edu.co

Contents

- 5** **Editorial**
Paola Carrillo Gamboa
- 8** **La Guerra, Una Visión Comparada desde Schmitt y Kelsen**
Manuel Gómez Restrepo
- 21** **Humanitarian Wars: A Realist Approach to a Liberal Cause**
Julián Flórez Isaza
- 32** **El futuro de las mujeres en Afganistán ¿cómo proteger sus derechos ante el final de la intervención aliada?**
María Juliana Rey Barrera, Santiago Silva Jaramillo
- 51** **Solving Problems Without Passports: Peace Through Commerce**
Ana Estrada Sierra
- 68** **Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?**
Juliana Castaño, Paola Galeano
- 107** **El Caso de los Gitanos en Francia: entre la Ilegalidad, el Interés Nacional, el Derecho Internacional y la Presión Comunitaria**
Claudia Mejía Betancur

Editorial

“La guerra y los preparativos para la guerra han adquirido una especie de legitimidad.”

Alva Myrdal

Paola Carrillo Gamboa

Profesora del Área de
derecho Internacional
Universidad EAFIT

Satisfechos del trabajo realizado en el primer año de publicación, El EAFIT Journal of International Law -Ejil-, presenta su tercera edición, donde se coloca en evidencia, el papel protagónico del derecho internacional en la actualidad como resultado de su evolución a través de la historia. Dicha evolución, entendida desde épocas remotas, remitiéndonos incluso a la biblia, pasando luego por Roma con el derecho de gentes, hasta contextos actuales, donde se deja de lado la concepción clásica del derecho internacional como regulador exclusivo de relaciones entre Estados, para convertirse además en regulador de nuevos sujetos de la escena internacional, a saber, las organizaciones internacionales.

Dentro de este marco, encontramos en la tercera edición de la revista un abanico de artículos, que engloban diversos temas del derecho internacional en su sentido amplio, y que podemos encontrar en grupos, como se muestra a continuación.

Los dos primeros artículos en relación con la guerra, como expresión de soberanía del estado y su evolución hasta la aparición del principio de “prohibición al recurso de la fuerza”, plasmado en la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Así, se da inicio entonces con el artículo del estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, Manuel Gómez, titulado “La Guerra, una visión comparada desde Schmitt y Kelsen” y la contribución del estudiante de Economía Julián Flórez con el nombre de “Humanitarian Wars: A Realist Approach to a Liberal Cause”.

Encontramos también, dos artículos enmarcados en los acontecimientos que dieron inicio al siglo XXI, los atentados del 11 de septiembre. Evento que permite a Los Estados Unidos recurrir al uso de la legítima defensa, excepción al principio de prohibición al recurso a la fuerza armada, generando un cuestionamiento acerca del sistema internacional existente a la época y a su vez poniendo en evidencia un nuevo desafío de la sociedad internacional: La globalización. Dentro de este contexto, se encuentra el primer artículo denominado, “El futuro de las mujeres en Afganistán ¿cómo proteger sus derechos ante el final de la intervención aliada?” por los estudiantes de Ciencias Políticas: María Juliana Rey Barrera y Santiago Silva Jaramillo; y el artículo, “Solving Problems Without Passports: Peace Through Commerce” por Ana Estrada, estudiante de Derecho y monitora de investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

Para finalizar, dentro del último grupo, presentamos las dos últimas contribuciones, en donde se pone de manifiesto tanto la entrada a la órbita del derecho internacional público de las personas privadas; como el de las personas privadas al derecho internacional de los derechos humanos (Ch. LEBEN, 2005). Bajo esta óptica, las abogadas, Juliana Castaño y Paola Galeano con el artículo denominado “Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?” examinan el camino al que recurrieron las empresas internacionales para acceder al ámbito del derecho internacional (derecho de las inversiones). Dicho análisis se

centra en la posibilidad de salvaguardar la Soberanía del Estado Colombiano, sin dejar de lado, el fomento a la inversión extranjera mediante los contratos de estabilización.

Finalmente podemos encontrar, el artículo titulado “El caso de los gitanos en Francia: entre la ilegalidad, el interés nacional, el derecho internacional y la presión comunitaria” bajo la autoría de Claudia Mejía Betancur. La estudiante de Ciencias políticas analiza la situación de los gitanos en Francia bajo el enfoque de los derechos humanos, el derecho migratorio y el derecho primario y derivado de la Unión europea.

Esperamos, de esta manera, aportar al análisis, discusión y reflexión académica del derecho internacional.

Una buena lectura



La Guerra,

una visión comparada desde Schmitt y Kelsen

✉ By: Manuel Gómez Restrepo¹

Resumen:

Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos de los pensadores más importantes del siglo XX, entendieron la guerra como un flagelo, pero cada uno la interpretó desde su campo de estudio específico. Esta manera particular de entenderla, llevó a que cada uno pensara un modo diferente de limitarla. Este documento se dividirá en dos partes principales: la primera analizará cómo entienden la guerra estos dos pensadores; en la segunda parte se compararan las propuestas que tenían los autores sobre cómo limitarla.

Palabras Claves:

Hans Kelsen, Carl Schmitt, guerra, concepto de guerra, limitación de la guerra, paz.

Abstract:

Hans Kelsen and Carl Schmitt, two of the most important thinkers of the twentieth century, understood war as a scourge, but each one interpreted it from their particular field of study. This specific mode of understanding war, led them to different ways of thinking how to limit it. This document is divided into two main parts: the first will examine how these two thinkers understood war; in the second part it will compare the proposals of both authors on how to limit it.

¹ Manuel Gómez Restrepo. Estudiante de Ciencias Políticas Universidad de Antioquia. Estudiante de Derecho Universidad EAFIT. Auxiliar de investigación en la Universidad EAFIT del proyecto "Hans Kelsen y sus contradictores. Fase I: Carl Schmitt", investigadores principales: Mario Montoya Brand y Nataly Montoya Restrepo. Contacto: manuelj@gmail.com.



Keywords:

Hans Kelsen, Carl Schmitt, war, concept of war, limiting war, peace.

Introducción

La reciente invasión a Libia y el permanente conflicto colombiano nos recuerdan la persistencia que ha tenido la guerra en la historia de la humanidad, por lo que reflexionar sobre ella y sobre cómo afrontarla, no solo es algo sumamente pertinente, sino que, se puede llegar a decir, es casi una obligación para cualquier teórico político.

Hans Kelsen y Carl Schmitt fueron dos de los pensadores que en el siglo XX más se preocuparon por el estudio de la guerra y de cómo afrontarla, ambos no solo tuvieron visiones del mundo bastante diferentes, sino que iniciaron sus reflexiones desde disciplinas distintas; llegaron a conclusiones bastante diferentes, por lo que entender sus visiones acerca de la guerra y conocer cuáles eran sus propuestas para limitarla, resulta sumamente pertinente para comprender mejor algunas problemáticas del mundo actual.

Como se menciona en el diccionario político dirigido por Norberto Bobbio, no existe en la doctrina una definición unívoca del concepto de guerra,² por lo que se aclara que aquí la guerra se entenderá como la confrontación militar entre Estados, que es la forma a la que normalmente hacen referencia Hans Kelsen y Carl Schmitt³ en sus respectivos escritos.

Hans Kelsen, el mayor jurista del siglo XX⁴, tuvo una honda preocupación por la guerra y cómo limitarla, tanto que, en términos de Mario Montoya Brand, es una preocupación transversal a toda su obra.⁵ Kelsen, vivió durante las dos guerras mundiales y sufrió sus consecuencias directas. Durante la Primera Guerra actuó como consejero del Ministro de Guerra del Imperio Austro-Húngaro, y en la Segunda “fue objeto de diversas persecuciones por parte de los nazis en razón de su origen judío, traicionado por varios de sus colegas y, finalmente, se exilió con algo de suerte en Estados Unidos”.⁶

2 Umberto Gori. “Guerra”, en: Norberto Bobbio, Nicola Matucci, Gianfranco Pasquino, eds., *Diccionario de Política*, 13ª edición en español, Ciudad de México, Editorial Siglo XXI., 2002, p. 738.

3 Mario Montoya Brand., “La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen”, en Édgar Hernán Fuentes Contreras, coor., *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 84. y Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, (1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 62.

4 Resalto entre muchos a Mario Losano, “Entrevista a Mario Losano”, entrevista de Manuel Atienza, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (núm. 28, 2005) [en línea] disponible en: URL:<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/entrevista-a-mario-g-losano-0>, Consulta: 10 de Mayo de 2011; Mario Montoya Brand, “Presentación y agradecimientos” en: Montoya Brand, Mario, Nataly Montoya Restrepo, eds., *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2011, p. 9 y Luis Villar Borda, “La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 333, 2006, p. 81.

5 M. Montoya, *La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen, op. cit.*, p. 55.

6 *Ibid.*, p. 51.



Carl Schmitt por su parte, es de los pensadores políticos más importantes del siglo XX, sino que es ya considerado un clásico.⁷ Uno de los temas que más preocupó a Schmitt fue la problemática de la guerra, ya que ésta al ser “el medio político más extremo, revela la posibilidad de esta diferenciación entre amigos y enemigos”.⁸ Schmitt, al igual que Kelsen, también estuvo afectado por las guerras mundiales. Durante la Primera Guerra Mundial fue uno de los doce millones de alemanes que se alistó en las fuerzas armadas, donde tuvo un trabajo de oficina en la División Legal del Ejército. En 1933 poco después de la llegada de Hitler al poder se unió al partido Nacionalsocialista,⁹ pero en 1936 fue objeto de una investigación por la Schutzstaffel (SS)¹⁰ que dudaba de su nacionalsocialismo y lo acusaba de mantener vínculos con intelectuales judíos.¹¹ Según Miguel Macho Luiz “...al acabar la guerra, fue detenido en Berlín por los soviéticos, que lo interrogaron y lo soltaron de inmediato ... Por el contrario, los norteamericanos lo recluyeron en un campo de concentración durante dieciocho meses, pero para acabar liberándolo también sin acusación alguna.”¹²

Este documento se divide en dos partes. En la primera se explicará y se comparará la forma en la que Hans Kelsen y Carl Schmitt entienden la guerra, es decir, se hará una delimitación conceptual básica. En la segunda se contrastarán las propuestas de limitación de la guerra de ambos autores.

Es pertinente resaltar que Kelsen y Schmitt abordan la problemática de la guerra desde ópticas distintas, consecuencia ésta del lugar desde el cual cada autor emprende su estudio: el Derecho y la Política respectivamente. Lo anterior, aun cuando para ambos la guerra era una calamidad que debía evitarse a toda costa, podría explicar sus diferencias tanto en su concepción como en sus propuestas de limitación.

El concepto de Guerra en Kelsen y en Schmitt

Para Carlos Gaviria Díaz hay tres rasgos principales en la obra de Hans Kelsen: su pureza metodológica, el afán de objetividad y la superación de los dualismos en el derecho.¹³

7 Jorge Giraldo, Jerónimo Molina, “Prólogo” en: Jorge Giraldo, Jerónimo Molina, eds., *Carl Schmitt: Derecho, política y grandes espacios*, Medellín, Sepremu - Fondo Editorial Universidad Eafit, 2008, p. 7.

8 C. Schmitt, *El concepto de lo político*, óp. cit., p. 62.

9 Claudia, Koonz, *The Nazi Conscience*, Cambridge, Harvard University Press, 2003. p. 56

10 Miguel Macho Luiz, “Carl Schmitt y por qué criminalizar la guerra acaba deshumanizándola”, *El semanal digital* (18 de Junio 2008), [En línea], disponible en: www.elsemanaldigital.com/articulo.asp?idarticulo=84027, consulta: 25 de Mayo 2011.

11 Schmitt mantuvo una célebre y larga amistad con Leo Strauss, una relación que empezó en la década de 1920 y que sólo acabó con la muerte de este último en 1973.

12 M. Macho, óp. cit.

13 Carlos Gaviria Díaz, “Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen”, *Revista Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia)*, Medellín, *Universidad de Antioquia*, Volumen XL, núm. 99, 1981, p. 364



El primer rasgo principal, la pureza de método, es la que lo conduce a criticar esa ambigüedad, tan común en su momento, de mezclar el Derecho con la Sociología y con la Psicología, por lo que busca evitar y eliminar el sincretismo en el Derecho.¹⁴

El segundo rasgo, el afán de objetividad, lo lleva a denunciar la confusión del conocimiento jurídico-político, con los postulados políticos, es decir con las ideologías. Hay que hacer énfasis en que ésta es una de las razones por las que el jurista vienés es más atacado, ya que al postular que la ciencia del derecho no puede estar comprometida con algún ideal o principio político, está refutando una amplia gama de creencias y de ideologías. El mismo Kelsen dice con cierto orgullo, defendiendo la pureza y objetividad de su teoría que “...no hay orientación política alguna de la que la teoría pura del derecho no haya sido sospechada”.¹⁵

Las concepciones científica y filosófica de Kelsen lo llevan a una búsqueda de la unidad en el derecho, con el fin de “estructurar un mundo jurídico coherente que se dé al conocimiento de un todo armónico y unitario”.¹⁶ Esto lo impulsa a acabar con los dualismos que se dan entre Derecho Natural - Derecho Positivo, Derecho Subjetivo - Derecho Objetivo, Derecho Público - Derecho Privado, y principalmente entre Estado - Derecho, ya que considera que éstos sólo obedecen a resabios ideológicos.

Es menester detenerse un momento en este último dualismo, que fue el primero que atacó Kelsen, ya que es de especial importancia para el tema que aquí se discute. La perspectiva neo-kantiana de Hermann Cohen, le permitió a Kelsen refinar el papel del método para apropiarse del objeto,¹⁷ lo que le posibilita concebir una teoría monista del Derecho. Para Kelsen, Estado y Derecho son la misma cosa, el Derecho es la organización de la fuerza, y el Estado es el ordenamiento jurídico.

En *El Problema de la Soberanía y el Derecho Internacional*, Kelsen “con indudable originalidad y una imponente elaboración teórica, propone una perspectiva ‘monista’, en oposición tanto a la teoría de la primacía del derecho estatal, como a la del pluralismo paritario de las fuentes del derecho. Para Kelsen sólo existe un ordenamiento jurídico que incluye, en una única jerarquía normativa, el derecho interno y el derecho internacional”.¹⁸ Con base en esto Kelsen indica que la causa de las guerras es fundamentalmente la soberanía de los Estados, ya que la posibilidad que tienen estos de ser tanto jueces como partes para decidir si determinado acto constituye o no una agresión, les permite interpretar el ordenamiento jurídico internacional sobre sus propios intereses y crear de esa forma la guerra.¹⁹

14 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (2ª edición - 1960), Traducida por Roberto Vernengo. México, Porrúa, 2007, p. 364.

15 *Ibid.*, p. 11.

16 C. Gaviria, *óp. cit.* p. 366.

17 Nataly Montoya Restrepo, “Usos y abusos del concepto ‘Estado’ según Hans Kelsen”, en: Montoya Brand, Mario. Nataly Montoya Restrepo, eds., *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2011, p. 142.

18 Danilo Zolo, “El globalismo judicial de Hans Kelsen”, en: Danilo Zolo, *Los señores de la paz*, Madrid, Dykinson, 2005, [En línea], disponible en: www.juragentium.unifi.it/es/surveys/thil/kelsen.htm, consulta: 25 de Mayo 2011.

19 *Ibid.*



Para el jurista vienés el contenido esencial del derecho es su coercibilidad, esto es, la organización de la fuerza, o la fuerza en sentido general, pero no necesariamente la fuerza extrema en el sentido de la guerra. En otras palabras, un ordenamiento jurídico que no incluya ninguna norma sobre la guerra no deja de ser derecho. Además para el austriaco, la guerra no puede ser el contenido esencial del derecho ya que al ser esta la materialización del monopolio de los recursos bélicos se le negaría el carácter de ordenamiento jurídico al Derecho Internacional, en el cual no existe un Estado Mundial que monopolice los recursos bélicos.

Una de las bases epistémicas centrales de Kelsen es distinguir entre el ser y el deber ser. Para Kelsen, la guerra es un acontecimiento fáctico, un hecho, algo del ser y por lo tanto no puede tener relación fáctica con el derecho, ya que éste es un fenómeno normativo que pertenece al mundo del deber ser.²⁰ Pero, a pesar de esto, la guerra no está por fuera del derecho.

La guerra sería entonces entendida por Kelsen no como una norma jurídica como tal, pero sí “jurídica en el sentido de que es relevante para el derecho, sea como infracción al derecho internacional –guerra de agresión–, o como sanción de ese mismo derecho internacional –como consecuencia”.²¹ Por lo tanto, para el vienés, la posición de muchos autores que ven la guerra como un acto extra-normativo, como un hecho del príncipe que no tiene control y que está por fuera de las sujeciones del derecho es simplemente una “posición ideológica, que intenta sustraer del control propio del derecho internacional y de los Estados de derecho, una determinada actividad, para de este modo liberar la voluntad de algunos gobernantes”.²²

En este sentido, no hay mejor forma para entender el concepto que Kelsen tenía de la guerra, que citar sus propias palabras en el prefacio a su libro *La paz por medio del derecho*:

“Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra”.²³

20 M. Montoya, *La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen*, óp. cit., p. 58.

21 *Ibid.*, p. 62

22 *Ibid.*

23 Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho*, (1944), Traducido por Luis Echávarri y presentado por Massimo La Torre y Cristina García Pascual, segunda edición, Madrid, Trotta, 2008, p. 35.



La cita es contundente. La guerra no sólo es el peor de los males sociales,²⁴ sino que al decir que es simple un asesinato en masa, Kelsen le niega cualquier carácter de honorabilidad, de justicia, de heroísmo, o de valor; posición común en su época, que para justificar la guerra, se la alababa. Basta con recordar a Hegel: “[la guerra] es bella, buena, santa y fecunda: crea la moralidad de los pueblos y es indispensable para el mantenimiento de su salud moral. Es en la guerra donde el Estado se acerca más a su ideal, porque es entonces cuando la vida y los bienes de los ciudadanos están más estrechamente subordinados a la conservación de la entidad común”.²⁵

Ahora bien, una de las principales metas que se traza Carl Schmitt es definir el concepto de lo político²⁶, libre de consideraciones religiosas, económicas y morales. En busca de ello define a lo político como distinguir entre categorías políticas. Para Schmitt, la diferenciación política por excelencia es la distinción entre *amigo* y *enemigo*, y estos conceptos tienen importancia, en cuanto a lo político, cuando quedan marcados por un grado máximo de intensidad, ante una asociación o una diferenciación, basado en una lógica inclusión/exclusión; es decir, un nosotros constituido en un Estado, contra los otros, que se entienden en otro Estado. Hay que anotar que esta situación se vuelve política cuando se enmarca en el escenario público y se expresa en la vida social.

La enemistad está medida por intensidades y no puede entenderse toda a un mismo nivel; por lo tanto se posibilitan diferentes tipos de actitudes y de respuestas. La enemistad llega a su límite máximo, cuando trasciende el punto del desacuerdo total y motiva a la confrontación directa cuerpo a cuerpo.

Entonces para el autor alemán, al ser la guerra “el combate armado entre unidades políticas organizadas”,²⁷ ésta se convierte en el medio político más extremo, por lo tanto “revela la posibilidad de diferenciación entre amigos y enemigos, subyacente a toda concepción política”;²⁸ es por eso que “la guerra es solamente la enemistad hecha real del modo más manifiesto”.²⁹ Esto no significa que la guerra sea el objetivo, o el propósito de la política. Es más, Schmitt mismo dice que lo correcto en política, reside justamente en limitar la guerra.³⁰

24 *Ibid.*, p. 50.

25 Enciclopedia Universal Ilustrada, 1925, tomo. 27, p. 36, s.v “guerra”. Citado en: Rafael Antonio Ballén Molina, *Las razones que motivan la guerra*, en: *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, num 32, Bogotá, Universidad Libre, 2010, p. 104.

26 C. Schmitt, *El concepto de lo político*, óp. cit. p 50.

27 *Ibid.*, p. 62.

28 *Ibid.*, p. 65.

29 *Ibid.*, p. 63.

30 *Ibid.*



Hay que insistir en que la enemistad no es ni belicista ni militarista,³¹ y que en la guerra no agota ni lo político, ni la enemistad; es sólo su manifestación más extrema, ya que la guerra vendría a ser “la negación esencial del otro ser”.³² De allí que “la lucha política es una relación dialéctica mucho más amplia que esa lucha específica que es la guerra”.³³

Algo interesante del concepto de Guerra de Schmitt –y que lo une conceptualmente con Hobbes– es que el pensador alemán no la considera como un simple evento histórico, sino que la entiende como una posibilidad. La guerra “no tiene por qué concebirse como lucha sangrienta y militar, sino como posibilidad real”.³⁴ Es esto, sumado a que centra en el temor a la muerte y en la guerra el principio de justificación de la política, lo que lo une a Hobbes.

Para Schmitt el Estado es la unidad política esencial, y por lo tanto una característica inherente a él es el poder de decisión acerca de quién es el amigo y quién es el enemigo. Esta decisión entre amigo y enemigo presupone que el Estado sea soberano, y “es soberano quien decide el estado de excepción.”³⁵ Si el Estado no puede o no quiere tomar la decisión, entre quién es el amigo o el enemigo, ya sea porque otro Estado se lo impide o se lo sugiere, está abdicando a su soberanía, pero “eso no significa que abandone el mundo de la política, apenas deja de existir políticamente”.³⁶

Por lo tanto, para Schmitt, el Estado tiene “una atribución enorme: la de la posibilidad de librar una guerra y, con ello, la de disponer sobre la vida de los seres humanos”³⁷, labor excepcional si se tiene en cuenta que su tarea normal “consiste en lograr, por sobre todo, una pacificación completa *dentro* del Estado y su territorio; construir la tranquilidad, la seguridad y el orden para crear con ello la situación normal”.³⁸

Para Schmitt, el concepto de Estado, supone el de lo político. Este concepto presupone a su vez la idea de la guerra, que se funda en el reconocimiento del enemigo.³⁹ Esta guerra siempre debe estar presente como posibilidad pues un mundo completamente pacificado, un mundo donde no exista la diferenciación entre amigo-enemigo, es un mundo sin política.

31 *Ibid.*, p. 64.

32 *Ibid.*

33 Jorge Giraldo, “Acerca de la concepción partisana de la guerra”, en: Jorge Giraldo, Jerónimo Molina, eds., *Carl Schmitt: Derecho, política y grandes espacios*, Medellín, Sepremu - Fondo Editorial Universidad Eafit, 2008, p. 82.

34 Omar Astorga, “El laberinto de la guerra: tres derivas hobbesianas”, *Revista de Filosofía (Universidad de Zulia)* núm. 59, Maracaibo, Universidad de Zulia, 2008, p. 52.

35 Carl Schmitt, “Teología política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía” En: Hector Orestes Aguilar, ed., *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

36 Hector Luis Saint-Pierre, “La centralidad del concepto de ‘enemigo’ en la teoría de la soberanía de Carl Schmitt”, en: Jorge Dotti, Julio Pinto, comp., *Carl Schmitt Su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002, p. 249.

37 C. Schmitt. *El concepto de lo político*, óp. cit. p. 79

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*, p. 74



Pero son las propias palabras de Schmitt las que dicen cuál es su concepto de guerra y en el que se puede percibirla como un flagelo:

“No existe ningún objetivo racional, ninguna norma por más justa que sea, ningún programa por más ejemplar que sea, ningún ideal social por más hermoso que sea, ninguna legitimidad o legalidad, que pueda justificar que por su causa los seres humanos se maten los unos a los otros. Cuando semejante destrucción física de vidas humanas no ocurre a partir de una auténtica afirmación de la propia forma existencial frente a una negación igual de auténtica de esta forma existencial, sucede que simplemente no puede ser justificada. Tampoco con normas éticas o jurídicas se puede fundamentar una guerra. Si existen realmente enemigos, en el sentido auténtico y esencial con el que aquí los hemos entendido, entonces tiene sentido -pero sólo sentido político- repelerlos físicamente y combatir con ellos si es necesario.”⁴⁰

Esta cita también es contundente. Para Schmitt la guerra, al ser sólo un asesinato en masa, no es algo que pueda ser justificado moral, legal o económicamente. La guerra solo se podría comprender o entender desde un sentido político de la propia y extrema diferencia y la enemistad.

Limitar la Guerra

Como ambos autores conciben la guerra como algo atroz, uno de sus principales intereses fue precisamente acotar, o en el caso de Kelsen buscar cómo acabar con el flagelo de la guerra.

Antes de entrar en la cuestión de la limitación de la guerra, es pertinente aclarar que la definición que tiene Kelsen sobre paz, es la paz entendida como paz mínima –en contraste con muchos autores que la ven como paz máxima–; por lo tanto, para el jurista vienés, en el orden estatal, la paz se da porque al centralizarse y crearse el monopolio exclusivo de la fuerza y los recursos bélicos en el Estado, primero las sociedades se desarman y segundo la fuerza que utiliza el Estado sería legítima, en el sentido de que es utilizada precisamente en las situaciones previstas en el ordenamiento jurídico. Esto es así porque el Derecho es la organización de la fuerza y en este sentido es imposible que Derecho y fuerza sean incompatibles.

Como el mismo Kelsen dice “...la paz es una situación en la que no se usa la fuerza. En este sentido del término, el Derecho solo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad. La paz del derecho no es una situación en la que la fuerza falta por completo; no es un estado anarquía, sino un estado en el que la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”.⁴¹

40 *Ibid.*, p. 80.

41 Hans Kelsen. “El Derecho como técnica social específica”, (1941). En: Hans, Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (1957). Traducción y estudio



Lo anterior explica que para Kelsen la guerra pueda ser una sanción, la más extrema posible, mientras sea ordenada por un tribunal internacional, lo que implica o presupone un grado de distribución y de regulación de la fuerza en el nivel internacional. Así, Kelsen en *“El Problema de la Soberanía y el Derecho Internacional”* postula que la causa de la guerra son las soberanías, por lo que la solución más efectiva para acabar con ella sería acabar con las soberanías y centralizar el monopolio de la fuerza en un Estado Mundial. Ahora bien, el mismo Kelsen admite tal posibilidad como utópica en el mediano y largo plazo, por lo que propone más bien, transitoriamente, un tribunal internacional que se encargue de resolver, con anterioridad, los conflictos internacionales causantes de las guerras.

Lo explica muy bien con sus palabras: “debemos concentrar nuestros esfuerzos en lograr un tratado internacional firmado por el mayor número de Estados posibles, tanto vencedores como vencidos, creando un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria. Esto significaría que todos los Estados de la Liga constituida por este tratado están obligados a renunciar a la guerra y a las represalias como medios de resolver los conflictos, a someter todas sus disputas sin excepción a la decisión del tribunal, y a cumplir sus decisiones de buena fe”.⁴²

Para Kelsen todos los conflictos son jurídicos en razón de que es jurídico el sistema normativo que proporciona la solución, por lo tanto elimina la distinción entre conflictos jurídicos, económicos y políticos. Es decir, puede que los intereses en pugna sean políticos, religiosos, o económicos, pero el conflicto es jurídico, pues es el sistema normativo el que crea o resuelve el conflicto. La guerra entonces es jurídica y, en este sentido, el derecho está por encima de la política y de la economía.

Por el contrario para Schmitt el único motivo que lleva a una guerra es lo político, que es lo que agrupa en amigos o enemigos; los motivos jurídicos, morales, o económicos lo único que hacen es exacerbar el conflicto, pero estos no generan la guerra por sí mismos.

Schmitt también niega el control jurídico que se pueda hacer sobre la guerra ya que sería negar la soberanía del Estado. Soberano es el que decide sobre el estado de excepción, y como ya ha sido señalado, no hay nada más excepcional que la misma guerra. Y aun si la guerra pudiera ser controlable jurídicamente y por lo tanto una sanción, Schmitt piensa que entonces “cualquier Estado podría ir por cualquier motivo a la guerra.”⁴³ Lo cual se debe evitar a toda costa pues entonces se llegaría a tener guerras constantemente y por cualquier razón.

preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel S. A., 1991, p. 160.

42 H. Kelsen, *La paz por medio del derecho*, óp. cit. p. 47.

43 Cristina García Pascual, “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (núm. 2, 1999), Universitat de Valencia. [En línea], disponible en www.uv.es/CEFD/2/pascual.html. Consulta: 2 de mayo de 2011.



De esta manera para Schmitt la guerra no es ni sanción ni delito, es simplemente el modo más intenso, en el mundo del ser, en que se representa la enemistad. Es el medio político más extremo, pero no como dicen algunos “la negación de la política”.⁴⁴

Para Kelsen, el fracaso de la Liga de las Naciones y del pacto Briand-Kellogg⁴⁵ es consecuencia del poco esfuerzo realizado en pos de un Tribunal Internacional con jurisdicción obligatoria. Por el contrario, para Schmitt, el problema fue el exceso de regulación internacional en el sentido de que el siglo XX representaba un largo período de crisis de la soberanía, y la Liga de Naciones, el pacto Briand-Kellogg y la Segunda Guerra Mundial demostraban que intentar abolir la guerra, la recrudecía aún más.⁴⁶

Por eso el pensador alemán retoma *el ius publicum europaeum*, ya que en este Derecho de Gentes, se busca impedir la guerra de aniquilamiento justamente al reconocer en el otro al enemigo, que es una persona soberana en igualdad de derechos. El *ius belli* entonces para Schmitt busca acotar la guerra, pero no eliminarla “regular el ejercicio de la guerra pero no el derecho a la misma.”⁴⁷

Esta es finalmente la propuesta de Schmitt, acotar la guerra, mas no acabarla –ya que según sus concepciones esto es imposible– y lo busca hacer es precisamente el reconocimiento del enemigo, ya que si no se le reconoce, se pueden justificar las peores barbaries en su contra, este deja de ser un humano para convertirse en un animal rabioso al que hay que exterminar.

44 Oscar Elias Mañu, “Carl Schmitt o la humanización de la guerra”, *Revista La Ilustración Liberal*, núm. 5, Primavera, Madrid, 2008. [En línea], disponible en www.libertaddigital.com/ilustracion_liberal/articulo.php/819, consulta: 2 de mayo de 2011.

45 El Pacto Briand-Kellogg fue un pacto firmado por 58 países en el período entre guerras en el que los países adherentes renunciaban a la guerra “como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”.

46 C. Garcia Pascual, *óp. cit.*

47 *Ibid.*,



Conclusión

Como se ha visto, ambos autores desde posiciones diferentes, concuerdan en considerar a la guerra como un flagelo y un asesinato en masa, y por lo tanto en algo que debe limitarse, pero a la hora de proponer sus alternativas no podrían estar más en desacuerdo sobre una posible solución.

Recordemos que Kelsen aboga por un tribunal internacional con jurisdicción inmediata que pueda resolver todos los conflictos que se generen entre Estados y de esta manera evitar que se llegue a la guerra. En cambio Schmitt rechaza de lleno esta propuesta, pues para el proscribir la guerra, es acabar con el reconocimiento del otro como enemigo, lo que justificaría el exterminio del otro si ese hace la guerra. Por lo tanto propone más bien reconocer que la guerra es una posibilidad permanente, y que el otro, el enemigo es un ser humano en igualdad de derechos a pesar que sea vencido.

Se considera que ambas posiciones tienen su mérito, y que es muy interesante analizar las propuestas para afrontar la guerra de los dos autores, sobre todo teniendo en cuenta que fueron formuladas a principios del siglo XX, y hoy que vivimos en un mundo en el que por un lado se crean enemigos absolutos a los cuales se les niega cualquier reconocimiento, no solo jurídico sino también como seres humanos y que por el otro el ideal de una corte internacional que brindara justicia sin importar el bando fue corrompida, varias veces, por unas cortes que solo traen la justicia de los vencedores. Es a pesar de esto, o tal vez por esto mismo, que estas propuestas y estos autores parecen hoy más vigentes que nunca.



Bibliografía

Astorga, Omar. El laberinto de la guerra: tres derivas hobbesianas”, Revista de Filosofía (Universidad de Zulia) num. 59, Maracaibo, Universidad de Zulia, 2008, pp. 43-57.

Elia Mañu, Oscar. “Carl Schmitt o la humanización de la guerra”. En: Revista La Ilustración Liberal Num. 35, Primavera, Madrid, España, 2008. . [En línea], disponible en www.libertad-digital.com/ilustracion_liberal/articulo.php/819, consulta: 2 de Mayo de 2011.

Enciclopedia Universal Ilustrada, 1925, tomo. 27, p. 36. Citado en: Rafael Antonio Ballén Molina, Las razones que motivan la guerra, en: Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, num 32, Bogotá, Universidad Libre, 2010, pp 103-120.

Gaviria Díaz, Carlos. “Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen”, Revista Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia), Medellín, Universidad de Antioquia, Volumen XL, num. 99, 1981, 363-386.

García Pascual, Cristina, “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (num. 2, 1999), Universitat de Valencia. [En línea], disponible en www.uv.es/CEFD/2/pascual.html, Consulta: 2 de Mayo de 2011.

Giraldo, Jorge y Jerónimo Molina, “Prologo” en: Giraldo Jorge y Jerónimo Molina, eds., Carl Schmitt: Derecho, política y grandes espacios, Medellín, Sepremu - Fondo editorial Universidad Eafit, 2008, pp. 7-14.

Giraldo, Jorge, “Acerca de la concepción partisana de la guerra”, en Giraldo Jorge y Jerónimo Molina, eds., Carl Schmitt: Derecho, política y grandes espacio, Medellín, Sepremu - Fondo editorial Universidad Eafit, 2008, pp. 81-112.

Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho” (2ª edición – 1960). Traducida por Roberto Vernengo. México, Porrúa, 2007, pp 364.

—, “La paz por medio del derecho” (1944). Traducido por Luis Echávarri y presentado por Massimo La Torre y Cristina García Pascual, 2º edición, Madrid, Trotta, 2008, pp. 155.

—, “El Derecho como técnica social específica” (1941). En: Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia? (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel S. A., 1991, pp. 152-183.

-

Koonz, Claudia, The Nazi Conscience, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 351.

Losano, Mario, "Entrevista a Mario Losano", entrevista de Manuel Atienza, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (num. 28, 2005) [en línea] disponible en: www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/entrevista-a-mario-g-losano-0 consulta: 25 de Mayo 2011,

Macho, Luiz Miguel, "Carl Schmitt y por qué criminalizar la guerra acaba deshumanizándola", *El semanal digital* (18 de Junio 2008), [En línea], disponible en: www.elsemanaldigital.com/articulo.asp?idarticulo=84027, consulta: 25 de Mayo 2011,

Montoya Brand, Mario. "La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen", en: Fuentes Contreras, Édgar Hernán, coord., *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano. 2010, pp. 49-114

—, "Presentación y agradecimientos", en: Montoya Brand, Mario y Nataly Montoya Restrepo, eds., *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2011, pp. 9-18.

Montoya Restrepo, Nataly. "Usos y abusos del concepto 'Estado' según Hans Kelsen." En: Montoya Brand, Mario y Nataly Montoya Restrepo, eds., *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2011, pp. 135-164.

Saint-Pierre, Hector Luis, "La centralidad del concepto de "enemigo" en la teoría de la soberanía de Carl Schmitt", en: Jorge Dotti, Julio Pinto, Comp., *Carl Schmitt Su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002, pp 255-272.

Schmitt, Carl, "El concepto de lo político" (1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp 153.

—, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía* En: Orestes Aguilar, Héctor (Ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 21-62

Umberto Gori, "Guerra" en: Bobbio Norberto, Nicola Matucci y Gianfranco Pasquino, eds., *Diccionario de Política*, 13ª edición en español, Ciudad de México, Editorial Siglo XXI., 2002, pp 737-742.

Villar Borda, Luis, "La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 333, 2006, pp. 81-112.

Zolo, Danilo "El globalismo judicial de Hans Kelsen", en: Danilo Zolo, *Los Señores de la paz*, Madrid, Dykinson, 2005, [En línea], disponible en: www.juragentium.unifi.it/es/surveys/thil/kelsen.htm, consulta: 25 de Mayo 2011.



Humanitarian Wars:

A Realist Approach to a Liberal Cause

✉ By: Julián Flórez Isaza¹

Abstract

*This article argues that the defence of human rights is not only a grand endeavour by itself, but also a matter of national interest and the preservation of stability and the rule of law. Different arguments in favour of such an approach can be found amongst the mainstream paradigms of international relations, and a further legalist review offers more evidence on its validity. The necessity of humanitarian interventions led to their inclusion in the Chapter of the United Nations, and has since been a thorny issue in the international relations agenda. Nonetheless, in a highly interdependent and globalised world, the unequal distribution of peace entails the equal distribution of conflict. Thus, it is imperative for the **international community to consider inter-national security as an inter-national public good.***

Key Words

Humanitarian Intervention, Human Rights, International Relations, Public Good, United Nations, Security.

Resumen

*El presente artículo tiene por propósito demostrar que la defensa de los derechos humanos no es sólo una noble causa **per se**, sino que responde también a intereses nacionales de los estados y a la preservación de la estabilidad y del imperio de la ley. Argumentos en favor de ésta tesis pueden ser fácilmente encontrados en las principales tendencias teóricas en el campo de las relaciones internacionales. Además, una revisión legalista de*

¹ Economics Student at Universidad EAFIT, Medellín – Colombia. Email: jflorezi@eafit.edu.co
Estudiante de Economía, Universidad EAFIT, Medellín – Colombia. Email: jflorezi@eafit.edu.co



*la misma refuerza tal aproximación. Desde que la Carta de las Naciones Unidas incluyó la posibilidad de llevar a cabo intervenciones por razones humanitarias, el asunto ha generado polémica en la agenda de comunidad internacional. No obstante, en un mundo globalizado y altamente interdependiente, la distribución inequitativa de la paz no es mas que la equitativa distribución del conflicto, de allí la imperativa necesidad de que la comunidad **inter-nacional** considere la seguridad como un bien público **global**.*

Palabras Clave

Bien Público, Derechos Humanos, Intervención Humanitaria, Organización de las Naciones Unidas, Relaciones Internacionales, Seguridad.

Ever since the United Nations General Assembly proclaimed the Universal Declaration of Human Rights, thus recognising the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all human beings, states have pledged themselves to promote and protect them. Nonetheless, the effective recognition and observance –or lack thereof– has been a thorny issue. On a number of occasions acts of abuse against Human Rights have been met with an outcry from the international community calling for expedited action against the perpetrators, with mixed results. But those same acts have also been dealt with a mild-worded press communiqué that cynically bounds the limits of complicity and becomes the alibi for the international community. One can only wonder whether humanitarian interventions, when they do take place, convey a notion of humanitarian war, or whether they are a concoction of far reaching national interests.

This essay argues that the defence of human rights is not only a grand endeavour by itself, but also a matter of national interest and the preservation of stability and the rule of law. The article is divided in five sections: sections I and II offer a theoretical insight into the discussion, whereas section III provides a legalist review and section IV approaches the issue of humanitarian interventions from the Charter of the United Nations. Section V concludes the article by suggesting that international security can be conceived as an international public good.

I. A liberal cause

The utter failure of the appeasement policies in the inter-war period, which were nothing but a vicious geopolitical *laissez-faire*, and the grotesque images of Himmler, Heydrich and Eichmann's Final Solution urged the victors to convene around international co-operation so as to prevent future atrocities. The ill-fated, ill-conceived, and ill-equipped venture of the *Société des Nations* was reassessed given the imperative necessity of institutionalising international affairs. The United Nations system was born out of a harmony of interests –or at least out of the shared interest of defeating a common enemy–. Strong believes in the effective power of



ideas, in the possibility of an international political system based primarily on morality and democracy, and in the feasibility of building international norms of behaviour that foment peace, prosperity, co-operation, and justice lied beneath this new language of global rapport. Anomie would no longer be the rule, but the exception.

The liberalism² approach to international relations relies on claims about the impact of interdependence, the benefits of free trade, collective security and the existence of a real harmony of interests between states, as opposed to the timeless principles of the balance of power and national interests advocated by the realist theory. Authoritarian leaders and totalitarian ruling parties, goes the argument, are belligerent and laden with nationalist ideas and thus prone to conflict and war. Conversely, liberal states, founded on such individual rights as equality before the law, free speech and other civil liberties, private property, and elected representation, are fundamentally against war. When citizens who bear the burdens of war elect their governments, a bellicose adventure becomes impossible. Furthermore, in a globalised and highly interdependent world, the citizenry realises that the benefits of trade can only be enjoyed under the conditions of peace. As such, a liberal foreign policy calls for the promotion and expansion of individual liberties and democratic governments across the globe. This would be beneficial to both the state that conducts such policy, insofar as its own security and way of life is enhanced by the presence of a large number of like-minded liberal states, and to the rest of the world, as liberalism is a political ideology that enshrines the rights and liberties of all individuals³.

Principles notwithstanding, liberalism does find moral reasoning for war and aggression. Due to their nature, liberal states have set themselves apart from the other participants of the international community. They have adopted a particular and excludable set of rules on how they contrive foreign policy amongst them. Hence, how they interact with non-liberal states in the international scene vis-à-vis like-minded states is rather different. Liberal states have transcended the imperatives of power politics and an anarchic international system, establishing a separate peace, and waging a separate war on totalitarian and authoritarian regimes.

Immanuel Kant argued that liberal states would go through a process of pacification of foreign relations amongst themselves, which would eventually lead to the constitution of a *pacific federation*⁴, whereupon perpetual, democratic peace ought to occur. The logic behind this liberal-liberal interaction lies on the foundations of these states, but also on the strong interdependence nurtured by international trade, which adds material incentives to moral commitments. States benefit of free trade and of international commerce based

² Liberal Internationalism.

³ Brian Schmidt, "Theories of US foreign policy", in M. Cox & D. Stokes, eds., *US Foreign Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2008. p. 14.

⁴ Michael Doyle, "Liberal Internationalism: Peace, War and Democracy", in *The Official Website of the Nobel Prize*. Retrieved from [http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/doyle/\[04/20/2011\]](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/doyle/[04/20/2011]).



on the international division of labour and the competitive advantage of each nation, both characteristics of capitalist societies. There is a strong economic incentive to avoid belligerent policies that would lead to the outbreak of conflict. Furthermore, the survival of the whole system lies on the predictability of future interaction -the rule of law-, thus guaranteeing that the capitalist endeavour will not be preyed upon by monarchical caprices. Insofar as liberal states operate under these parameters, other like-minded states would be willing to socialise with each other in the international scenario. Strong economic interdependence paves the way for stronger political and social interaction.

Non-liberal states behaviour is observed with caution and considered illegitimate by liberal states. The disregard for liberties, the lack of an independent judicial system, and a seemingly illegal political demeanour leaves the door open for mistrust. Liberal states are deeply suspicious of non-liberal governments since they are perceived to be in a state of constant aggression with their own people. In short, fellow liberals benefit from a presumption of amity; non-liberals suffer from a presumption of enmity. Both presumptions may be accurate. Each, however, may also be self-fulfilling⁵. The principle of non-intervention holds its validity only in relation with other liberal states. The term of sovereignty constitutes an anachronism when applied to undemocratic governments.

Conflict, intervention, and eventually war are both proscribed and promoted within the liberal credo. Multilateralism is favoured, but unilateralism is also an option. Liberal wars are only fought for popular, liberal purposes such as the spreading of democratic values, the promotion of freedom, the protection of private property, or to support liberal allies against non-liberal enemies: To put it simply: *A just cause for a just war.*

II. A realist approach

Truth be told, some liberal-inspired achievements, such as the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, have largely remained dried ink and diplomatic *fêtes*. Governments have hesitated to intervene in other states to defend freedom, political and civil liberties, and Human Rights. The cost of such interventions might far outweigh the potential *tangible* benefits. Furthermore, some self-styled liberal governments have rapaciously engaged in acts against those very same liberties and rights they so adamantly swore to protect.

States have energetically agreed on the importance and necessity of upholding those prerogatives regardless of political issues; however, they have been rather mediocre at enforcing such commitments, even at a national level. The lack of commitment should not necessarily be understood as negligence, although some actions do reflect disregard and

⁵ *Ibid.*



carelessness. In an anarchic world, states will procure to endure, to continue in time and to maintain sovereignty. Only after those conditions are met will states have the wherewithal -and the willingness- to engage and take action in the international system. States are instrumentally rational and think strategically in how to survive, thus any engagement abroad will only be materialised if its directly related to its national interest, *raison d'Etat*; a country's goal and ambitions whether economic, military, or cultural. No wonder that the term has been widely invoked to justify isolationist or pacifist, interventionist or warlike policies.

According to realism⁶, states are power maximisers, and are continually in search of opportunities to acquire more power relative to other states, and enhance their standing in a conspicuously anarchic and insecure world. In such a scenario, states must manoeuvre carefully to survive, balancing opposing interests whilst aiming at the realisation of the lesser evil rather than of the absolute good⁷. If going to war will be the best way to achieve its national interest, then a state should wage war. If peaceful settlement of disputes is what best suits a state's national interest, then negotiation is the path to follow. War and peace, action and inaction are always constrained by *la raison d'Etat*.

A common misconception about armed conflict is that its ultimate aim is military conquest and subjugation. Realist theory emphasises the importance of history and objective rules of political behaviour based on human nature, as opposed to moral considerations and foreign policy subjected to democratic control. Nations go to war having clear, objective intentions and aims that are compatible with their natural interest. A war of annihilation will be waged when a particular state's existence is threatened by the existence of another state, as exemplified by the conflagration between the Punic and Roman Republics in the Antiquity. The driving force behind a conflict might as well be a trade dispute, such as the Opium Wars, or the necessity to check the spread of alien values; the European Wars of Religion. When wars are fought for royal caprice or autocratic niceties the aims are unclear, the conflict might escalate, and defeat becomes a strong possibility. Napoleon's tit-for-tat adventures are all well documented.

When sovereignty is paramount, intervention becomes a dilemma that could potentially involve the very existence of the state. By intervening in another state's affairs, one opens the door for retaliation. However, inaction might also carry with it a hefty price. States face challenges that have no nationality and that permeate borders -*problems without passport*:- piracy, organised crime, terrorism, counterfeiting, and narcotics to name a few. Whether these should be left unchecked or not depends on each state's interest based on how vulnerable they are. Governments will engage in military interventions when they fall under their national interest. Wars with altruistic aims are few and far between. Most likely, such endeavours are a façade of morality covering other, more vital interests. Such was the case of India's unilateral intervention in East Bengal in 1971.

⁶ Offensive Realism.

⁷ Hans Morgenthau, *Politics Among Nations*, McGraw Hill, 2005. p. 3.



III. A legalist review

Ancient Greek philosophers argued that there is a universal law of nature binding on everybody and applies to all human beings alike, and to which all positive laws had to conform to. This notion laid the foundations for moral and legal principles, and would inspire the idea of Human Rights several centuries later. The Greeks, and later the Romans, also suggested that war is not justifiable unless there is a just cause for waging it. The Christian tradition further advanced this proto idea of humanitarian intervention when St. Augustine would introduce the theory of *bellum justum*, arguing that war is permissible when there is a just cause and a clear intention. St. Thomas Aquinas came to the conclusion that war can only be waged when there is a strong authority -a timid and early definition of sovereignty, external and internal-, a just cause and a right intention. Aquinas left no room for ambiguity in describing a just cause as: self-defence, restoration of peace, assistance of neighbours against a common enemy, and defence of the poor and the oppressed.

Renaissance theorists and jurists such as Francisco de Vitoria, Francisco Suárez and Alberico Gentili worked towards connecting the notions of just cause and the law of nature. Particularly, Father Suárez held *that* the defence of innocent people regardless of nationality is a just cause *per se*. Hereupon, Hugo Grotius would come to detach the law of nature from the law of God: he argued that the individual and his natural rights are at the core of law, thus the fundamental principles of good faith, solidarity and self-defence are applicable to every individual. Grotius was able to bring his conception of natural law into the sphere of international relations. Nation-states take shape out of the necessity of the citizens to improve their security and prosperity, but each citizen has a set of alienable rights that represent the limit of the internal sovereignty and the political power. If the state engages in selective acts of violation of those rights, it transgresses its jurisdiction and other states have a natural right to intervene to restore order; his *Law of Nature* laid the foundations for his *Law of Nations*.

Before Grotius developed his thoughts, a Frenchman, Jean Bodin, wrote passionately about the principle of sovereignty. He argued that the sovereign was the source of the law and thus above it. As such, the sovereignty of the state cannot be violated on the ground of human bonding. This principle was the centrepiece of the Peace of Westphalia and later, the European balance of power. State sovereignty is only constrained by other state's sovereignty. Moral principles were considered propaganda; humanitarian intervention was ruled unlawful. Henceforth, the principle of non-intervention was developed. A customary right to go to war replaced the just cause: the concept of *bellum legale* replaced the concept of *bellum justum*⁸.

The principle of sovereignty and the right to wage war shaped the international politics of the nineteenth and eighteenth centuries. Nonetheless, under an ever vigilante and increasingly aware civil society, offensive armed conflict was considered the last of the diplomatic options.

⁸ Patrick Macklem, *Humanitarian Intervention and the Distribution of Sovereignty in International Law* (draft), 2006.



Lesser measures, such as blockade, reprisal, self-defence, and eventually humanitarian grounds were invoked when the situation so required. As such, the international community's rhetoric evidenced some sort of *opinion juris*.

With the images of havoc brought by the Great War, a new order based on collective security was conceived, albeit short lived. Unilateral use of force, even for the sake of humanity, was deemed illegal by the *Société des Nations* and its Covenant. The new sentiment went as far as to ban war as an instrument of national policy under the Kellogg-Briand Pact. This endeavour failed to contain the belligerent policies adopted by the Berlin-Rome-Tokyo Axis. The right of unilateral intervention, humanitarian or not, was thus retained throughout the Second World War.

A breaking point in the realisation and protection of human rights came with the end of the war and the victory of the United Nations. Once and for all unilateral use of force was *theoretically* abandoned. Humanitarian interventions would now rest under conventional law rather than customary right.

IV. A new legal situation

Nowadays the discussion has stirred towards the justifications and the aims of humanitarian interventions. Can the international community, *legally and legitimately*, intervene in the domestic jurisdiction of a state?

A humanitarian intervention is widely defined as the threat or use of force across state borders by a state or group of states aimed at preventing or ending widespread and grave violations of the fundamental Human Rights of individuals other than its own citizens, without the permission of the state within whose territory force is applied⁹. A contention is clear within the definition, an apparent divergence between ends and means, between legality and legitimacy. Legality refers to whether and under what conditions international law authorises humanitarian interventions, and legitimacy alludes to the normative status of humanitarian intervention as an instrument of international justice. Legal debates about humanitarian intervention tend to assume that its legitimacy is irrelevant to its legality. The legality of intervention turns not on whether it makes the world a better place, but whether it has been so authorised by the United Nations Security Council. Philosophers and political theorists often assume the inverse, that the legality of humanitarian intervention is second to its legitimacy¹⁰.

The Charter of the United Nations and the International Declaration of Human Rights are the primary sources for international Human Rights law. The Charter states that all Members shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence

⁹ J. L. Holzgrefe & Robert O. Keohane, eds., *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*. Cambridge University Press, 2003. p. 1.

¹⁰ P. Macklem, Op. cit.



of any state, or in any other manner consistent with the Purposes of the United Nations¹¹. It explicitly prohibits the organisation and its constituent Members from intervening in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state¹². The primary responsibility for the maintenance of international peace and security is bestowed on the Security Council¹³, and it is up to this organ to determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, and also to make recommendations, or decide on what measures shall be adopted to maintain or restore international peace and security¹⁴. The measures at the disposal of the Council range from embargoes and sanctions, to the severance of diplomatic relations¹⁵, and ultimately, the use of force¹⁶ as may be necessary to fulfil its objectives. All the decisions adopted on this issue -especially in relation to the use of force- require the affirmative vote of nine of the fifteen members of the Security Council, including the concurring votes of its permanent members¹⁷.

The energetic defence of the principle of non-intervention and of human rights and freedoms leaves a pragmatic solution at a crossroads; the perpetual conflict between sovereignty and human rights. If the violations are matters that fall within the domestic jurisdiction of the state in which they are occurring, then the Charter does not authorise a state or group of states to threaten or use force against the territorial integrity of the state in which they are occurring. Conversely, if the violations pose a threat to international peace and security, the Security Council may authorise a state or group of states to use military force to prevent their occurrence. However, the Charter is emphatic on framing the legality of the abovementioned interventions ultimately on whether Human Rights violations are matters within the domestic jurisdiction of the offending state or amount to threats to international peace and security¹⁸ since they have implications beyond the territory and population of the offending state. Acts of genocide, ethnic cleansing, torture, disproportionate punishment, and war crimes are all considered falling outside a state's domestic jurisdiction, thus humanitarian intervention in those situations is and ought to be possible. Furthermore, those violations are contrary to the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights, and offend *ius cogens* norms that are binding on all states regardless of particular treaty obligations. Moreover, the argument that an intervention on humanitarian grounds violates the principle of sovereignty is utterly unfounded since its aims are not territorial conquest or regime change.

¹¹ *Charter of the United Nations*, Article 2.4, 1 UNTS XVI. Retrieved from <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> [04/20/2011]

¹² *Ibid.*, Article 2.7.

¹³ *Ibid.*, Article 24.

¹⁴ *Ibid.*, Article 29.

¹⁵ *Ibid.*, Article 41.

¹⁶ *Ibid.*, Article 42.

¹⁷ *Ibid.*, Article 27.3.

¹⁸ P. Macklem, *Op. cit.*



The legal story should end here. Humanitarian interventions not authorised under Chapter VII of the Charter are deemed unlawful under the international horizontal legal order. Pursuing those adventures conveys a message of recklessness and lures back the phantom of unilateral, customary right of war.

V. An international public good

For the sake of humanity, of dignity and of the common bond that links human beings, states must promote Human Rights and defend them when the situation arises. By not intervening in conflicts that threaten the core of human understanding they risk being a victim of escalating -spill over of- conflicts that know no boundaries. Governments should adopt a *building partner capacity* approach, which calls for helping other countries strengthen their institutions, promote the rule of law, and improve accountability and transparency. In so doing, states will benefit from greater stability and no-boundaries threats will be checked. Recall that stability is *sine qua non* to a state's survival.

Moreover, international peace and security can be considered as a public good insofar as it is an outcome highly desired by society, and governments and international organisations have repeatedly acknowledged this situation and have thus committed themselves to provide it. There is a market, a demand and a supply schedule for international peace.

Peace cannot be provided to just a few since it is extremely costly to select *potential consumers*; deciding which national groups within a country would enjoy peace, stability, and prosperity is a complex immoral task, where the benefits enjoyed by the chosen groups would soon be eroded by those who have not got access to it. Inequality sows the seeds for disorder. The cost of instability is high in frustration, not to say in human casualties.

In a highly interdependent and globalised world, the unequal distribution of peace entails the equal distribution of conflict. All states, and to a lesser extent international organisations, have the responsibility to provide for security to all human beings. The role of the United Nations -as evidenced not exclusively by peacekeeping operations- could not be less clear, but the lukewarm initiative shown by the majority of states leaves a bittersweet aftertaste... A world characterised by intra-national problems calls for relevant institutions. An organisation conceived to resolve inter-state problems might not to be the best solution for a truly *international* challenge.



Bibliography

Abiew, Francis K..*The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*.The Hague, Kluwer Law International, 1999.

Bowles, Newton R.*The Diplomacy of Hope: The United Nations Since the Cold War*. I.B. Tauris, 2005.

Dower, Nigel.*The Ethics of War and Peace*.Polity Press, 2009.

Doyle, Michael. "Liberal Internationalism: Peace, War and Democracy", in *The Official Website of the Nobel Prize*. Retrieved from [http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/doyle/\[04/20/2011\]](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/doyle/[04/20/2011]).

Gates, Robert M. "Helping Others Defend Themselves: The Future of U.S. Security Assistance". *Foreign Affairs*. 89 (3), Retrieved from: <http://www.foreignaffairs.com/articles/66224/robert-m-gates/helping-others-defend-themselves/> [04/20/2011]

Hamburg, David A. &Holl, Jane E. "PreventingDeadlyConflict: From Global HousekeepingtoNeighbourhoodWatch", in K. Inge, I. Grunberg, & M. Stern, eds., *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York, Oxford UniversityPress, 1999.

Higgins, Rosalyn. "A General Assesment of United Nations Peace-Keeping", in A. Cassese, ed., *United Nations Peace-Keeping: Legal Essays*. Stijhoff&Noorddhog, 1978.

Holzgrefe, J. L. &Keohane, Robert O., eds. *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*. Cambridge University Press, 2003.

Kapstein, Ethan B. "Distributive Justice as an International Public Good: A Historical Perspective", in K. Inge, I. Grunberg, & M. Stern, eds., *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York, Oxford UniversityPress, 1999.

Kirchner, Stefan. *Human Rights and International Security: Humanitarian Intervention and International Law*. Grin, 2008.

Köchler, Hans. *The Concept of Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics*.Vienna, International Progress Organization, 2001.

Lepard, Brian D. *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach Based on Fundamental Ethical Principles in International Law and World Religions*. The Pennsylvania State University Press, 2002.

Macklem, Patrick. *Humanitarian Intervention and the Distribution of Sovereignty in International Law* (draft), 2006.



Martin, Lisa L. “The Political Economy of International Cooperation”, in K. Inge, I. Grunberg, & M. Stern, eds., *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York, Oxford University Press, 1999.

Morgenthau, Hans J. *Politics Among Nations*. McGraw Hill, 2005.

Schmidt, Brian. “Theories of US foreign policy”, in M. Cox & D. Stokes, eds., *US Foreign Policy*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

The United Nations. *Charter of the United Nations, 1945*, 1 UNTS XVI. Retrieved from <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> [04/20/2011].



El futuro de las mujeres en Afganistán ¿cómo **proteger sus derechos** **ante el final** de la intervención aliada?

✉ By: María Juliana Rey Barrera, Santiago Silva Jaramill¹

Abstract

In mid-2011 the withdrawal of U.S troops from Afghanistan will begin, a process that will end in 2014 with the full delivery of the security work to the Afghan government. Initially, this text describes the current situation of the Asian country, where the Taliban forces gain influence, forcing to consider the option of negotiation. Then, it refers to the situation of Afghan women, who in recent years of the occupation have won a number of rights through the 2004 Constitution, and view with increasing concern their future with the return of the Taliban. Finally, the text assesses the way in which the doctrine of Responsibility to Protect, from the responsibility of the U.S to Rebuild, can be a means by which to ensure the protection of the rights of women and to ensure the effective reconstruction of the Afghan State that is capable of fending off the Taliban insurgency and the disastrous consequences this would entail for the rights and freedoms of men and especially Afghan women.

Key words

Afghanistan, Responsibility to Protect, State Reconstruction, Human Rights, Women's rights, United States

1 Estudiante de séptimo semestre de Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT. Miembro del Semillero de Estudios Políticos (en construcción). Email: mreybarr@eafit.edu.co

2 Estudiante de Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT. Miembro del Semillero de Estudios Políticos (en construcción). Email: sslivaja@eafit.edu.co



Resumen

A mediados de 2011 se dará inicio a la retirada de las tropas estadounidenses en Afganistán, un proceso que terminará en 2014 con la entrega total de las labores de seguridad al gobierno afgano. Inicialmente, el presente texto describe el contexto actual del país asiático, donde las fuerzas talibanes ganan influencia, obligando a considerar la opción de una negociación. Luego, se refiere a la situación de las mujeres afganas, que en los últimos años de la ocupación han ganado un número importante de derechos por medio de la Constitución de 2004, y ven con creciente preocupación su futuro en vista del regreso del Talibán. Finalmente, el texto evalúa la manera en la que la doctrina de Responsabilidad de Proteger, desde la responsabilidad que tiene Estados Unidos de Reconstruir, puede ser el medio a través del cual se asegure la protección de los derechos de las mujeres y se garantice la reconstrucción efectiva de un Estado afgano capaz de defenderse de un resurgir de la insurgencia talibán y de las nefastas consecuencias que esto conllevaría para los derechos y las libertades de los hombres y sobre todo, las mujeres afganas.

Palabras clave

Afganistán, Responsabilidad de Proteger, Reconstrucción Estatal, Derechos Humanos, Derechos de las Mujeres, Estados Unidos.

Los talibanes y la guerra civil

Luego de la retirada de las últimas tropas de ocupación, al finalizar la guerra afgano-soviética, desacuerdos entre los *mujahidin* y los jefes locales victoriosos con el gobierno, que aún recibía ayuda de la Unión Soviética, llevaron a las diferentes facciones a la guerra. Las Naciones Unidas, los Estados Unidos y sus aliados, intentaron adelantar encuentros entre los diferentes combatientes, pero los acercamientos, minados por falta de voluntad de las partes, fallaron. De la misma forma, la ayuda humanitaria y de asistencia que se proveía a Afganistán se redujo en los primeros años de la guerra civil, mientras la situación de seguridad se volvía más difícil.

La guerra vio la configuración de la 'Alianza del Norte', desde donde líderes tayikos y uzbecos pelearon por controlar Kabul, que pasó por manos de diferentes facciones, mientras los combates y la situación humanitaria del país empeoraba. Con la atención de los mayores poderes concentrada en la capital, el resto de Afganistán se dividió entre diferentes señores de la guerra locales, muchos de ellos antiguos *mujahidin*. El caos se tomó el sureste del país, en donde los nuevos líderes armados cometían atrocidades e injusticias, propinando



sin embargo, que hombres como el *mullah* Mohammed Omar aprovecharan el descontento generalizado para reunir a antiguos combatientes de la guerra contra los soviéticos. Omar hacía parte de un grupo de antiguos alumnos de las madrazas pakistaníes, especialmente de la ciudad de Quetta, que se hacían llamar *talibanes*, literalmente ‘estudiantes’, y practicaban una forma ortodoxa del Islam sunita, el *Wahabismo*.

En septiembre de 1996, el Talibán derrotó a las fuerzas de la Alianza del Norte en Kabul y se apoderó de la ciudad. Poco después, Osama Bin Laden buscó refugio en la provincia de Qandahar, centro histórico del Talibán y de su líder Muhammad Omar, quien recibió a los mandos de Al Qaeda con los brazos abiertos. Los miembros de la organización terrorista se pusieron rápidamente al servicio de los talibanes, sellando la alianza con su participación en la continuación de la guerra contra la Alianza del Norte.

En 1997, el *mullah* Omar asumió el título de ‘comandante de la fe’, renombró el país como ‘El emirato islámico de Afganistán’ e inició la promulgación de leyes inspiradas en la versión de la Ley Islámica de los talibanes. En 1998, luego de los ataques terroristas a sus embajadas en Nairobi y Dar es-Salaam, Estados Unidos bombardeó campamentos de Al Qaeda en la frontera afgano-pakistaní. La comunidad internacional exigió a los talibanes que entregaran a Osama Bin Laden, pero la negativa de los mandos afganos obligó a que se aplicaran y, poco después, ampliaran sanciones contra el régimen, llevando, para finales del año 2000, al práctico aislamiento del país del resto del mundo. Aún así, durante ese año y el 2001, los combates entre las fuerzas talibanes y la Alianza del Norte se mantuvieron, tomando y retomando posiciones; el conflicto no superó su punto muerto, dando pie a atrocidades por parte y parte en los frustrantes intentos de ambos bandos de ganar alguna ventaja.

Las mujeres bajo el régimen Talibán

La guerra civil supuso una dura prueba para las mujeres afganas. Todos los bandos utilizaron el secuestro, la violación y el asesinato de mujeres como tácticas de intimidación y humillación de sus enemigos. La Alianza del Norte, por ejemplo, obligó a cientos de mujeres a casarse contra su voluntad, luego de raptarlas del territorio de las otras facciones, perpetrando también un sinnúmero de violaciones y asesinatos. Así pues, los talibanes llevaron ese asalto generalizado contra las mujeres un paso más adelante, como dice el reporte de Human Rights Watch “Systematic Violations of Women’s Rights in Afghanistan”, buscando “borrar a las mujeres de la vida pública”³.

Una vez en el poder, los líderes talibanes impidieron a las mujeres dedicarse a ningún trabajo, redujeron su educación únicamente a la primaria, les prohibieron salir de sus casas sin el acompañamiento de un hombre de su familia y las obligaron a utilizar la tristemente célebre

3 Human Rights Watch. “Systematic Violations of Women’s Rights in Afghanistan”, 2001, [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org/>, consulta: 14 de marzo de 2011, p.6



*burka*⁴. Toda esta reglamentación fue impulsada y monitoreada por el “Ministerio para la Promoción de la Virtud y Prevención del Vicio”, que se constituyó desde entonces como la policía religiosa afgana. El cumplimiento de las restricciones talibanes se llevó a cabo al promover la arbitraria aplicación de castigos como las golpizas públicas o la amenaza de estas.

En las calles de las ciudades y pueblos afganos, miembros de la Policía Religiosa solían hacer rondas, armados con bastones de cuero reforzado con láminas de metal, buscando infractoras a los códigos de vestimenta, movilidad y decencia para castigar. Privadas de atender a las instituciones educativas luego de cumplir los ocho años, incapaces de ejercer otro trabajo que no fuera en el sector de la salud e imposibilitadas a movilizarse libremente, los niveles de analfabetismo, muertes durante el embarazo y pobreza extrema de las mujeres afganas se dispararon en poco tiempo. Las restricciones resultaron especialmente crueles para las viudas afganas, docenas de miles⁵ luego de la larga guerra civil, tenían que resignarse a la pobreza al no tener suficientes oportunidades de trabajo y estar obligadas a arriesgarse cada vez que salieran de sus casas a ser atacadas por la Policía Religiosa por no tener un hombre que las acompañara cada vez que salieran de sus casas.

Así, los talibanes se las arreglaron para violar con su trato de las mujeres afganas, los derechos a la educación, acceso a la salud, movilidad, empleo, a un juicio justo y a no ser discriminado y las libertades de expresión y asociación, todos ellos protegidos por las convenciones legales del Derecho Internacional.

Además de lo anterior, los talibanes desconocieron la Constitución afgana de 1990, que respetaba los Derechos Humanos, al impulsar e implementar estas normas. De esta forma, diferentes decretos emitidos por varias agencias de las del gobierno talibán prohibían⁶, entre otras cosas, a los comerciantes y taxistas vender sus productos o transportar mujeres que violaran el código de vestimenta o movilidad, o estipulaban que la persona encargada de recolectar el pago de las mujeres en los buses debía tener menos de diez años. También obligaban a que solo doctoras atendieran a mujeres en los hospitales y que durante los exámenes ninguna se retirara la burka reglamentaria o a que todo el personal de los centros de asistencia, sin importar las circunstancias, realizara las oraciones del día a las horas estipuladas. Finalmente, por disposición del “Departamento de asuntos culturales y sociales”, la música, afeitarse la barba, irrespetar el código de vestimenta, evitar las oraciones, poseer palomas, volar cometas, utilizar cortes de pelo “americanos o británicos”, bailar, cobrar intereses por un préstamo y tomar las medidas para un vestido, entre otras actividades, quedaron terminantemente prohibidas⁷.

4 Prenda de vestir que cubre el cuerpo y la cara completamente.

5 *Op. cit.*, p.8

6 *Op. cit.*, p.22

7 *Op. cit.*, p.24



Pero Human Rights Watch no fue la única organización internacional en denunciar estas violaciones. Un reporte de "Physicians for Human Rights" de 1998 atestiguaba las políticas y acciones de los talibanes buscando restringir las libertades y negar los derechos de las mujeres afganas. Este texto se enfoca en las restricciones para la salud de los ciudadanos afganos de las normativas talibanes de segregación y discriminación, haciendo notar, por ejemplo, un decreto que en 1997 prohibió a mujeres y hombres ser atendidos en los mismos hospitales. En Kabul, esta regulación llevó a que en septiembre de ese año, sólo un hospital (de veintitrés que funcionaban entonces) atendiera a las por lo menos medio millón de mujeres residentes en la capital.

A pesar de lo anterior, las violaciones a los Derechos Humanos por parte de los talibanes no se restringieron a las mujeres, durante sus años en el poder, la Policía Religiosa persiguió, encarceló, torturó y asesinó a cientos de hombres por incumplir las estrictas normas de conducta o expresar sus críticas sobre estas. La sociedad afgana en su conjunto, aunque especialmente las mujeres⁸, sufrieron constantes violaciones a sus derechos humanos en los años del gobierno talibán. Una vez iniciadas las operaciones de los aliados para derrocar al gobierno de Afganistán a finales de 2001, la comunidad internacional, avisada de la situación del pueblo afgano, guardó esperanzas sobre una mejoría en las condiciones de vida y el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos a punto de ser liberados.

La invasión estadounidense

Luego de que la autoría de los ataques terroristas contra el World Trade Center y el Pentágono estuviera clara, Estados Unidos exigió al gobierno Talibán que entregara a Osama Bin Laden, que se escondía en territorio afgano desde hacía años. La negativa de los mandos talibanes fue rápidamente contestada por una acción conjunta entre la fuerza aérea aliada y las fuerzas especiales estadounidenses y una ofensiva de la Alianza del Norte, rearmada por la CIA (Central Intelligence Agency). De esta forma, explotando sobre todo las diferencias locales y a los señores de la guerra con intereses opuestos a los del gobierno talibán, Estados Unidos derrocó a los talibanes en cuestión de semanas, aunque falló en su objetivo principal de capturar a Osama Bin Laden e incluso, a los altos mandos talibanes como Muhammad Omar. Estados Unidos, junto con sus aliados, lidera desde entonces una fuerza de ocupación en Afganistán. El primer paso de los aliados fue promover una conferencia en Bonn, donde la disidencia afgana en el exilio se reunió para determinar el futuro del país. Con los acuerdos alcanzados, se creó un gobierno interino afgano, liderado por Hamid Karzai, un pashtún moderado. En 2004, una nueva constitución fue promulgada, luego de la convocatoria de un consejo tribal afgano (*Loya Jirga*), y poco después, Karzai fue elegido con una abrumadora votación como presidente del país.

⁸ Según el Banco Mundial (data.worldbank.org), en el año 1998 la expectativa de vida de las mujeres afganas era de 42 años al nacer y en el 2000, 1800 de cada 100.000 mujeres morían durante el embarazo.



El nuevo gobierno sin embargo, recibía un apoyo reducido de las fuerzas internacionales y durante sus primeros años, largas porciones del país permanecían bajo el control de los señores de la guerra locales. Karzai fue igualmente incapaz de solucionar los sustanciales problemas sociales y económicos de Afganistán, desgastado por años de guerra civil. Mientras tanto, el Talibán se reagrupaba en el sur del país y la frontera con Pakistán, reencontrándose con sus orígenes y resurgiendo en 2003 para pelear una guerra de guerrillas y adelantar atentados terroristas contra el gobierno afgano y sus aliados internacionales. Así, desde sus escondites en Pakistán, los talibanes lograron recuperar el control de amplias áreas del país. Las fuerzas internacionales estacionadas en Afganistán fueron incapaces de enfrentar el resurgir talibán, pues la mayoría de los recursos de Estados Unidos habían sido comprometidos en la preparación de la invasión a Irak desde finales de 2002. Sin el apoyo fundamental del ejército estadounidense, el gobierno de Karzai solo pudo observar mientras los comandantes talibanes se apoderaban de largas porciones de territorio y lanzaban constantes ataques a las escasas e inexpertas fuerzas de seguridad afganas.

Durante la campaña presidencial de 2008, el candidato demócrata Barack Obama promovió la idea de que de las dos guerras que en el momento peleaba Estados Unidos, era la de Afganistán, y no la de Irak, la que merecía un mayor esfuerzo y compromiso por parte del gobierno. Enfocar los esfuerzos en Afganistán constituía un cambio importante en lo que había sido la política exterior del gobierno anterior. Bush no solo había buscado la invasión a Irak, sino que había comprometido la mayoría de los recursos de la 'Guerra contra el terrorismo' en la estabilización del país. La situación en Afganistán, por otro lado, amenazaba con salirse de control si no se lograba un aumento efectivo de las fuerzas y recursos en apoyo del gobierno afgano.

Obama ganó las elecciones y poco después anunció la retirada gradual de sus fuerzas de Irak y el incremento de las tropas estacionadas en Afganistán. La relación entre el presidente afgano, Hamid Karzai, y sus aliados estadounidenses se había deteriorado en los últimos años, pues las acusaciones de corrupción y fraude electoral de los diplomáticos y observadores internacionales habían minado la confianza entre los oficiales estadounidenses y afganos⁹. La falta de efectividad en el combate contra los talibanes añadía otro elemento de frustración al conjunto de las fuerzas aliadas, por eso Obama fue rápido en introducir un cambio radical en la estrategia de guerra, que junto con el aumento de los recursos en la campaña de reconstrucción del país asiático, debía llevar a la derrota de los insurgentes y el encaminamiento del esfuerzo bélico en Afganistán.

⁹ Ahmed Rashid, "How Obama lost Karzai", *sitio web Foreign Policy*, [en línea], marzo de 2011. disponible en: <http://www.foreignpolicy.com/>, consulta: 18 de marzo de 2011.



Así, se presentó la nueva estrategia de 'Contrainsurgencia'¹⁰ en 2006, que las fuerzas estadounidenses y sus aliados implementarían. Ésta buscaba combinar una ofensiva militar en el suroeste del país, junto con una mayor cercanía entre las fuerzas aliadas y la sociedad civil afgana y el mejoramiento de la acción gubernamental en las zonas arrebatadas a la insurgencia, con un especial enfoque en el entrenamiento de las fuerzas de seguridad locales. A finales de ese mismo año, unas disputadas y supuestamente arregladas elecciones presidenciales, volvieron a atender contra la relación de los oficiales internacionales y el gobierno del entonces reelecto Hamid Karzai. La presión de Estados Unidos y sus aliados europeos obligaron a una segunda vuelta que Karzai, no sin levantar nuevas dudas, ganó.

En diciembre de 2009, Obama ampliaría todavía más la presencia de sus tropas en Afganistán, buscando que el esfuerzo por entrenar a las fuerzas afganas de seguridad fuera más efectivo. Este incremento sin embargo, también delineaba la estrategia de salida, pues ponía el año 2011 como el inicio de la reducción de la presencia estadounidense en el país y en 2014 como la fecha límite en la que el último soldado abandonaría al gobierno afgano a su suerte. Nuevas ofensivas contra los talibanes y la utilización de pequeños aviones robot para atacar altos mandos talibanes refugiados en Pakistán, dieron un nuevo aire a la guerra, mientras los entrenamientos de las fuerzas de seguridad afganas continuaban a marchas forzadas.

No obstante, la nueva ofensiva y la famosa estrategia de 'Contrainsurgencia', que tantos éxitos tuvo en Irak¹¹, no han dado los resultados esperados, El gobierno y las fuerzas de seguridad afganas continúan siendo demasiado débiles y los esfuerzos de los aliados por fortalecerlos, mientras combaten a los talibanes, parecen resultar insuficientes. El grupo insurgente mientras tanto, ha ganado influencia en una parte importante del país, ampliando su presencia de la frontera y refugios en Pakistán al sur y al este, y llevando sus acciones terroristas a la capital y al norte, históricamente bajo la influencia del gobierno afgano y sus aliados. Hamid Karzai y su gobierno han retomado entonces una estrategia que desde el inicio de la ocupación había logrado algunos avances: buscar llegar a acuerdos con talibanes moderados para que desertaran. Estados Unidos se opuso en principio a estas negociaciones, pero empezó a participar en ellas en 2010, buscando reducir las fuerzas enemigas y aumentar las posibilidades de éxito del gobierno afgano una vez las tropas aliadas salieran del país. La intención de los acercamientos, que en primer lugar promovía la desertión de los combatientes de bajo rango, ha sido reemplazada con un esfuerzo más ambicioso por involucrar a altos mandos y comandantes talibanes en negociaciones más amplias.

Sin embargo, ONG`s, periodistas y analistas internacionales, señalaron que una negociación a gran escala con los talibanes, como la que el gobierno afgano busca, implicaría el compromiso de compartir el gobierno con el grupo insurgente y el seguro cambio de la constitución política afgana. Así pues, el futuro del país se debate entre la incorporación del Talibán al gobierno del país, que implicaría la reducción de los derechos ganados por la población civil

10 Head Quarters Department of the Army. "Counterinsurgency field manual", Washington DC, 2006.

11 "Stability Operations and State Building Continuities and Contingencies", Strategic Studies Institute, Colloquium Report, 2008 <http://strategicstudiesinstitute.army.mil>, consulta: 16 de marzo de 2011.



(sobre todo las mujeres), además de la segura disminución de la ayuda internacional; o una rápida retirada de las tropas aliadas y la toma de responsabilidades por parte de las inexperimentadas fuerzas afganas, que llevaría al recrudecimiento de la guerra.

Nuevos derechos, mismas realidades

El 3 de enero de 2004, la *Loya Jirga*¹² afgana promulgó una nueva constitución “en el nombre de Dios, el más magnánimo, el más misericordioso”¹³. En el preámbulo, los representantes afganos señalan las circunstancias históricas del país como determinantes del contenido de las normas y la importancia de observar los Derechos Humanos. El artículo sexto, por ejemplo, obliga a la creación de una sociedad próspera y progresista, que se base en la protección de los derechos humanos, la democracia, la unidad y la igualdad de todo el pueblo afgano. El séptimo, habla de la observancia de los tratados internacionales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y el número 22 prohíbe cualquier discriminación o distinción entre los ciudadanos afganos, señalando que “Hombres y mujeres, tienen iguales derechos y obligaciones ante la ley”.

Sin embargo, es todo menos una constitución liberal o laica. El artículo 17 ordena la promoción de las escuelas religiosas y mezquitas, el número 2 establece el Islam como religión oficial afgana y el 3 establece que ninguna disposición futura puede contravenir “la sagrada religión del Islam en Afganistán”. La libre asociación y conformación de partidos políticos también fue permitida, pero su ideología se restringió a la no contravención del Islam.

Las mujeres afganas, frente a su nueva constitución, no solo son iguales ante la ley, sino que pueden elegir y ser elegidas a cargos públicos (Art. 33), el número 43 convirtió la educación y el 48 el trabajo, en derechos de todos los afganos, mientras el 44 ordena la creación de programas que se ocupen de la educación balanceada de las mujeres. Las afganas pasaron en cuestión de unos años, de no poder abandonar sus casas sin un acompañante hombre a tener el derecho de ser electas a la presidencia. De la misma forma, para la Cámara Popular (cámara baja de la Asamblea Popular), se estableció, por medio del artículo 83, una cuota de dos mujeres representantes por cada provincia y para el Consejo de Ancianos (cámara alta), del 20% del total de los miembros (Art. 84). Finalmente, la Ley Electoral de 2005, reservó un cuarto de los Consejos Provinciales para las mujeres.

¹² Asamblea afgana.

¹³ Corte Suprema Afganistan, “The Constitution of Afghanistan”, *Sitio web Corte Suprema de Justicia*, [en línea], disponible en: www.supremecourt.gov.af, consulta: 15 de marzo de 2011.



De esta forma, docenas de mujeres se presentaron como candidatas a las elecciones generales afganas de 2005¹⁴ y millones tuvieron la posibilidad de votar. Incluso, Massouda Jalal, doctora pediatra que trabajaba con la ONU, se presentó como candidata a la presidencia del país. Sin embargo, durante la campaña y los días previos a los comicios la violencia e intimidación dirigidas a evitar que las mujeres participaran se incrementó sustancialmente. Por un lado, en el sureste del país, las fuerzas insurgentes talibanes iniciaron ataques y amenazas contra las candidatas y posibles votantes, mientras en el resto del país, las mujeres tuvieron que enfrentarse al legado de los decretos del antiguo régimen y de las viejas costumbres, que les impedían aspectos tan básicos de una campaña política como repartir volantes o colgar carteles con sus fotografías. Aún así, al finalizar la elección, el 28 por ciento de las curules del parlamento estaban ocupadas por mujeres.

Estos nuevos derechos y su ejercicio, representaron una mejora sustancial en las perspectivas de las mujeres de Afganistán y en sus esperanzas respecto al futuro. La situación, sin embargo, no mejoró con la rapidez que muchas organizaciones internacionales y las mismas afganas esperaban. La poca efectividad, la falta de voluntad del gobierno de Karzai y las fuerzas internacionales de comprometerse e invertir esfuerzos y recursos llevaron a que en 2009, por ejemplo, el informe de Human Rights Watch “We have the promises of the World”, diera voz a las preocupaciones generales sobre los verdaderos avances en la protección de los derechos de las mujeres. El reporte afirma que “Su situación es lamentable en todos los ámbitos, incluida la salud, la educación, el empleo, la protección contra la violencia, la igualdad ante la ley, y la participación política”¹⁵. Así, HRW dice que los principales esfuerzos y recursos del gobierno afgano, pero sobre todo, de sus aliados internacionales han estado enfocados en combatir a los insurgentes y mejorar la situación de seguridad, dejando de lado las terriblemente altas insuficiencias sociales, educativas y de salud pública del pueblo afgano. En marzo de ese año, el parlamento afgano discutió y aprobó, con la protesta de la minoría de parlamentarias mujeres, la Ley de la Familia Chiita, que regulaba aspectos sociales de los creyentes. La norma, que generó un amplio rechazo internacional y obligó a su revisión por parte del presidente Karzai, regulaba, al mejor estilo de los talibanes, la vida social de las mujeres de este grupo religioso. La realidad, como afirma el reporte, es que las ganancias hechas en el periodo 2001-2005, se han encontrado con varias amenazas en los últimos años, gracias a que el gobierno ha tenido que acercarse a las facciones más conservadoras del poder afgano para mantener su ya reducida gobernabilidad. Por eso, cuando Karzai revisó la Ley de la familia chiíta en 2009, aún con el rechazo de sus aliados occidentales, no encontró inconvenientes para aprobarla¹⁶.

14 Human Rights Watch. “Campaigning Against Fear: Women’s Participation in Afghanistan’s 2005 Elections”, 2005, [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org/>, consulta: 16 de marzo de 2011.

15 Human Rights Watch. “We Have the Promises of the World: Women’s Rights in Afghanistan”, 2009, , [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org>, consulta: 16 de marzo de 2011, p. 3

16 Gayle Tzemach Lemmon, “While the World scales back its Afghanistan ambitions, afghan women push forward”. *Huffington Post*, (15 de septiembre de 2010), [en línea], disponible en: <http://www.cfr.org/afghanistan/while-world-scales-back-its-afghanistan-ambitions-afghan-women-push-forward/p22949>, consulta: 12 de febrero de 2011.



La sociedad afgana aún sigue amenazada por el fantasma de su pasado bajo el régimen talibán. A mediados de 2010, la revista *Time* conmovió al mundo al publicar en su primera página una fotografía de Aisha, una mujer afgana de dieciocho años¹⁷. La fuerte imagen le recordó a Occidente el pasado de las mujeres en Afganistán, pero sobre todo, las amenazas que se ciernen sobre su futuro. Aisha vivía con su esposo en la provincia de Uruzgan, al sur del país, pero luego de varios meses de ser maltratada por sus suegros, decidió escapar de casa y buscar refugio en otro lugar. Su esposo, luego de consultar con el comandante talibán local, formó una partida con hombres del pueblo y raptó a Aisha del lugar donde se escondía. El veredicto ya había sido dictado por el líder talibán, entonces el esposo y el cuñado de la mujer se apresuraron a ejecutar el castigo. Mientras uno la sostenía, el otro utilizó un cuchillo para cortar las orejas y nariz de Aisha. La joven mujer fue abandonada en la intemperie, ahogándose con su propia sangre, mientras los hombres de la aldea volvían a sus casas.

Aisha, diría el mismo comandante talibán, sufrió un castigo ejemplar por su “delito” para disuadir a otras mujeres de hacer algo similar. La joven afgana sobrevivió a pesar de todo y luego de ser atendida por miembros de las fuerzas aliadas que la encontraron agonizando, se refugió en una casa para mujeres maltratadas en Kabul. Pero como acertadamente señala el artículo de *Time*, esta no es una historia del Afganistán de hace diez años, cuando los talibanes eran amos y señores del país y este tipo de actos se habían hecho cotidianos, sino en 2009, en medio de las fuerzas aliadas y el nuevo gobierno afgano. La portada de la revista traía el retrato de la desfigurada cara de Aisha, sin embargo, era el título lo que más polémica estaría destinado a levantar, rezando: “Lo que pasa si abandonamos Afganistán”. La publicación, aunque intentó distanciarse de presentar aquel reportaje como una apología a la ocupación estadounidense, dejó claro que la defensa y consolidación de los nuevos derechos adquiridos por las mujeres con la constitución de 2004 dependía en gran medida de la manera y el momento en que las tropas aliadas abandonaran Afganistán.

Sin embargo, Estados Unidos parece demasiado preocupado por encontrar una estrategia de salida. De esta forma, los oficiales estadounidenses han pedido que sus herramientas políticas aumenten, es decir, que tengan mayor margen de maniobra para pactar y hacer concesiones con la insurgencia talibán. El gobierno de Karzai ha entablado negociaciones similares por años, intentando atraer a los militantes de bajo rango o a los que han llamado ‘talibanes moderados’. Esta táctica se ha mantenido a una escala pequeña y no ha supuesto hasta el momento un desafío para la sociedad afgana, que es la que al final de cuentas acoge a los insurgentes en la civilidad. Aún así, el afán del gobierno afgano y los aliados de pacificar el país antes de la retirada de las tropas internacionales, han llevado a considerar una negociación de mayor alcance, donde se incluya a los mandos talibanes.

¹⁷ Aryn Baker, “Afghan Women and the return of the Taliban”. *Time* (29 de junio de 2010), [en línea], disponible en: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2007238,00.html>. consulta: 8 de febrero de 2011.



El verdadero alcance de los diálogos entre el gobierno, los aliados y el Talibán son hasta ahora desconocidos y sin embargo, las mujeres afganas, representadas por las parlamentarias en la Asamblea, han expresado su preocupación porque lo primero que Karzai esté dispuesto a entregar y los talibanes a exigir sean los derechos ganados con tantos esfuerzos por las afganas en los últimos años. Tanto el gobierno afgano como los aliados han descartado esa posibilidad y aseguran que la constitución afgana no es negociable. Aún así, la misma norma superior de Afganistán es susceptible a ser manipulada según pueda cambiar el ambiente político del país. El artículo tercero, por ejemplo, estipula que ninguna ley podrá contravenir los principios del Islam. De esta forma, dependiendo de como se entiendan e interpreten estos principios, toda la constitución y todas las normas serían susceptibles a profundos cambios. Así, con un gobierno más conservador (en donde participen, por ejemplo, los talibanes reintegrados), la participación de las mujeres en política o su posibilidad de trabajar, educarse y moverse libremente, podría negarse.

Karzai, por otro lado, ha dejado claro que su disposición de negociar con los talibanes se mantiene y aunque niega que vayan a hacerse amplias concesiones, la sola posibilidad de que los talibanes puedan participar del proceso político afgano representa ya una gigantesca amenaza para las mujeres y sus recién estrenados derechos. El mismo presidente afgano también ha dicho que¹⁸, viéndose abandonado demasiado pronto por las fuerzas aliadas y no teniendo otra alternativa, se vería obligado a entrar en negociaciones con los altos mandos talibanes, en orden de evitar una guerra civil. En este escenario, las probabilidades de que los insurgentes entren al gobierno en una posición de fuerza son mucho mayores y que algunas, sino todas las disposiciones que existían bajo su régimen vuelvan, es lo más seguro.

Así pues, tanto una negociación rápida promovida por las fuerzas aliadas que lleve a la desmovilización de grandes porciones de las fuerzas talibanes, como una salida apresurada de las fuerzas aliadas, que lleve a un debilitado Karzai a pactar con la insurgencia, representan una sentencia de muerte para los derechos de las mujeres afganas y un retroceso enorme en el lento progreso que hasta el momento y con tantos sacrificios, han logrado.

La reconstrucción del Estado afgano

La estrategia de contrainsurgencia estadounidense, tanto en Irak como en Afganistán, se ha sostenido siempre en los principios tácticos de “Despejar, Mantener, Construir”¹⁹. Aunque las dos primeras fases son puramente militares, la última implica el esfuerzo de muchos más actores en alcanzar un objetivo sustancialmente más ambicioso. La fase ‘Construir’ se centra en el fortalecimiento social, político y económico de una comunidad, en asegurar que las deficiencias que en el pasado tiñeron de violencia e inestabilidad esa zona no puedan

18 Ahmed Rashid, “How Obama lost Karzai”. Foreign Policy, (marzo/abril 2011), [en línea], disponible en: http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/22/how_obama_lost_karzai, consulta: 18 de marzo de 2011.



aprovecharse nuevamente de estas debilidades para regresar. La construcción, como parte fundamental de la estrategia de contrainsurgencia se centra entonces en la búsqueda de que sus acciones sean sostenibles y que garanticen en el futuro unas circunstancias mucho más ventajosas para la población civil.

La construcción estatal, entendida como “el esfuerzo por construir o reconstruir un Estado luego de que sus instituciones de gobierno han colapsado o han sido derrocadas”²⁰, supuso desde los inicios de la guerra en Afganistán una de las prioridades de la misión de los países aliados. De esta forma, la idea de dejar tras de sí un país estable devendría en la mejora de la propia seguridad de los Estados Unidos, sus aliados europeos y el mundo entero. Esto además, dio mucha más fuerza al compromiso de la OTAN, la ONU y un gran número de ONGs involucradas, para reconstruir el Estado afgano. Así pues, una protección efectiva de los derechos humanos puede afianzar los éxitos de una política de estabilización.

Así pues, se pueden delinear cómo los principios de la reconstrucción estatal, encaminados por supuesto a la mejora de la estabilidad y paz de una región: velar por el respeto de la ley, buscar la seguridad civil, militar y económica, perseguir la legitimidad, y fomentar el desarrollo, la autonomía, la autosuficiencia y la comunicación²¹. Es decir, el concepto de construcción estatal que se configura dentro de la estrategia de contrainsurgencia de Estados Unidos como el conjunto de disposiciones y momentos que deben alcanzarse para que el Estado afgano pueda sobrevivir a los increíbles desafíos en términos de seguridad, desarrollo económico y social a los que se enfrenta, una vez las tropas internacionales abandonen el país. Esta situación permite que además, se alcance el sustento para la protección y promoción de los derechos humanos dentro de su territorio y se construyan las bases para el desarrollo y el respeto de los derechos políticos de los ciudadanos afganos, especialmente los de las mujeres.

Todos estos principios de la Reconstrucción Estatal identificados por las fuerzas estadounidenses, corresponden con uno de los elementos de la doctrina de Responsabilidad de Proteger (R2P): la responsabilidad de reconstruir.

²⁰ Strategic Studies Institute, “Stability Operations and State Building Continuities and Contingencies”, Colloquium Report, 2008, [en línea], disponible en: <http://strategicstudiesinstitute.army.mil>, consulta: 16 de marzo de 2011, p.8

²¹ Op. cit., p.263



La Responsabilidad de Proteger²²

El mundo posterior a la Guerra Fría no solo dejó a Estados Unidos como el Estado con mayor poder en el mundo, al tiempo generó una transformación en la naturaleza de las guerras que sucederían a partir de la caída de la Unión Soviética, en donde varios Estados se desintegraron para convertirse en pequeños Estados – Nación, lo que generó que se dieran choques entre grupos étnicos y nacionalismos, como ocurrió en la antigua Yugoslavia, Rwanda y Kosovo. Es así como las guerras ya no serían guerras clásicas (de un Estado contra otro), sino que se configuran otras nuevas, conflictos ocurridos dentro de los Estados y que dejan como víctimas, no a los miembros de sus fuerzas militares, sino a su población civil²³.

Ante esta realidad surgió una opción que pretendía la protección de esos ciudadanos, ésta es la intervención humanitaria. Pero junto con ella, surgieron variedad de oposiciones y de preguntas en cuanto a la posibilidad de intervenir, el momento de hacerlo, la forma y de quién tenía la autoridad para llevarlo a cabo. Además de su legalidad a la luz del principio de no injerencia en los asuntos de otros Estados, promulgado en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Es así como surgió la necesidad de crear un marco de principios para la intervención humanitaria que sirviera de guía para las futuras respuestas que se pudieran dar en torno a los conflictos dentro de los Estados en donde se violaran los derechos humanos de sus ciudadanos.

Así fue como la “Comisión Internacional sobre Intervención y la Soberanía Estatal” (CIISE) fue conformada, con el objeto de evaluar las complejidades morales, jurídicas y prácticas de implementar una doctrina que justificara la intervención humanitaria.

De esta forma, la CIISE se concentró en la idea de *Responsabilidad de Proteger* (R2P), esto es, la convicción de que los Estados soberanos tienen una responsabilidad intrínseca de proteger a sus propios ciudadanos de genocidios, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes de lesa humanidad, ya sea por terceros o por el mismo ente estatal. Es la idea, básicamente, de que la soberanía estatal no puede entenderse solo como un derecho, sino que conlleva deberes de los Estados con sus ciudadanos. De la misma forma, si estos Estados son incapaces o se niegan a proteger estos derechos, ésta responsabilidad debe ser asumida por la comunidad internacional.

22 En el momento de la invasión de Estados Unidos a Afganistán (finales de 2001), la doctrina de Responsabilidad de Proteger no existía y por tanto, no fue invocada antes de la acción bélica. Así pues, no se quiere sugerir que la doctrina habría podido usarse para justificar la invasión a Afganistán. La doctrina se estaba formulando en ese momento; hay que aclarar que el panorama viene a esta modificado por el 9-11 y más adelante por la NSS.

23 En gran parte de estos conflictos se reclamaban mayores derechos políticos o alcanzar otros objetivos políticos, reivindicaciones que durante la Guerra Fría se suprimían fácilmente con el uso de la fuerza. Para numerosos Estados, la pos-Guerra Fría supuso un nuevo interés por la democratización, los derechos humanos y la gobernanza. En otros conflictos sin embargo, el objetivo de los grupos armados era aprovechar la debilidad Estatal para hacerse con ciertos recursos o con un botín, dificultando la construcción de una nación y generando consecuencias políticas y humanitarias negativas para la población.



Para la Comisión, lo más importante de esta doctrina es la reformulación de quién tiene verdadera importancia en los conflictos, y estos son las personas cuyos derechos son violados. Se trata de “centrar la atención internacional donde siempre debería haber estado: en el deber de proteger a las comunidades de los asesinatos masivos, a las mujeres de las violaciones sistemáticas y a los niños del hambre”²⁴. La situación de las mujeres de Afganistán bajo el régimen Talibán es un claro ejemplo de cómo un Estado falla en la protección de sus ciudadanos, sea porque es incapaz o porque es él mismo quien lo perpetra.

Es así que la violación de los derechos de las mujeres afganas a manos de los talibanes es un llamado urgente a la responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional, para que tome las medidas pertinentes que permitan detener esas violaciones y protejan a la población víctima de ellas.

La Responsabilidad de Reconstruir

La *Responsabilidad de Proteger*, va más allá de las intervenciones militares, pues contiene más obligaciones que la de reaccionar. Se trata también de la *responsabilidad de prevenir* y de la *responsabilidad de reconstruir*. La primera se refiere a “abordar las causas directas y profundas del conflicto interno y de otras crisis ocasionadas por el hombre, que ponen en peligro a la población en riesgo”²⁵. La segunda tiene que ver con “proveer particularmente después de una intervención militar, asistencia con recuperación, reconstrucción, reconciliación, abordando las causas de los daños que la intervención detuvo o evitó”²⁶

La CIISE establece que ésta es una obligación de los Estados intervinientes, pues el que lo haga debe tener la voluntad no solo de proteger a la población víctima, sino de “ayudar a consolidar una paz duradera y promover la gobernanza [...] el desarrollo sostenible”²⁷ y el estado de derecho. Ésta responsabilidad debe realizarse en cooperación con las autoridades locales, para que una vez asegurado el orden público y garantizada la seguridad, se transfiera de manera paulatina, la autoridad de reconstruir a los nuevos líderes locales. Pero para que ello suceda, la comunidad internacional, representada en una coalición de Estados, tendrá que dedicar recursos y el tiempo pertinente hasta que los objetivos que se tenían con la intervención se cumplan, ya que “al contemplar la posibilidad de una intervención militar, también es fundamental disponer de una estrategia relativa al periodo posterior a la intervención”²⁸. Así pues, la intervención militar no sólo sirve para evitar que se intensifiquen o se sigan dando los conflictos razón de la intervención, sino que también es necesaria una táctica que contrarreste directamente las condiciones que la generaron en primer lugar. A

24 ICISS, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa, 2001, p. 18.

25 Gareth Evans, “From Humanitarian Intervention to R2P” *Wisconsin International Law Journal*, vol. 24, núm.3, 2006, p.709.

26 *Op. cit.*

27 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Op. cit.*, p. 43

28 *Op. cit.*



ésta medida se le llama la *Consolidación de la paz*²⁹. Una manera de conseguirla es a través del proceso de reconciliación de los adversarios en el conflicto, para que conjuntamente reúnan los esfuerzos que se necesitan para reconstruir la comunidad y se creen buenas condiciones de vida y empleo. El ex secretario general de la ONU, Kofi Annan, señaló: “por consolidación de la paz después de los conflictos entiendo las medidas que se adoptan una vez terminado un conflicto para afianzar la paz y evitar que rebrote aquél [...] para consolidar la paz, tal vez haya que crear instituciones nacionales o afianzarlas, vigilar la celebración de elecciones, promover el respeto de los derechos humanos, ayudar a ejecutar programas de reinserción y rehabilitación y crear las condiciones necesarias para reanudar el proceso de desarrollo [...] promover la integración política y la unidad nacional; garantizar que los refugiados y los desplazados puedan repatriarse y volver a establecerse [...] y encauzar los recursos nacionales e internacionales hacia las actividades de reconstrucción”³⁰.

Otra parte importante de la reconstrucción es la seguridad, cuando en ocasiones las fuerzas intervinientes deben hacer las veces de policía, pues deberán imponer la paz y defender el territorio en donde están. Es decir, una vez realizada la intervención que pone fin al conflicto, las fuerzas intervinientes deben asegurar la protección básica de la vida de las personas y de sus bienes. Se trata de que no existan “minorías culpables” que puedan ser víctimas de los opresores, posterior a la intervención. Ello se consigue con el *desarme* de las facciones beligerantes, *la desmovilización y la reintegración* de las fuerzas de seguridad locales para que se consolide la paz a largo plazo y para que se restaure el orden público, a través de la formación de ejércitos compuestos por miembros de fuerzas contrarias, “vital para la reconciliación nacional y la protección del Estado reconstituido una vez se retiren las fuerzas de intervención”³¹. Es necesario señalar que todo ello no se puede conseguir sin un adecuado sistema judicial que la mayoría de las veces también es necesario reconstruir, como modelo transitorio que se encargue de ser una parte de la consolidación de la paz, mientras se restablecen las instituciones locales, para ser (así sea temporalmente) la base que garantice que no habrá nuevas violaciones de derechos humanos, para defender el derecho internacional humanitario, para juzgar a los culpables y para asegurar el regreso de los refugiados a su territorio dentro de un marco legal.

El último aspecto de la *Responsabilidad de Reconstruir* se refiere a “fomentar [...] el crecimiento económico, el renacimiento de los mercados y el desarrollo sostenible [...] esencial para la recuperación general del Estado”³². Posterior a la intervención, esa responsabilidad es transferida a las autoridades locales (nuevos líderes), quienes junto a los organismos de desarrollo, deben ejecutar los proyectos relativos a ese tema. En este aspecto es importante incluir a los excombatientes, pues la idea de participar en los proyectos de desarrollo que dan pie a la reconstrucción del Estado, hace que “cobren conciencia [...] de sus futuras opciones

29 Op. cit.

30 Op. cit, p. 44

31 Op. cit, p. 45

32 Op. cit, p. 47



y oportunidades, y cuanto antes tenga la comunidad pruebas concretas y tangibles de que la vida civil puede volver a la normalidad en condiciones de seguridad, más positiva será su respuesta en relación con el desarme y las cuestiones conexas”³³.

La CIISE es enfática al señalar la importancia de la *reconstrucción*, pues el fin de la intervención se da solo cuando hay una “estabilidad auto sostenida” del territorio en donde se intervino, “sería una irresponsabilidad que las coaliciones o naciones intervinieran sin la voluntad de reinstaurar la paz y la estabilidad y de mantener una operación después de la intervención todo el tiempo que sea preciso”³⁴. Pues si eso no se asegurara, “la experiencia demuestra que, si no se resuelve pronto el problema de la seguridad interna, las ‘viejas’ costumbres y estructuras volverán a salir a la luz, menoscabando los esfuerzos por consolidar la paz después del conflicto”³⁵.

En la Cumbre Mundial de 2005, ciento setenta naciones pertenecientes a la ONU reconocieron la necesidad de implementar al sistema jurídico internacional la doctrina de *Responsabilidad de Proteger*. Dentro de ese grupo de países se encontraba Estados Unidos, que al comprometerse con la doctrina, implícitamente suscribió a su elemento de *Reconstruir* y a las responsabilidades que esta conlleva. Es decir, así Estados Unidos no haya invocado la R2P para intervenir en Afganistán, no lo libra de las obligaciones que se tienen con un país posterior a una intervención armada.

Lo que pasará si abandonan Afganistán

La situación de las mujeres en Afganistán ha mejorado notablemente, sin desconocer los enormes retos para el futuro, y resultaría injusto, inconsecuente e irresponsable que las fuerzas estadounidenses, junto con todo el apoyo internacional, abandonaran el país antes de que las condiciones necesarias para defender estos avances hayan sido alcanzadas por el gobierno, el Estado y el pueblo afgano. La sostenibilidad de las mejoras en las condiciones de vida de los habitantes de Afganistán debe ser la prioridad de la estrategia de reconstrucción, e incluso de salida, de Estados Unidos. Su propia aproximación de contrainsurgencia incluye los elementos delineados por la *Responsabilidad de Reconstruir* de la *Responsabilidad de Proteger*.

Retirarse demasiado pronto, o antes de lo necesario, puede llevar a que el débil Estado afgano sucumba ante la amenaza talibán, bien porque se vea obligado a negociar y hacer concesiones con la insurgencia, como si esta logra volver, por la vía de las armas, al poder. De la misma forma, “no se puede acabar con el terrorismo a menos que se garantice el orden en las zonas anárquicas en las que los terroristas encuentran cobijo. En Afganistán, esto equivale a implicarse en la construcción nacional y en la creación de un Estado que

33 Op. cit.

34 Op. cit, p. 69

35 Op. cit.



sea lo suficientemente fuerte como para impedir el retorno de Al Qaeda”³⁶. Es así como los derechos políticos de las mujeres y su ejercicio efectivo, se vuelven fundamentales para el propio proceso de consolidación de los derechos humanos, la Constitución de 2004 y la estabilidad del país. Pues una asamblea sin representación de las mujeres será mucho menos proclive a defender estos derechos y porque de la presencia femenina en el proceso político afgano dependerá también la legitimidad de su gobierno y su futuro dentro de la comunidad internacional. La participación política entonces, se configura como uno de los sustentos sobre los cuales la protección de los derechos humanos de las mujeres se mantendrá.

La estabilidad también está en juego y aunque Estados Unidos no invocó R2P cuando intervino en Afganistán (sobre todo porque no existía como doctrina), puede servirse de sus principios para determinar los objetivos de reconstrucción estatal que garanticen la estabilización del país. De esta forma, un Afganistán con un Estado más legítimo y fuerte, significa un incremento en la seguridad de Estados Unidos y el resto del mundo.

Así pues, las amenazas se ciernen sobre el futuro del Estado afgano y sus verdaderas probabilidades de sobrevivir sin el apoyo de las tropas internacionales. De esta forma, por ejemplo, las fuerzas de seguridad afganas, según algunos de los propios parlamentarios del país³⁷, no se encuentran preparadas en términos de entrenamiento, experiencia, equipamiento o liderazgo para la difícil tarea de enfrentar a la insurgencia. Sin embargo, desde mediados de 2011, empezarán a tomar mayores responsabilidades en la seguridad de las provincias afganas y para 2014 deberán tomar el control total del país. Afganistán no puede retroceder por el camino de la inestabilidad, la injusticia y la guerra civil del que tanto, y con tantos esfuerzos se ha alejado. Estados Unidos cuenta con una responsabilidad política, moral y jurídica (por medio de su *Responsabilidad de Reconstruir*) de no abandonar Afganistán hasta que el Estado afgano cuente con la fuerza suficiente para defender la Constitución Política de 2004 dentro de su territorio, garantizando así la protección de los derechos y libertades de su población y específicamente, los de sus mujeres, previniendo las violaciones sistemáticas de las que son víctimas todos los días.

36 Michael Ignatieff, “El nuevo imperio americano: la reconstrucción nacional en Bosnia, Kosovo y Afganistán”, Paidós, Barcelona, 2003, p. 71

37 John Wendle, “Are afghan security forces ready to take over?” *Time* (marzo 18 de 2011) [en línea], disponible en: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2058942,00.html>, consulta: 19 de marzo de 2011.



Bibliografía

- Baker, Aryn. "Afghan Women and the return of the Taliban". *Time* (29 de junio de 2010), [en línea], disponible en: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2007238,00.html>, consulta: 8 de febrero de 2011.
- Bruno, Greg y Kaplan, Eben. "The Taliban in Afghanistan". *Council of Foreign Affairs*. (2009). [Http://www.cfr.org/](http://www.cfr.org/), consulta: 10 de febrero de 2011.
- ICISS, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa, 2001.
- Evans, Gareth. "From Humanitarian Intervention to R2P", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 24, núm.3, 2006, p.709.
- Head Quarters Department of the Army. "Counterinsurgency field manual", Washington DC, 2006.
- Human Rights Watch. "Backgrounder on Afghanistan: History of the war". <http://www.hrw.org/>, consulta: 15 de febrero de 2011.
- Human Rights Watch. "Campaigning Against Fear: Women's Participation in Afghanistan's 2005 Elections", 2005, [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org/>, consulta: 16 de marzo de 2011.- Human Rights Watch. "Systematic Violations of Women's Rights in Afghanistan", 2001, [en línea], disponible en: <http://www.hrw.org/>, consulta: 14 de marzo de 2011, p.6
- Human Rights Watch. "We Have the Promises of the World: Women's Rights in Afghanistan", 2009, , [en línea], disponible en: http://www.hrw.org, consulta: 16 de marzo de 2011, p. 3
- Human Rights Watch, "We Want to Live As Humans: Repression of Women and Girls in Western Afghanistan". Human Rights Watch, 2002. http://www.hrw.org, consulta: 15 de marzo de 2011.
- Ignatieff, Michael. "El nuevo imperio americano: la reconstrucción nacional en Bosnia, Kosovo y Afganistán", Paidós, Barcelona, 2003.
- Jones, Seth G. "Getting Back on Track in Afghanistan". Testimony presented before the House Foreign Affairs Committee, Subcommittee on the Middle East and South Asia on April 2, 2008.



-Lemmon, Gayle Tzemach. "While the World scales back its Afghanistan ambitions, afghan women push forward". Huffington Post, (15 de septiembre de 2010), [en línea], disponible en: <http://www.cfr.org/afghanistan/while-world-scales-back-its-afghanistan-ambitions-afghan-women-push-forward/p22949>, consulta: 12 de febrero de 2011.

-Library of Congress-Federal Research Division. "Country Profile: Afghanistan". 2008, consulta: 1 de marzo de 2011.

-Physicians for Human Rights. "Taliban's war on women. A health and human rights crisis in Afghanistan". Boston-Washington DC, 1998, consulta: 15 de marzo de 2011.

-ONU "Implementando la Responsabilidad de Proteger: reporte de Secretario General". Resolución A/63/677. 2009. <http://www.un.org/Docs/journal/ws.asp?m=A/63/677>, consulta: 19 de marzo de 2011.

- Rashid, Ahmed. "How Obama lost Karzai", *sitio web Foreign Policy*, [en línea], marzo de 2011. disponible en: <http://www.foreignpolicy.com/>, consulta: 18 de marzo de 2011.

-Schadlow, Nadia. "There Is No Neutral". *Foreign Policy*, marzo 16 de 2011. <http://www.foreignpolicy.com/>, consulta: 18 de marzo de 2011.

-Strategic Studies Institute. "Stability Operations and State Building Continuities and Contingencies", Colloquium Report, 2008 [en línea] disponible en: <http://strategicstudiesinstitute.army.mil>, consulta: 16 de marzo de 2011.

-Corte Suprema Afganistan, "The Constitution of Afghanistan", *Sitio web Corte Suprema de Justicia*, [en línea], disponible en: www.supremecourt.gov.af, consulta: 15 de marzo de 2011.

-Young, Dennis O. "Overcoming the obstacles to establishing a democratic state in Afghanistan". Strategic Studies Institute. Octubre 2007. <http://strategicstudiesinstitute.army.mil>, consulta: 6 de marzo de 2011.

-Wendle, John. "Are afghan security forces ready to take over?" *Time* (marzo 18 de 2011) [en línea], disponible en: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2058942,00.html>, consulta: 19 de marzo de 2011.



Solving Problems Without Passports: Peace Through Commerce

✉ By: Ana Estrada Sierra¹

Poverty is the ultimate systemic threat facing humanity. The widening gaps between rich and poor nations ... are ... potentially socially explosive ... If the poor are left hopeless, poverty will undermine societies through confrontation, violence and civil disorder.

Michel Camdessus, Managing Director of the IMF, 2000

Abstract

Governance is the regulation of interdependent relations in the absence of, or in spite of, an overarching political authority. At a global level, one of the purposes of governance is to solve problems and implement policies that affect a vast majority of people and States by regulating and solving problems at the global scale. Human development, or the lack there of, affects most of the world's population in multiple ways. Several organizations are involved in trying to solve the different global issues such as global access to commerce and education, factors that deter people from achieving a better life if not achieved. Violence and conflict also hinder development. "Peace though Commerce" is an initiative that showcases the positive effects of global governance. This is a proposal with a multisector approach that helps implement policies that help solve one of the biggest issues that hinders development: the lack of jobs. The goal of commerce is not just to ensure sound progress; it is also a way to prevent countries from becoming less developed because of war or slipping into crisis because of poor commerce.

¹ Law student in her fifth year at Eafit University. Email: aestra11@eafit.edu.co



Key words

Global governance, human development, peace through commerce, millennium goals, United Nations Development Program

Resumen

La gobernabilidad global es la regulación de relaciones interdependientes en la ausencia de una autoridad política superior, o a pesar de ella. A un nivel global, uno de los propósitos de la gobernanza global es resolver problemas e implementar políticas que afectas a una gran mayoría de personas y de Estados mediante la solución y regulación de problemas a escala global. Varias organizaciones están involucradas en tratar de resolver diferentes problemas como lo son el acceso al comercio y la educación, factores que disminuyen las posibilidades de las personas de alcanzar una vida mejor de no tenerlo. La violencia y el conflicto también obstaculizan el desarrollo. “Paz a través del Comercio” es una iniciativa que muestra los efectos positivos de la gobernanza global. Esta propuesta con un enfoque multisectorial que ayuda a implementar políticas que resuelven uno de los mayores problemas que obstaculiza el desarrollo: la falta de trabajo. El objetivo del comercio no es sólo asegurar el progreso, es también una manera de evitar que los países se vuelvan menos desarrollados debido a la guerra, o caer en una crisis debido a problemas económicos.

Palabras claves

Gobernabilidad global, desarrollo, paz a través del comercio, objetivos del milenio, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo

Global Governance

The term governance comes from the Latin word for “rudder” that means steering, and it was first used in the 12th century in France to designate the administration of baillages², later on in England it was the way that feudal power was organized, where there was no central power as such, but a body that was in charge of settling disputes peacefully and see that any conflict of interest was consulted with those involved.

² Pascal Lamy, “Globalization and Global Governance”, *The Globalist*, November 7, 2006.



Today, decades after the peace of Westphalia, globalization reveals a new sphere of common interests that transcends states and cultures. New problems have arisen for the international community such as terrorism, the global market, extreme poverty and infectious diseases. States find themselves at an impasse, as there is a disproportion between their role and the actual capacity they have to handle issues. This calls for new forms of relationships between states and the emerging actors in the international system, a new form of governance that guides the actions of all actors in order to pursue the achievement of common goals.

Governance, according to the Commission on Global Governance³, is the sum of the many ways that individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. Since governance without government characterizes world politics⁴, the process of governance encompasses a broad range of actors such as states, international organizations, individuals, multinational corporations, civil society and NGOs among others. Therefore, global governance can be understood as the output of a non-hierarchical network of interlocking international institutions that regulate the behavior of states and other international actors in different areas of world politics⁵.

Former UN Secretary-General Kofi Annan stated in the Millennium Report that the World faced some challenges that the UN had to help solve. Mr. Annan proposed the creation of a disaster response initiative and a health internet network and enumerated, among other things, priorities that governments should address. All of this was written under the understanding that "all these proposals are set in the context of globalization, which is transforming the world as we enter the twenty-first century"⁶. In other words, globalization is a challenge, but also the driving force of international governance systems⁷. Globalization not only alters the relationship between governments and market forces, but also the identities and activities of transnational social actors⁸.

The public policy challenges that a country faces transcend their borders, they are also the problems that a whole region face, or even the world. In areas such as the environment, finance, poverty, human rights, health there is a growing recognition among the international community that such issues have to be addressed outside of the traditional state system where each country tries to find a public policy solution on their own. Thus, more extensive

3 Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford University Press, 1995, p. 2.

4 James N. Rosenau and Ernst-Otto Czempiel, eds., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, New York, Cambridge University Press, 1992.

5 Volker Rittberger, "Globalisierung und der Wandel der Staatenwelt. Die Welt regieren ohne Weltstaat" in: Ulrich Menzel ed., *Vom ewigen Frieden und vom Wohlstand der Nationen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, p. 198.

6 United Nations Department of Public Information, "We The Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century: The Millennium Report", New York, UN Department of Public Information, 2001, p. 6.

7 Tanka Brühl and Volker Rittberger, "From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century" in: Volker Rittberger, ed., *Global Governance and the United Nations System*, Tokyo, United Nations University, 2000, p. 1.

8 Cecilia Lynch, "Social Movements and the Problem of Globalization", *Alternatives*, vol. 23, issue 2, 1998, p. 149.



and effective global governance is required. Although states are sovereign and possess the exclusive authority over their territories and populations, there are a range of organizations and institutions that provide a measure of help to them in certain areas⁹ and that influence the world by establishing a system for regulating the interactions of the states that lie beyond its own internal actions.

Global Governance: Human Development

Governance denotes the regulation of interdependent relations in the absence of overarching political authority, such as in the international system¹⁰. They can be visible, like practices and guidelines or the product of temporary units such as coalitions. But it can also take the shape of formal rules, roles and institutions, like laws, norms, codes of behavior and organizations that manage the collective affairs of a variety of actors in international relations such as state authorities, civil society organizations and private sector entities. With the above mechanisms and arrangements the collective interests of the community are articulated, rules and obligations are established and disputes are resolved. Global governance can thus be defined as the sum of laws, norms, policies, and institutions that define, constitute and mediate transborder relations between states, cultures, citizens, intergovernmental and nongovernmental organizations and the market.

Global governance helps solve what former Secretary-General of the UN called “problems without passports” and responds to the birth of non-state entities that wheel more power every day. In the face of these widespread economic, environmental and technological problems, the State is no longer the ideal venue to deal with the changes. In David Held’s words, “The paradox of our times refers to the fact that the collective issues we must grapple with are of growing cross-border extensity and intensity, but the means for addressing these are state-based, weak and incomplete”¹¹.

Human development is, according to the United Nations, “expanding the choices for all people in society”¹². This means that poor and vulnerable men and women are the main focus of the development process that seeks to create an enabling environment in which life opportunities and natural systems on which life depends on are preserved so that all can enjoy long, healthy lives.

9 Kenneth W. Abbot et al., “The Concept of Legalization”, *International Organization*, vol. 54, issue 3, p. 401.

10 James N. Roseneay and Ernst-Otto Czapfpiel supra note 3; Leon Gordenker and Thomas G. Weiss, “Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions” in Leon Gordenker and Thomas G. Weiss, eds., *NGOs, the UN and Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner, 1996, p. 17.

11 David Held “The changing Face of Global Governance: between past Strategic Failure and Future Economic Constraints” *Social Europe Journal*, vol. 4, issue 1, 2010.

12 United Nations Development Program, *Human Development Report*, New York, Oxford University Press, 1996.



In a 1994 document entitled Initiatives for Change, the United Nations Development Program [hereinafter UNDP] stated that “the goal of the governance initiatives in this area is to development capacities that are needed to realize development that gives priority to the poor, advances woman, sustains the environment and creates needed opportunities for employment and other livelihoods”. Therefore, in order for the global governance of human development to be effective it must comprehend three angles: economic, administrative and political.

The economy is regulated, from an international perspective, by three main institutions. On one side are the World Bank and the International Monetary Fund who are lenders. These institutions have bargaining power with countries that want a loan. Also, the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization [hereinafter WTO] is the arena in which complaints are launched in order for the affected party to seek a compensation for commercial losses resulting from the non-compliance with the organization’s agreements by another Member, constraining the field of action of member states.

Administrative governance is the system that implements policies. In this area, although the International Monetary Fund [hereinafter IMF], World Bank and WTO have to carry out and supervise in most cases their own policies and plans, it is the UN, specifically UNDP the one that plays a significant role in coordinating activities in the filed of development. While the first group is in charge of the macro economic factors, debt payment and the liberalization privatization debates, the UN is involved with the human aspects of development in a process that is persuasion based.

The UN Development group unites the 32 UN funds, programs, agencies, departments and offices that play a role in development such as the International Labor Organization, UNESCO, UNDP, and has observing members such as the World Bank. Their objective is to deliver a coherent, effective and efficient support to countries seeking to attain internationally agreed development goals¹³. The United Nations Development Group (UNDG) develops policies and procedures that allow member agencies to work together and analyze country issues, plan support strategies, implement support programs, monitor results and advocate for change, increasing the impact of the UN and member agencies in the achievement of the Millennium Development Goals.

From the political perspective, governance is the process of decision making to formulate a policy. All of the organization above mentioned count with this. However, they are really oversight institutions. The State, specifically the government and civil society have a very important role in the political aspect of human development governance. They are accountable for every action within the State and must strive for transparency, procurement and accountability of the initiatives that the international actors decide to implement and in most cases must count with their approval.

13 United Nations Development Group, [on line] available at: www.undg.org, accessed at: April 1, 2011.



What to do?

Global governance for human development have become an important subject in the international agenda. For example, the Security Council no longer focuses only on international conflict prevention, solution and recovery, it also deals with natural disasters, such as Haiti¹⁴, HIV/AIDS¹⁵ and poverty¹⁶ among other subjects. However, the WTO the IMF and the World Bank are the institutions that have a true impact on development and thus are at the center of the subject's global governance.

According to the UNDP, there are five aspects to sustainable human development, that in one way or another affect the lives of those most in need¹⁷. Empowerment is an important factor as it improves the capabilities of people and enables them to exercise choices and participate in their community in order to make the necessary changes to succeed in their endeavors. Another element of development is cooperation: people must work together and interact with each other in order to foster a sense of belonging. Equity is also important, as enhancing capabilities and creating opportunities does not refer only to income, but also health and education which lead to sustainability, as the needs of one generation must not compromise those of the next ones. Finally, security is of the outmost importance, citizens need to be without threats be it disease, repression, harm or to their livelihoods.

In order to achieve a sound human development that follows the above criteria, the work done by the international community must focus on the elimination of poverty, creation of jobs, enhancing the livelihoods of people, protecting and regenerating the environment and promoting the advancement of woman. The UN Millennium Declaration states that creating an environment that is conducive to development and elimination of poverty, depends among other things, on good governance at the national and international level and on the transparency of the economic system (financial, monetary and trading). The Monterrey Consensus¹⁸ reflects the position of the governments regarding this, as they agreed that good governance at all levels is imperative for sustainable development, economic growth and poverty reduction.

The WTO is the focus of the international policy debate and advocacy. It has a major influence in shaping economic policy at the global and local level as a result of the paradigm it promotes and the policy decisions reached by all its Members. The purpose of the WTO and the world

14 SC Res. 1892, UN SCOR, 6200th Mtg., UN Doc. S/1892 (2009) 1; SC Res. 1840, UN SCOR, 5993 Mtg., UN Doc S/1840 (2008) 1; SC Res. 1780, UN SCOR 5758 Mtg., UN Doc S/1780 (2007) 1; sc Res. 1908, UN SCOR, 6261st Mtg., UN Doc. S/1908 (2010) 1.

15 SC Res. 1308, UN SCOR, 4172nd Mtg., UN Doc. S/1308 (2000) 1.

16 SC Res. 1325, UN SCOR, 4213 Mtg., UN Doc. S/1325 (2000) 1; Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Woman, National Implementation of Security Council Resolution 1325 (2000) in Africa: Needs Assessment and Plan for Action, Needs Assessment Report, 2000.

17 United Nations Development Program, "Good governance-and sustainable human development", 1997.

18 "Monterrey Consensus on Financing for Development", Monterrey, Mexico 18-22 March 2002, United Nations publication.



trade regime that it creates is to improve the quality of life all around the world, rather than being exclusively centered in maximizing trade. The objectives that the WTO serves are listed in the first paragraph of the Marrakesh Agreement establishing the organization:

“Raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective need and concerns at different levels of economic development”¹⁹

A subsequent paragraph cites “mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations” as means of “contributing to these objectives”

The WTO subsequent agreements also recognize the link between trade and development. Given that more than two thirds of the organization’s Member States are developing countries²⁰, the theme is of great importance to all. In November 2001, during the Doha ministerial Conference the Doha Development agenda was launched by the Trade Ministers placing development issues and the interest of the developing countries at the focal point. In the Hong Kong Ministerial Declaration this agenda was emphasized and countries recommitted to it.

There are several initiatives within the WTO that help developing countries in their work in human development. The main ones are special and differential provisions; the Doha agenda, Aid for Trade and building capacity for trade. The WTO provides assistance to developing countries on how to build capacity, advising its delegates on how their countries can gain advantage through the trading system, in other words it gives them technical assistance in order for the government officials to better understand the structure and rules necessary to implement the WTO rules for them to boost their trade and negotiate efficiently. The organization’s mandate only permits technical cooperation²¹.

19 Marrakesh Agreement, General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal Instruments Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Done at Marrakesh on 15 April 1994.

20 World Trade Organization, “Trade and Development”, [on line] available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/devel_e.htm, accessed: April 1, 2011.

21 Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration 2001, adopted 14 November 2001 parag. 38-41; Doha WTO Ministerial 2005: Ministerial Declaration 2005, adopted 18 December 2005, parag. 52-54.



UNDP is in charge of providing technical advice, training and support to countries in order for them to achieve the Millennium Development Goals that include eradicating extreme poverty and hunger, achieve universal primary education, reduce mortality rates, promote gender equality and empower woman among others. With these, the UN is providing a measurement of human development that is not based solely on income, prioritizing interventions, establishing obtainable objectives with operational goals of progress and increasing the involvement in the achievement of poverty reduction²².

The UNDP through its United Nations Millennium Campaign and other initiatives seek the support of the government, civil society organizations and media at a global and regional level in order to create trade opportunities, debt relief²³, technology transfer²⁴ and other support necessary to help development initiatives such as The Human Development Reports that give insight as to how each country fairs in the three variables used to measure development: income, health and education.

On February 11, 2011, the United Nations Security Council, which normally deals with country-specific issues of war and peace such as Sudan or Iraq, held a daylong debate on poverty and underdevelopment as a root of conflict. At the beginning of the session Secretary-General Ban Ki-moon stated that “peace, security and development are interdependent” he later continued by stating that “countries facing stark inequality and weak institutions are at an increased risk of conflict” and continued “poorly distributed wealth and lack of sufficient jobs, opportunities and freedoms, particularly for a large youth population, can increase the risk of instability”. The Secretary-General ended his speech by saying that “just as the lack of development can feed the flames of conflict, economic and social progress can help prevent it and secure peace”

The statement by Ban Ki-moon is in tune with the 2010 Millennium Development Goals Outcome document, that stated among other things that all counties needed to formulate and implement policies to achieve inclusive and equitable economic growth and poverty eradication²⁵; reiterate the important role of trade as an engine of growth and development²⁶; the importance of promoting sustained, inclusive and equitable economic growth²⁷

22 Sévernie Deneulin and Lila Shahani An Introduction to the Human Development and Capability Approach: Freedom and Agency, Ottawa, Earthscan 2009; Andy Haines and Andrew Casseis, “Can the Millennium Development Goals be Attained?”, British Medical Journal, vol. 329, issue 7462, 2004, p. 394.

23 Press Release, High-level Event on the Millennium Development Goals, “UN report: Significant progress in debt relief for poorest countries but trade and aid still major barriers to achieving anti-poverty goals” 25 September 2008.

24 UNCTAD, Globalization for Development: the international trade perspective, UNCTAD/DITC/2007/1,

25 United Nations General Assembly, Draft Resolution referred to the High-level Plenary Meeting of the General Assembly by the General Assembly at its sixty-fourth session: Keeping the promise: United to achieve the Millennium Development Goals, 17 September 2010, parag. 41

26 Ibid., parag. 42.

27 Ibid., parag. 43.



This approach to development focuses on understanding the obstacles that inhibit people and countries from realizing their development goals and at the same time through this concept the abilities to achieve measurable and sustainable results, Therefore, countries can be assisted through capacity-building, specially developing ones in order to respond to the causes that hinder their development.

Human development is about enlarging people's choices and enabling them to live long, healthy and creative lives. It is much more than the rise and fall of national income; human development is about fighting poverty but also about human dignity. It focuses on human lives and how they can be enhanced. The biggest challenge for human development is inequality as it is a barrier to economic growth, social dislocation, conflict and is at the root of violence as poverty is the lack of freedom to buy food, medication, pursue an education and a lifestyle of choice.

The initiatives undertaken by the global governance system focus on giving countries and people the tools necessary to accomplish development though technical advice, cooperation and, most of the time, donations and loans in order for a country to advance though commerce as this is the most effective way of creating a sustainable development given that it tries to satisfy increasing human wants, standard of living, national income, industrial development and generates employment opportunities among others. However, in order enable people to succeed in their efforts of achieving a better quality of life the first thing they must have is a job.

As has been stated above, inequality hinders development as it can cause violence. Peace though commerce is an initiative established to contra rest that effect and highlight the importance of investment and employment in order to build human capabilities as a mean for preventing conflict and achieving the human development objectives. This initiatives understands that intelligence, ability and aspiration are evenly distributed across societies; organization, investment and opportunity are not.

Peace though commerce is an integrated outreach, education and engagement program which illuminates the contribution of commerce and trade toward sustainable peace, but most importantly to development. However, it does not relate exclusively to helping countries develop themselves, but it creates the necessary features for it to progress without the hindrance of war, internal conflict and lack of human security. The initiative is a perfect example of what the collaborative approach in which the global governance system is based can accomplish as it solves a problem that affects more than one state or region that do not have body capable of solving it.

Fighting one of the root causes of inequality: peace though commerce Poverty does not in itself create violence, but it generates unrest and search for a change by any means; prosperity is the opposite of that. The modern world is unequal, unstable and unsustainable. One way to meet these challenges and have a more balanced economy and a stronger, safer world is to open the door for business, be it though investment or entrepreneurship.



The business-oriented approach is not only development but also security oriented. The reasoning behind it is that if you do not trade with the neighbors the only way for them to use the resources not available naturally to them is by stealing them, so if goods don't cross borders, soldiers will. Furthermore, mutual investment leads to peaceful bilateral relations; despite the diversity of cultures in the world, nonaggression is fundamental for a successful relationship between trade partners.

Peace is difficult to define and almost impossible to measure. However, the Institute of Economics and Peace, particularly its work on the Global Peace Index, has made a substantial headway. The Institute has developed a framework for measuring peace, understanding the factors that create peace and valuing increases in peacefulness²⁸. This is an important tool for business as it helps place an economic value on peace and understand its impact on the company in terms of markets, costs and profits. Research undertaken using the Global Peace Index has shown that societies with well functioning governments, low levels of corruption, high participation rates in primary education, respect for human rights, freedom of press and good relations with their neighbor states are more likely to experience low levels of violence²⁹.

All of the above factors that lead to diminishing violence can be achieved in part by trade, that is, peace through commerce. The markets obligate people to interact with others, which requires cultural understanding, communication, collaboration and leads to the exchange of ideas, beliefs and customs that foster tolerance. It also creates dependence between trading partners that in turn makes them interested in each other's wellbeing and survival. Also, economic growth that is fueled by commerce (and not illegal trafficking for example) increases the standard of living, leading to political stability that is directly proportionate to peaceful relations³⁰.

Peace can be measured in economic terms, as it has a monetary value independent from the human values associated with it. This value can be expressed in terms of the additional value to the global gross domestic product (GDP) that ensue from creating a peaceful world³¹. According to a study done by the Institute of Economics and Peace in which the economic effect of the cessation of violence on world economy was assessed³², in 2007 the total effect could have been \$7.2 trillion dollars, \$2.4 trillion would shift from violence related industries to other economical activities, and \$4.8 trillion would have been generated from additional economical activity that has been suppressed by violence.

28 Institute for Economics & Peace, "Peace, its Causes and Economic Value", Global Peace Index, 2009 Discussion Paper. , Global Peace Index

29 Ibid.

30 James Gwartney et al. Economic Freedom of the World: 2005 Annual Report, The Fraser Institute, 2006.

31 Measuring Peace. Initiatives, limitations and proposals, Seminar Proceedings, Barcelona March 2010, Intitut Catala Internacional

32 urgen Bauer and John Trepper Marlin, "Defining Peace Industries and Calculating the Potential Size of a Peace Gross World Product by Country and Economic Sector", report for Economists for Peace and Security and Vision of Humanity/Institute for Economics and Peace, April 2009



Violence and conflict affect all aspects of a person's life: from the inability to walk safely on the street to their job. The lack of predictable political and economic framework, increase of violence that led to disruptions of the chains of supply and productions which provokes an increase of costs and delays in the business, which in turn makes unhappy customers. Thus a company has two options: either moves its business to another part of the world, and therefore having to make a big investment to set everything up or promote peace and security.

Proposals for maintaining peace and security, and thus for governance of peace and security and most importantly, development, include the prevention of the causes of conflicts that can be economic, social, religious, political or territorial motives.³³ . However, if the cost of reducing the levels of violence is significantly lower than the economical activity lost do to it, would it not be a better business decision to engage the government and civil society in order to foster peace in the market they operate? And, could there be an added bonus if they can do this just by continuing doing business, creating peace through commerce?

Ben Ki-moon, the United Nations Secretary-General has stated:

“Business and the United Nations might seem to have different purposes. Business has traditionally focused on growth and profit. The United Nations focuses its energies on peace and security, poverty reduction, and human rights. But many of our objectives are the same: building peace and supporting strong economies and communities, providing opportunities for people to pursue a livelihood, and ensuring that everyone can live in dignity. In these goals, the UN and business are partners. Business cannot survive or thrive if societies fail or if people feel that their security is threatened. Business is increasingly aware of this symbiotic relationship with society, and of the role that responsible business practices can play in fostering the very stability that business needs to prosper”

³³ Alyson J.K Bailes, Introduction. Global security governance: a world of change and challenge, *Stockholm International Peace Research Institute*, yearbook 2005, p. 1



In 1999 Kofi Annan stated “the private sector and security are linked in many ways, most obviously because thriving markets and human security go hand in hand. Global corporations can do more than simply endorse the virtues of the market, however. Their active support for better governance policies can help create environments in which both markets and human security flourish”. In order to accelerate progress towards achieving human development business leaders need to develop policies and practices that promote responsible corporate citizenship³⁴. Wider social needs and expectations need to be taken into account by companies in order to maintain commercial viability. Furthermore, business can become a model of inclusivity and mutual respect that can impact the wider community³⁵.

A prominent forum for these efforts is the UN’s Global Compact in which business work to promote human rights, prevent violent conflict and contribute to peaceful societies³⁶ by institutional learning. Over 3000 businesses throughout the world have already signed on as participants. The United Nations Global Compact wrote in 2010 a document called “Doing Business while Advancing in Peace and Development”. In it, the experiences of several companies are documented in post conflict reconstruction and peace building and building a culture of peace that prove that hands engaged in commerce do not form fists.

Energoinvest, an engineering company in Bosnia-Herzegovina was directly damaged by the armed conflict between 1992 and 1995. In 2004, it worked to reconstruct the damaged electric grids in the country, thus improving the domestic power infrastructure of the country, boosting the industry and employing about 500 people. But, more importantly, it helped restore the business relations that were severed because of the war. Another example is that of the Coca-Cola Company. In Palestine territories where the company’s bottling the product distribution and movement of employees is a problem. However, the National Beverage Company has built relationships with communities in the region facilitating the products distribution and sale by engaging in education programs related in which supplies is brought to rural schools and employees volunteer to teach students.

Solving the most pressing global challenge takes more than the initiative of individuals or the private sector alone; it requires the collaboration of nongovernmental organizations civil society and the private sector to create opportunities and shared benefits which can be done through the promotion of entrepreneurship as a form to foment trade. Imagine that country or a person has an idea that helps improve lives, education, infrastructure, economies, but there is no system in place to get the idea rolling. How does the idea become reality? Capacity

³⁴ Olivier F. Williams (ed) *Peace through Commerce, Responsible Corporate Citizenship and the Ideals of the United Nations Global Compact*, Notre Dame, Notre Dame Press, 2008.

³⁵ Dr. Georgette Bennet in *Doing Business in a Multicultural World: Challenges and Opportunities*. Report of the United Nations Alliance of Civilization and United Nations Global Compact Office, United Nations Press: New York, 2009.

³⁶ The Global Compact, *Corporate Sustainability in the World Economy, United Nations Global Compact*, New York, United Nations Press, 2011.



building, that is the facility or power to produce, perform or deploy. Developing capacity involves leaders, government, policy makers and partners, strengthening organizations, stakeholders, communities creating an enabling environment for change, innovation, development giving societies the chance to pursue their own goals, making the most of existing resources, creating development that is sustainable, creating institutions that are capable. These countries are then better prepared to face natural disaster, climate change, violent conflict, and economic crisis.

For firms to adopt peace through commerce approaches there are many policies and programs to choose from that have a positive effect on their stakeholders. However, the question is whether they can extend these actions beyond the stakeholders and actually manifest and enhance peace in their area. Firms are not the only ones that wish to have a positive impact in security and development; these are topics in the realm of international organizations and governments that take part of set of global policies designed for these purposes. The landscape, taking into account the number of actors and programs that they implement, can be crowded, chaotic and ineffectual. Companies may wonder how their initiatives can help and how they fit in the scheme of solving peace issues with what the others are trying to do. Global governance becomes important at this point as it brings together all the players and programs and makes them work together, create synergies in order to advance global policies and implement them.



Conclusion

Although the world leaders, be it institutions or people, are aware of the impact that commerce has in improving the quality of life of all human beings, most initiatives consist of technical advice or charity. However, the individual can by itself improve its socio-economical condition just by having a job. That is why investment, at the local level is of great importance; not only does it help accomplish the development goals, but it promotes the idea of a global village where understanding each others differences is promoted, but also peace is accomplished.

The program “Peace through Commerce” promoted by several institutions and NGOs is a starting point to broaden the world’s industries upon these facts. It also promotes social conscience at different levels and can be a valuable tool for entrepreneurs in countries that face difficulties that stem from development.



Bibliography

Abbot, Kenneth W. et al., "The Concept of Legalization", *International Organization*, vol. 54, issue 3, p. 401.

Bailes, Alyson J.K. "Introduction. Global security governance: a world of change and challenge", *Stockholm International Peace Research Institute*, yearbook 2005.

Bauer Jurgen and Marlin, John Trepper. "Defining Peace Industries and Calculating the Potential Size of a Peace Gross World Product by Country and Economic Sector", report for Economists for Peace and Security and Vision of Humanity/Institute for Economics and Peace, April 2009.

Bennet, Georgette in *Doing Business in a Multicultural World: Challenges and Opportunities*. Report of the United Nations Alliance of Civilization and United Nations Global Compact Office, United Nations Press: New York, 2009.

Bernadt, Amanda et al. (eds.) *Civil Society and International Development*, North South Centre of the Council of Europe, OECD Publications: Paris: 1998.

Brühl, Tanka and Rittberger, Volker. "From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century" in: Volker Ritterberg, ed., *Global Governance and the United Nations System*, Tokyo, United Nations university, 2000.

Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford University Press, 1995.

Deneulin, Sévernie and Shahani, *Lila An Introduction to the Human Development and Capability Approach: Freedom and Agency*, Ottawa, Earthscan 2009; Andy Haines and Andrew Casseis, "Can the Millennium Development Goals be Attained?", *British Medical Journal*, vol. 329, issue 7462, 2004, p. 394.

Desai, Maghnad and Redfern Paul, *Global Governance, Ethics and Economics of the World Order*, London: 1995.

Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration 2001, adopted 14 November 2001 parag. 38-41; Doha WTO Ministerial 2005: Ministerial Declaration 2005, adopted 18 December 2005.

Gordenker Leon and Weiss Thomas G. "Pluralizing Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions" in Leon Gordenker and Thomas G. Weiss, eds., *NGOs, the UN and Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner, 1996.

Gottlieb, Gidson. "Nations without States", *Foreign Affairs*, vol. 73, n. 3, may-june 1994, p. 100.

Halliday, Fred "Global governance: prospects and problems", *Citizenship Studies*, vol. 4 n. 1, 2000, p. 19.



Held, David. "The changing Face of Global Governance: between past Strategic Failure and Future Economic Constraints" *Social Europe Journal*, vol. 4, issue 1, 2010.

Hirst, Paul and Thomson, Graham F. *Globalization in question: The international economy and possibilities of governance*, Polity Press: Cambridge: 1997.

Institute for Economics & Peace, "Peace, its Causes and Economic Value", *Global Peace Index*, 2009 Discussion Paper. , Global Peace Index.

James Gwartney et al. *Economic Freedom of the World: 2005 Annual Report*, The Fraser Institute, 2006.

Lamy, Pascal. "Globalization and Global Governance", *The Globalist*, November 7, 2006.

Lynch, Cecilia, "Social Movements and the Problem of Globalization", *Alternatives*, vol. 23, issue 2, 1998, p. 149.

Marrakesh Agreement, General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal Instruments Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Done at Marrakesh on 15 April 1994.

Measuring Peace. Initiatives, limitations and proposals, Seminar Proceedings, Barcelona March 2010, Intitut Catala Internacional

"Monterrey Consensus on Financing for Development", Monterrey, Mexico 18-22 March 2002, United Nations publication.

Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Woman, *National Implementation of Security Council Resolution 1325 (2000) in Africa: Needs Assessment and Plan for Action, Needs Assessment Report*, 2000.

Press Release, High-level Event on the Millennium Development Goals, "UN report: Significant progress in debt relief for poorest countries but trade and aid still major barriers to achieving anti-poverty goals" 25 September 2008.

Ritteberger, Volker. "Globalisierung und der Wandel der Staatenwelt. Die Welt regieren ohne Weltstaat" in: Ulrich Menzel ed., *Vom ewigen Frieden und vom Wohlstand der Nationen*, Frankfurt, Suhrkam, 2000.

Rodhes, R.A.W. "The new governance: governing without government" *Political Studies*, vol. 44, n. 4, 1996, p. 652.



Roseneay James N, and Czampiel Ernst-Otto, eds. *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, New York, Cambridge University Press, 1992.

SC Res. 1892, UN SCOR, 6200th Mtg., UN Doc. S/1892 (2009) 1

SC Res. 1840, UN SCOR, 5993 Mtg., UN Doc S/1840 (2008) 1

SC Res. 1780, UN SCOR 5758 Mtg., UN Doc S/1780 (2007) 1

SC Res. 1908, UN SCOR, 6261st Mtg., UN Doc. S/1908 (2010) 1.

SC Res. 1308, UN SCOR, 4172nd Mtg., UN Doc. S/1308 (2000) 1.

SC Res. 1325, UN SCOR, 4213 Mtg., UN Doc. S/1325 (2000) 1

The Global Compact, *Corporate Sustainability in the World Economy, United Nations Global Compact*, New York, United Nations Press, 2011.

UNCTAD, *Globalization for Development: the international trade perspective*, UNCTAD/DITC/2007/1,

United Nations Department of Public Information, *'We The Peoples': The Role of the United Nations in the 21st Century: The Millennium Report*, New York, UN Department of Public Information, 2001.

United Nations Development Group, [on line] available at: www.undg.org, accessed at: April 1, 2011.

United Nations Development Program, "Good governance-and sustainable human development", 1997.

United Nations Development Program, *Human Development Report*, New York, Oxford University Press, 1996.

United Nations General Assembly, Draft Resolution referred to the High-level Plenary Meeting of the General Assembly by the General Assembly at its sixty-fourth session: Keeping the promise: United to achieve the Millennium Development Goals, 17 September 2010.

Williams, Olivier F. (ed) *Peace through Commerce, Responsible Corporate Citizenship and the Ideals of the United Nations Global Compact*, Notre Dame, Notre Dame Press, 2008.

World Trade Organization, "Trade and Development", [on line] available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/devel_e.htm, accessed: April 1, 2011.



Los Contratos de Estabilidad Jurídica en Colombia:

¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?

By: Juliana Castaño¹, Paola Galeano²

Resumen

En la actualidad, la inversión extranjera se considera indispensable para el desarrollo de un país, sin embargo, atraerla no es fácil para los Estados con gran inestabilidad jurídica. Bajo esta disyuntiva aparecen los instrumentos de estabilización jurídica que cumplen la función de conciliar la necesidad del Estado de promover la inversión con el interés del inversionista de localizar sus recursos en un entorno transparente y estable. Colombia no ha sido ajena a estas prácticas y en su afán por estimular tanto la inversión nacional como la extranjera, expidió la Ley 963 de 2005, la cual permite al gobierno suscribir contratos de estabilidad jurídica con inversionistas nacionales y extranjeros. Este trabajo pretende hacer un análisis de la Ley 963 y los contratos que hasta ahora han sido suscritos a partir de examinar las prácticas internacionales implementadas en materia de estabilización jurídica, con miras a determinar si el mecanismo de estabilización elegido sirve tanto para salvaguardar los intereses del inversionista como para proteger la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

1 Abogada de la Universidad EAFIT. Actualmente, se encuentra terminando una especialización en Derecho de los Negocios Internacionales en la Universidad de los Andes.

2 Abogada de la Universidad EAFIT. Actualmente, se encuentra en el penúltimo semestre de Ciencias Políticas y es miembro del Grupo de Investigación en Sociedad, Política e Historias Conectadas.



Abstract

Direct foreign investment is considered essential for a country's development. However, attracting foreign investment is not easy for countries with high political instability given that political risk is one of the main concerns of foreign investors when they are choosing where to invest. Stabilization mechanisms appeared to solve this disjunctive since they are able to conciliate both the State's need to promote foreign investment and the protection of the foreigner's interest to invest in a stable environment. Colombia chose legal stabilization contracts as the mechanism for attracting investment. These contracts were regulated in Law 963 of 2005, which gave the government permission to sign this type of contracts with national and foreign investors. This paper's aim is to analyze the law that gave birth to these contracts as well as the contracts that Colombia has subscribed until now in order to determine if the stabilization mechanism that was chosen serves to fulfill both the investor's interests and the protection of Colombian sovereignty. To achieve this, the international practices regarding stabilization clauses that have been employed until now will be used as reference and subject of comparison.

Palabras claves

Contratos de estabilización jurídica, Ley 963 de 2005, Inversión Extranjera en Colombia, Estabilización Jurídica, Cláusulas de Congelamiento, Clausulas de Equilibrio Económico.

Key Words

Legal stabilization contracts, Colombia Law 963 of 2005, Foreign investment in Colombia, Freezing Clauses, Economic equilibrium clauses.



Introducción

En las últimas décadas, el mundo globalizado ha sido escenario de una intensa competencia por parte de los Estados para atraer la Inversión Extranjera Directa (en adelante, IED). Con la liberalización de los mercados, conquistar este tipo de recursos pasó a considerarse por muchos gobiernos como un elemento fundamental para el crecimiento, desarrollo y prosperidad del país³. Sin embargo, la inestabilidad de las normas jurídicas, especialmente en países en vía de desarrollo, ha generado serios estragos en estos intentos por atraer inversionistas⁴. Cambios constantes en las normas fiscales o regulatorias, restricciones a la transferencia y convertibilidad de divisas, nacionalizaciones o expropiaciones indirectas son apenas algunos ejemplos para ilustrar cambios normativos que han desestimulado 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.⁵ Bajo este contexto, los mecanismos de estabilización han surgido como instrumentos 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 político⁶ es bajo.

Colombia no ha sido ajena a estas prácticas y en su afán por estimular tanto la inversión nacional como la extranjera, expidió la ley 963 de 2005 que le otorgó al gobierno y a los inversionistas la posibilidad de suscribir contratos de estabilidad jurídica. Por medio de ellos, el gobierno garantiza a los inversionistas, que si durante la vigencia del contrato de estabilidad se modifica en forma adversa a éstos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, éstos tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo⁷. Este mecanismo de estabilización, denominado por la doctrina internacional como “cláusula

3 Prueba de ello son las 1.097 reformas adoptadas entre 1992 y 2000 alrededor del mundo en leyes nacionales de IED, de las cuales el 94 por ciento crearon un clima más propicio para los inversionistas. (MIGA, “World Investment and Political Risk”, Sitio web MIGA, [en línea], 2009, disponible en: <http://www.miga.org/documents/flagship09ebook.pdf>, consulta: 15 de enero de 2010, p. 28)

4 *Ibid.*, p. 27.

5 Los prestamistas ven en los instrumentos de estabilización una manera de contrarrestar el riesgo de que el gobierno anfitrión tome medidas que dificulte los reembolsos de los préstamos y por ello, es usual que una exigencia para obtener un préstamo sea adquirir alguna garantía de estabilidad por parte del gobierno anfitrión.

6 En su reporte de Inversión Mundial y Riesgo político 2009, la organización MIGA definió el concepto de riesgo político como “la probabilidad de interrupción de las operaciones de las empresas multinacionales por fuerzas políticas o eventos, que pueden ocurrir bien sea en los países anfitriones, en el país de origen de la inversión, o como resultado de cambios en el ambiente internacional”. Señaló además que en los países anfitriones, el riesgo político está determinado en gran medida por la incertidumbre sobre las acciones de los gobiernos y de las instituciones políticas, como también por las acciones de grupos minoritarios y movimientos separatistas. Para efectos de este artículo, el riesgo político determinante es aquél proveniente únicamente de las acciones del gobierno, y más específicamente aquellas que generen inestabilidad jurídica. (MIGA, Op. cit p. 28, traducción del autor)

7 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, art. 1



de congelamiento”, ha sido objeto de severas críticas a nivel mundial debido a que el Estado, en ejercicio de su soberanía, podrá en todo momento modificar su legislación y afectar un contrato que se creía protegido con una garantía de inmodificabilidad. De ahí que algunos expertos en el tema hayan señalado que este mecanismo “ha caído en desuso a favor de las más modernas cláusulas de equilibrio económico”.⁸ Por lo tanto, resulta pertinente preguntar si los contratos de estabilidad jurídica creados por la ley 963 de 2005 constituyen un instrumento acertado para promover una inversión que proteja los intereses del inversionista, y a su vez salvaguarden la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

Antes de responder a este interrogante es necesario abordar ciertos conceptos teóricos sobre la estabilización jurídica. En este orden de ideas, el primer capítulo describe los distintos mecanismos de estabilización con el propósito de analizar sus ventajas y desventajas, y destacar cómo han sido utilizados alrededor del mundo. El segundo capítulo se ocupa de la validez de estos instrumentos tanto a nivel de los ordenamientos domésticos como a la luz del derecho internacional; así como los cuestionamientos que han realizado los defensores de DDHH a su validez. Por último, el tercer capítulo se encargará de analizar la ley 963 de 2005, a partir de las características de los contratos de estabilidad jurídica, su validez, y las restricciones que impone dicha legislación sobre el foro de resolución de conflictos. Para finalizar, se estudiarán los contratos que hasta el día de hoy han sido firmados en virtud de esta normatividad con miras a establecer la validez de aquellos, y su idoneidad como mecanismo conciliador de los intereses del Estado colombiano con los del inversionista.

1. Instrumentos de Estabilización Jurídica

Los instrumentos de estabilización 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 perfeccionar el contrato.”⁹ Su expresión tradicional son las cláusulas de estabilización (en adelante, CE) incluidas en los contratos entre el Estado y el inversionista extranjero, aunque también existen los contratos de estabilización jurídica y estipulaciones de estabilización expresamente incluidas en la legislación. En este acápite se hará énfasis en las CE, para luego realizar un breve repaso y análisis de los contratos y las normas que consagran mecanismos de estabilización.

8 Andrea Shemberg, “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, disponible en:

[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), consulta: 4 de enero de 2010, p.7

9 Peter D. Cameron, “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, Association of International Petroleum Negotiators, 2006, [en línea], disponible en: http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf, consulta: diciembre de 2009, pg. 28 (Traducción del autor)



1.1. Cláusulas de Estabilización

Las CE que actualmente se utilizan alrededor del mundo han sido clasificadas por la doctrina¹⁰ como: 1) cláusulas de congelamiento (en adelante, CC), 2) cláusulas de equilibrio económico (en adelante, CEE) y 3) cláusulas híbridas (en adelante, CH).

1.1.1. Cláusulas de Congelamiento

Como su nombre lo indica, estas cláusulas pretenden congelar las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación. Asimismo, buscan evitar que el contenido del contrato firmado entre el inversionista y el Estado anfitrión sea alterado.¹¹ Las CC pueden ser totales (en adelante, CCT), lo cual implica el congelamiento de todas las leyes que pudiesen llegar a afectar el contrato entre el inversionista y el Estado, o limitadas (en adelante, CCL), las cuales congelan leyes o regulaciones administrativas relativas a algunos temas específicos.

Un ejemplo de una CCT utilizada en Mozambique, es el siguiente:

“El Gobierno no podrá revocar o modificar la autorización concedida a la ENH para explorar y producir petróleo en el área de Contrato, sin tomar medidas eficaces para garantizar que dicha revocación o modificación no afecte los derechos reconocidos de ahora en adelante al Contratista.

Y

*:
El Gobierno no podrá, sin la autorización del contratista, ejercer su autoridad legislativa para enmendar o modificar las disposiciones del presente Acuerdo y no tomará ni permitirá que ninguna de sus subdivisiones políticas o agencias tomen alguna medida administrativa o de otra índole para impedir o dificultar que el Contratista disfrute de los derechos que se le reconocen a continuación.”¹²*

Las CC aparecieron inicialmente en el período entreguerras en los contratos de concesión de la industria de extracción como mecanismo de protección contra la ola de nacionalizaciones que se presentaba en América Latina.¹³ Este tipo de cláusulas eran el mecanismo de estabilización más utilizado, sin embargo, éstas han evolucionado y en las últimas dos décadas las CEE las

¹⁰ P. Cameron, *Op. cit.*; A. Shemberg, *Op. cit.*

¹¹ M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 407

¹² P. Cameron, *Op. cit.* p. 29 (Traducción del autor)

¹³ *Ibid.*, p. 15



han remplazado paulatinamente¹⁴. Existen varias razones para explicar este fenómeno¹⁵. En primer lugar, las CC son, en muchos casos, incompatibles con el régimen legal y constitucional del Estado receptor de la inversión. En segundo lugar, los Estados receptores han tomado conciencia de la importancia de preservar su poder regulatorio, especialmente en materia ambiental. Por último, se sugiere que el desuso de las CC se debe a que éstas tenían como finalidad evitar la expropiación directa de las inversiones¹⁶, y en la actualidad existen otros mecanismos para evitar tanto la expropiación directa como indirecta sin una compensación adecuada, como por ejemplo los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), los cuales incluyen expresamente cláusulas que prohíben cualquier tipo de expropiación. De ahí, que las nuevas formas de estabilización busquen un punto intermedio que favorezca tanto al inversionista como al Estado receptor.

En cuanto a su implementación en los contratos modernos, un estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre las CE, comprobó que las CCT son utilizadas en los contratos de minería principalmente en África, sin embargo, su uso todavía es frecuente en el Oriente Medio y Asia del Este.¹⁷ También se encontró que las CCL aún se utilizan en el Oriente Medio, África del Norte, América Latina, el Caribe, Europa del Sur, Europa del Este, Asia Central y Asia del Sur¹⁸ y generalmente, se refieren a temas fiscales, aunque en algunos casos se incluyen otras normas tales como leyes laborales. Es importante mencionar que ninguno de los contratos estudiados pertenecientes a los Estados de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE)¹⁹ incluía CC.

Con lo anterior es posible observar que no todos los países tienen la necesidad de ofrecer garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas. Ejemplo de ello son Noruega y el Reino Unido donde la solidez de sus instituciones y la amplia percepción de estabilidad, claridad y transparencia en su entorno jurídico hace innecesario ofrecer este tipo de mecanismos.²⁰ A su vez, en algunos Estados ricos en recursos naturales especialmente en petróleo, como Arabia Saudita, el riesgo político se ve compensado con las altas expectativas de ganancias que los inversionistas esperan obtener, lo cual hace innecesario que el Estado emplee mecanismos para atraer la inversión²¹. 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.

14 Thomas J. Pate, "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo 40 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 34, internet, consulta: enero 2010, p. 11; P. Cameron, *Op. cit.* p.15

15 *Ibíd.*,

16 P. Cameron, *Op. cit.* p.15

17 A. Shemberg, *Op. cit.* p.19

18 *Ibíd.*, p. 25

19 Esta organización está conformada principalmente por países desarrollados.

20 P. Cameron, *Op. cit.* p. 13.

21 *Ibíd.*, p. 13

1.1.2. Cláusulas de Equilibrio Económico

En las CEE se prevé 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 restablezca el equilibrio económico del contrato. En otras palabras, el Estado asume el costo de la implementación de las nuevas normas.²² Algunos de los mecanismos utilizados para lograr el reequilibrio consisten en ajustar tarifas, extender la concesión, reducir impuestos o compensar monetariamente, entre otros.

El siguiente es un ejemplo de una CEE:

“En caso de cambios, después de la fecha efectiva, en la legislación vigente o en las regulaciones aplicables para la exploración, desarrollo y producción de petróleo que afecten de manera significativa el interés económico de este Contrato, en detrimento del contratista y que impongan al CONTRATISTA la obligación de remitir a la R.A.E. (República Árabe de Egipto) los ingresos por ventas del petróleo del CONTRATANTE, el contratista deberá notificar a EGPC (la compañía nacional de petróleo) del objeto de las medidas legislativas o reglamentarias. En tal caso, las partes deberán negociar las posibles modificaciones al presente Acuerdo diseñadas para restablecer el equilibrio económico que existía en la fecha efectiva. Las Partes harán sus mejores esfuerzos para acordar las modificaciones del presente Acuerdo dentro de los noventa (90) días desde la notificación mencionada. Estas modificaciones al Acuerdo no deberán disminuir o aumentar, en ningún caso, los derechos y obligaciones del CONTRATANTE ya que estos fueron acordados en la fecha efectiva. A falta de acuerdo entre las partes durante el plazo mencionado en este artículo XIX, la controversia podrá ser sometida a arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo XXIV del presente Acuerdo.”²³

Existen, igualmente, cláusulas de equilibrio económico totales (en adelante, CEET) y limitadas (en adelante, CEEL). Las CEET son aquellas que protegen el beneficio económico esperado del inversionista contra cualquier cambio normativo que le pueda generar consecuencias adversas a éste. Por su parte, las CEEL tienen aplicación sólo sobre ciertas materias, generalmente relacionadas con temas fiscales. La redacción de este tipo de cláusulas hace que el alcance de ellas varíe notablemente, sin embargo, es usual que los contratos con CEEL incluyan elementos que busquen garantizar la justicia en la aplicación de la estabilidad.

22 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

23 P. Cameron, Op. cit. p.31 (Traducción del autor)



Algunos ejemplos de ello son la obligación de probar la pérdida económica antes de la compensación, la obligación que tiene el inversionista de mitigar el costo de la implementación de las nuevas leyes, o la estipulación de que un tercero independiente sea quien determine la compensación.²⁴ Por otro lado, algunas de estas cláusulas estipulan que la compensación no será obligatoria por la mera existencia de un perjuicio económico originado por una nueva norma. De este modo, la compensación sólo se causará si el inversionista sufrió una pérdida financiera significativa por la implementación de una nueva ley. Otra manifestación de este tipo de cláusulas se presenta cuando el equilibrio económico sólo se hace efectivo ante la aparición de leyes que no eran predecibles.

La tendencia actual muestra que las CEE predominan en los contratos modernos²⁵ ya que son utilizadas en todas las regiones del mundo. Los países en vía de desarrollo suelen acudir con mayor frecuencia a las CEET que a las CEEL, lo cual contrasta con su implementación en los países desarrollados que tienden a pactar CEEL.²⁶ Adicionalmente, cabe agregar que la redacción y por ende el alcance de las CEEL varía notablemente de acuerdo con el nivel de desarrollo de un país.²⁷ Es así como los países en vía de desarrollo suelen incluir entre las leyes estabilizadas algunas relativas al ámbito social y ambiental, además de no incluir la posibilidad de que el riesgo sea compartido entre el Estado y el inversionista. En contraste, las cláusulas utilizadas por los países de la OECD suelen establecer el reequilibrio económico del contrato sobre leyes que sean discriminatorias hacia el inversionista y en otros casos, ofrecen la posibilidad de compensación o de compartir el riesgo para leyes específicas relacionadas con el proyecto. Estos contratos de los países desarrollados excluyen leyes sobre temas de orden público y bienestar social, y se pone de presente la obligación que tiene el inversionista de asumir ciertos riesgos. Además, en algunos de estos acuerdos se contempla la posibilidad de que la estabilización jurídica aplique también para el Estado y en este sentido, ante la existencia de costos menores en el proyecto o mayores ingresos, el Estado receptor se beneficia de las ganancias.²⁸ Lo anterior evidencia la brecha que existe entre las cláusulas utilizadas por los países desarrollados y los países en vía de desarrollo.

1.1.3. Cláusulas Híbridas:

Las cláusulas híbridas (CH) contienen elementos de los dos tipos de cláusulas ya expuestas. Imponen el deber al 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

24 A. Shemberg, Op. cit., p. 32

25 Lorenzo Cotula, "Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development" (Global Forum on International Investment VII), Sitio web OECD, [en línea], 2008, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>, consulta: enero 2010, p. 7

26 A. Shemberg, Op. cit., p.26

27 Thomas W. Walde, "Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", Sitio web Universidad de Dundee, [en línea], 1994, disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/infoserv/Downloads_Free/PP13.pdf, consulta: enero 10 de 2010, p.8

28 *Ibid.*, p. 8

cláusula para hacer esto, es eximir al inversionista de la ley que generó el desequilibrio económico. Mientras que las CEEL exigen explícita o implícitamente, que los inversionistas cumplan con las normas nuevas, las CH no consagran tal obligación o aceptan explícitamente la exención de leyes. En tal sentido, permiten la estabilización o la renegociación del contrato.

Al igual que las cláusulas anteriores, existen CH totales, en las que el restablecimiento de la posición inicial debe presentarse ante cualquier consecuencia negativa generada por la implementación de toda norma; y CH parciales, las cuales buscan el equilibrio únicamente ante la aparición de ciertas leyes. En cuanto a su aplicación en el escenario internacional como mecanismo de estabilización, las CH son las menos comunes.

1.2. Contratos de Estabilización Jurídica

Los contratos de estabilización jurídica (en adelante, CEJ) son celebrados entre un Estado y un inversionista directo para proteger la inversión contra cambios legislativos que les puedan ser perjudiciales. A diferencia de las CE, que se incluyen en el contrato macro que regula cualquier actividad entre el inversionista y el Estado, el objeto de estos contratos es exclusivamente la estabilización jurídica. Estos pueden tener diferentes modalidades, pues la exclusión de leyes puede darse por medio de una lista taxativa de exclusiones normativas pactadas entre el inversionista y el Estado, o por una lista predeterminada de condiciones favorables que no pueden ser alteradas por el Estado²⁹.

Varios países latinoamericanos han acudido a este mecanismo de estabilización, no obstante su regulación ha sido distinta a la colombiana. Chile y Perú utilizan CEJ uniformes en cuanto a su redacción, alcance normativo y duración del contrato, lo cual limita el poder de negociación del inversionista.³⁰ A modo de ejemplo, se expone a continuación una breve descripción elaborada por la UNCTAD de los CEJ que actualmente se firman en Perú, “Los contratos ofrecen garantías contractuales hasta por diez años (o más en el caso de las concesiones) que protegen frente a cualquier cambio en ciertas políticas claves.... La garantía de estabilidad de diez años abarca la legislación sectorial (con algunas variaciones en las industrias reguladas), el trato nacional, el impuesto de renta corporativo, la libre transferencia al exterior de utilidades, el acceso al tipo de cambio más favorable a la entrada y salida de divisas, y el impuesto sobre la renta pagadero sobre los dividendos u otras formas de participación en las utilidades. Los contratos también ofrecen estabilidad con respecto a las normas laborales y los sistemas de promoción de las exportaciones (sistema de devolución).”³¹

29 UNCTAD, “Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia”, Sitio web UNCTAD, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf, consulta: 5 de febrero de 2010, p. 26

30 *Ibíd.*, p.27

31 *Ibíd.*, p.27



A pesar de esta diferencia, los tres países tienen en común que su legislación únicamente permite que se firmen contratos de estabilidad limitada³², ya que sólo se congelan algunas normas. La figura del CEJ en estos Estados parece entonces estar asociada a una estabilidad jurídica limitada, principalmente sobre temas económicos y fiscales.

1.3. Estabilización en la legislación

Algunos países dentro de su legislación interna contienen normas que consagran la estabilización jurídica sobre ciertas materias que afectan de manera directa 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. Un ejemplo puede encontrarse en el Artículo 46 del Código Minero colombiano en el que se establece que las leyes mineras aplicadas al contrato serán aquellas vigentes al momento de su perfeccionamiento³³. Otro ejemplo nacional puede consultarse en el artículo 11 del Decreto 2080 de 2000 el cual establece que las condiciones de reembolso de la inversión y de remisión de utilidades vigentes a la fecha del registro de la inversión, no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente al inversionista.

Otros ejemplos de normas que cumplen la función de estabilización jurídica pueden encontrarse en las leyes que crean zonas francas, a las cuales han recurrido muchos países para incentivar la inversión. A modo de ilustración, Guatemala, exonera del impuesto sobre la renta a las Entidades Administradoras de Zonas Francas por un plazo de 15 años, al cumplir con determinadas condiciones.³⁴

Los instrumentos que se acaban de describir no agotan el inventario de mecanismos de estabilización que existen para contrarrestar el riesgo político, sin embargo, representan las figuras más significativas para el desarrollo de este trabajo. Ahora, es necesario detenerse a analizar si son considerados jurídicamente válidos tanto a nivel del derecho interno como a nivel internacional.

32 Ver cláusulas de estabilidad limitadas en la sección 1.1.2.

33 "NORMATIVIDAD DEL CONTRATO. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su 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." (Código Minero Colombiano. Ley 685 de 2001. Artículo 46. Agosto 15 de 2001.)

34 Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 65-89 Ley de Zonas Francas, Art. 21



2. La validez de la estabilización jurídica

La estabilización jurídica es considerada una de las cuestiones más complejas en el derecho internacional económico³⁵. Así, con la finalidad de examinar la validez y eficacia de estos mecanismos de protección y debido a que los conflictos relativos a aquéllos se ventilan tanto en jurisdicciones nacionales como internacionales, se analizará el tratamiento que han recibido tanto en los ordenamientos domésticos como en el escenario internacional. Es necesario aclarar que en este capítulo se hace referencia a las cláusulas de estabilización por su amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sin embargo, el análisis de validez es extensible a los demás mecanismos de estabilización pues las justificaciones y críticas a éstos son las mismas.

2.1. Validez a la luz del ordenamiento interno

Analizar la validez de las CE a la luz de los ordenamientos internos resulta fundamental cuando el derecho aplicable es un ordenamiento nacional. Esta situación puede presentarse en virtud de una “cláusula de ley aplicable” mediante la cual las partes escogen una ley nacional como aquella que regirá las relaciones surgidas del contrato. Asimismo, se recurrirá a la ley doméstica cuando las partes no escogieron una ley aplicable al contrato o, si lo hicieron, dicha escogencia fue ambigua o contradictoria. En tal sentido, a partir de indicadores importantes – como la ubicación de las actuaciones principales, el sitio del proyecto, la incorporación, la sede de la administración directa del proyecto, la jurisdicción nacional, el lugar de la negociación y formación del contrato y las normas bajo las cuales se firmó el acuerdo- se puede determinar que la ley nacional será la ley aplicable.³⁶

Así las cosas, el primer análisis que debe realizarse en cuanto a la validez de cualquier tipo de estabilización, y esto aplica tanto a nivel internacional como nacional, es si aquella garantía se encuentra en un acuerdo en el que el Estado sea parte, bien porque actúe directamente o porque lo haga indirectamente a través de uno de sus órganos. Para ello, se requiere que quien suscriba el contrato en nombre del Estado esté facultado para limitar el poder regulatorio estatal.

Por otro lado, al examinar la validez de la estabilización es importante indagar si el ordenamiento interno impone limitaciones constitucionales o legales al uso de estos mecanismos. Este es el caso de algunos países pertenecientes a la familia jurídica del “Commonwealth” en los que el Parlamento no puede renunciar a su función de legislar cuando ésta es conferida por

35 T. W. Walde, *op.cit.* p. 29

36 *Ibíd.*,



una ley superior, como por ejemplo por la Constitución³⁷. Asimismo, en otros ordenamientos, especialmente en aquellos del Medio Oriente y algunas ex colonias francesas en África, los acuerdos de desarrollo de minería se consideran de interés público y por ello se entiende que se encuentran *por encima del principio de inviolabilidad del contrato (sanctity of the contract principle)*.³⁸ Algunos constitucionalistas inclusive van más allá y plantean, sin hacer énfasis en ningún ordenamiento jurídico, que “es un principio de derecho constitucional interno que la garantía dada por un gobierno no puede ser vinculante para el gobierno que le sucede, sobre todo si se ha producido un cambio revolucionario de los gobiernos”³⁹. Sea cual sea la limitación que imponga el ordenamiento interno, resulta evidente que un acuerdo de estabilización no podrá infringir el régimen constitucional o legal de un país y por tanto, “cláusulas negociadas bajo la sombra de *ultra vires* y la invalidez constitucional no pueden generar derechos válidos sólo por la apariencia o la confianza legítima en la competencia y capacidad para contratar del órgano del Estado”⁴⁰.

Una tercera cuestión para tener en cuenta es que aún en los casos en que la estabilización sea válida a la luz del derecho interno de un país, el Estado no pierde sus poderes soberanos para regular. Así, “desde el punto de vista del Estado de acogida, la promulgación de nuevas leyes o la modificación de las existentes es una expresión de su soberanía y toda esperanza de que un Estado receptor no podrá modificar sus leyes es un absurdo”⁴¹. En otras palabras, el Estado anfitrión podría revocar los beneficios dados y nada evitaría que el legislador cancelara y revocara retroactivamente los derechos que ha concedido. En efecto, el derecho internacional ha establecido reiteradamente que los gobiernos tienen el derecho a expropiar aun cuando una ley o contrato preexistente proporciona una garantía en contrario, siempre y cuando se compense debidamente⁴². Sin embargo, en este aspecto es necesario hacer una diferenciación tal como lo plantea T. W. Walde, quien advierte que mientras una CE nula por razones constitucionales o legales no tendrá ningún efecto, la situación es diferente cuando tales garantías fueron otorgadas y luego invalidadas con un efecto retroactivo⁴³. En este último caso, puede surgir una reclamación legítima por violación a los derechos de propiedad o por expropiación, entre otras cuestiones.

37 En Australia, “El poder legislativo del Estado no sólo es concedido por la Constitución, sino que también se deriva de s 107 de la Constitución del Common Wealth y s 2 de las leyes de Australia de 1986. No puede ser destituido por el Parlamento del Estado. Así, un intento de limitar el poder legislativo al establecer que la legislación sólo podrá introducirse en el Parlamento si es aprobada por un órgano específico, o que una ley que modifica las condiciones actuales de un contrato no podrá ser promulgada sin la aprobación de todas las partes en el contrato, es ineficaz”. (Traducción del autor) (Anne Twomey, “Manner and Form”, Sitio web de la Universidad de South Wales, [en línea], disponible en: www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/.../5_AnneTwomey.pdf, consulta: 19 de enero de 2010.) Por otro lado, en Inglaterra, la interferencia del Estado en los contratos debido a intereses públicos ha sido considerado válida. (M. Sornarajah, op.cit. p. 410)

38 Amaechi D. Nwokolo, “Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements?”, Sitio web Universidad de Dundee, [en línea], disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

39 M. Sornarajah, op.cit. p.111 (Traducción del autor)

40 T.W. Walde, op.cit. p. 29 (Traducción del autor)

41 T. J. Pate, op. cit. p. 18 (Traducción del autor)

42 P. D Cameron, op.cit. p. 14

43 T. W. Walde, op.cit. p. 29



Ahora, cuando existen limitaciones legales y constitucionales a las CE y el Estado tiene la intención de incumplir tal garantía, será de su mayor interés que la ley aplicable sea la nacional. Por lo tanto, surgió la necesidad para los inversionistas de eliminar el poder de regulación del país anfitrión sobre la inversión extranjera y someterlo a un sistema inmutable y supranacional. Fue así cómo surgió la teoría de la “Internacionalización del Contrato”⁴⁴, cuyo objetivo principal es someter al contrato a un sistema supra nacional con una jerarquía supuestamente superior a la ley domestica. Esta teoría ha recibido severas críticas pues uno de sus pilares se encuentra en la afirmación consistente en que los contratos de inversión extranjera pueden vincular la legislación nacional en el mismo sentido que un tratado vincula a un Estado.⁴⁵ Según, M. Sornarajah dicho postulado es criticable pues, al menos por ahora, los inversionistas no tienen personalidad jurídica plena en el derecho internacional. Ante ello, quienes defienden la internacionalización han afirmado que el Estado confiere personalidad jurídica al inversionista al momento de suscribir el contrato, en lo relacionado con él mismo. Como puede notarse, esta posición tiene sus adeptos y críticos y al momento de resolver una disputa, tal como lo afirma T W. Walde, cualquier argumento, bien sea en tutela del ordenamiento interno, o en defensa de la obligatoriedad de lo pactado, puede ser válidamente defendido.⁴⁶ A pesar de las diferentes posiciones, los inversionistas extranjeros buscan internacionalizar los contratos al pactar el derecho internacional como la ley aplicable y un tribunal de arbitramento internacional como el escenario de resolución de disputas, con lo cual pretenden adquirir mayor seguridad.

2.2. Validez a la luz del derecho internacional

En la actualidad el debate acerca de la validez de la estabilización jurídica ha disminuido sustancialmente dado que es una práctica aceptada a nivel internacional. Por un lado, en la mayoría de casos los Estados anfitriones respetan su compromiso de estabilización, lo cual implica un reconocimiento a la validez de estos instrumentos por parte de los principales sujetos de derecho internacional⁴⁷. Por otro lado, de manera directa o indirecta, diferentes tribunales de arbitramento internacional han expuesto las bases para su obligatoriedad⁴⁸. El cuestionamiento en la actualidad, más allá de su validez, es respecto a la manera cómo se estabiliza⁴⁹. Sin embargo, para la mejor comprensión del tema parece importante retomar las críticas que se hicieron a la validez de la estabilización en el pasado.

44 Según M. SORNARAJAH, el origen de esta teoría se encuentra en algunos laudos arbitrales de principios del siglo pasado (Delgoa Bay Railway Case, 1900, Schufedt Claim, 1930) y en algunos autores tales como Lord Mc Nair y a A. Verdross. Ver: M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Op.cit. p..417.

45 M. SORNARAJAH, hace referencia a A. Verdross. Ver.: *Ibíd.*, p. 410 y 417

46 T. W. Walde, op.cit .p. 28.

47 Jason Webb Yackee, “Pacta sunt servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties: Myth and reality”, *Fordham International Law Journal*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo LEXSEE 32 FORDHAM INT’L L.J. 1550 , internet, consulta: enero 2010

48 *Ibíd.*, p. 15

49 Ver Cuestionamientos desde los derechos humanos en la sección 2.3



Cuando aparecieron las CE, el debate central a nivel internacional giró en torno a la validez de aquéllas en los contratos que versaban sobre recursos naturales, ya que los países en vía de desarrollo no sólo indicaron que su implementación violaba la norma de *ius cogens* que establecía la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales⁵⁰ sino que también se opusieron a aplicar las CE. Por lo tanto, a finales de los años setenta, su uso disminuyó notablemente debido a la influencia de las teorías de la “Soberanía sobre los Recursos Naturales” y del “Nuevo Orden Mundial”, promovidas por los países subdesarrollados en algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1974⁵¹. Lo anterior invitaba a los Estados a aplicar libremente su poder regulatorio e ignorar los intereses de las empresas multinacionales. No obstante, en contra de lo que algunos pensaron, éste no fue el fin de las CE. La teoría de la internacionalización de los contratos, respaldada en *el principio pacta sunt servanda*⁵², fue utilizada para ratificar la validez de los contratos elaborados entre un inversionista extranjero y un Estado anfitrión⁵³. En este sentido, dicho principio, que a nivel internacional implica que los Estados quedan vinculados cuando firman un acuerdo y deben ejecutar sus compromisos de buena fe, puede considerarse la base legal para la exigencia del cumplimiento que existe frente a los Estados anfitriones cuando han adquirido compromisos con inversionistas extranjeros.

Además de lo anterior, la mayoría de tribunales de arbitramento internacional han aceptado la validez de las CE desde los años setenta, y por ende, el deber de los Estados de cumplir las obligaciones adquiridas con los inversionistas⁵⁴. Actualmente, la capacidad estatal para estabilizar sus poderes legislativos y regulatorios por medio de un contrato, se considera más que una limitación, un ejercicio de su soberanía⁵⁵, por lo cual, estos tribunales al fallar tienen en cuenta la estabilización jurídica.

Dentro de las principales decisiones que existen sobre el tema, la primera referencia que debe hacerse es a la trilogía de arbitramentos que se dieron en contra de Libia en los años setenta, casos que a pesar de haber sido resueltos en tres laudos independientes, son muy similares en contenido⁵⁶. Las empresas petroleras *Libyan American Oil Company*, *British Petroleum Exploration Company Ltd.* y *Texaco Overseas Petroleum Company* acudieron al arbitraje internacional como consecuencia de la nacionalización sin compensación de sus

50 T. J. Pate. op. cit.p.5

51 T. W. Walde, op.cit.p.2.

52 Naciones Unidas, “Vienna Convention on the Law of Treaties” (International Law Commission), Sitio web Naciones Unidas, [en línea], 1969, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, consulta : 10 de febrero de 2010, art. 26

53 M. Sornarajah, op.cit. p. 408

54 Ver los laudos arbitrales: *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* (18/01/1977); *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company* (‘Kuwait v Aminoil’) 1982; *AGIP S.p.A. v. People’s Republic of the Congo* (CIADI Caso No. ARB/77/1)

55 J. W. Yackee, op.cit. p 18

56 Ver los laudos arbitrales: *Libyan Am. Oil Co. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, April 12, 1977, 20 I.L.M. 1 (1981); *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, 53 I.L.R. 297 (1979); *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Gov’t of the Libyan Arab Republic*, Jan. 19, 1977, 17 I.L.M. 1 (1978)



empresas por parte del gobierno libanés. Dentro del arbitraje respectivo, cada una de las empresas alegó la violación de las CE incluidas en los contratos de concesión, en las cuales Libia se comprometía a no cambiar el marco legal de forma que pudiese resultar perjudicial a los concesionarios. En los tres casos, los árbitros negaron la justificación otorgada por el gobierno del incumplimiento de la CE basada en la soberanía estatal⁵⁷ y lo obligaron al pago de la debida compensación a las empresas petroleras.

Asimismo, la controversia que se presentó entre la compañía Aminoil y Kuwait, fue resuelta en el año 1982 de manera similar. Los antecedentes de este caso se encuentran en el contrato de concesión petrolera firmado por Kuwait y Aminoil, el cual incluía una CE que prohibía al gobierno anfitrión anular o alterar unilateralmente los términos del contrato. En dos ocasiones, las partes acordaron modificar el contrato en beneficio del Estado, sin embargo, cuando en 1977 Kuwait se propuso implementar una nueva modificación que Aminoil no aceptó, la compañía petrolera fue nacionalizada. En este caso, aunque el Estado sí otorgó compensación, ésta fue inequitativa, razón por la cual Aminoil decidió acudir a un tribunal de arbitramento internacional y demostrar que con la nacionalización se había quebrantado la CE. Frente a estos hechos, el tribunal decidió que el inversionista merecía una compensación adecuada, con lo cual se evitaba la configuración de una nacionalización confiscatoria que era en realidad la prohibición que traía la CE.

Otro caso similar se presentó en 1979 entre la compañía AGIP y la entonces República Popular del Congo, luego de que este gobierno nacionalizara un contrato de distribución de productos petroleros. Ante estos hechos, la compañía acudió a un tribunal de arbitramento que obligó al Estado a reconocerle una compensación basada en el incumplimiento de la CE que establecía el compromiso del gobierno a inaplicar cualquier ley posterior que pudiese cambiar el estatus de la compañía⁵⁸.

Recientemente han sido pocos los casos sobre estabilización que han llegado a tribunales de arbitramento internacional. Sin embargo, es posible encontrar múltiples laudos, que si bien no versan sobre CE, reconocen la obligación estatal de cumplir los contratos firmados con inversionistas extranjeros. En este sentido, es importante hacer mención en primer lugar, a aquellos casos que han hecho referencia de manera tangencial a la estabilidad jurídica, y en segundo lugar, a aquellos que han desarrollado conflictos relativos a las “cláusulas sombrilla” (“umbrella clauses”)⁵⁹, las cuales reafirman el compromiso que debe asumir el Estado frente al inversionista.

57 J. W. Yackee, *op.cit.* p 21

58 *Ibíd.*, p. 22

59 Katia Yannaca-Small, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements,” (OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3) Sitio web OECD, [en línea], 2006, en: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>, fecha de consulta: 11 de junio de 2010



En el caso *Methanex v. Estados Unidos* de 2002, el tribunal de arbitramento estableció, “Como una cuestión de derecho internacional general, una regulación que no sea discriminatoria, realizada por un interés general y siguiendo el debido proceso, que afecte, una inversión o un inversionista extranjero no es necesariamente expropiatoria y compensable, a no ser que compromisos específicos hayan sido dados por el gobierno regulador al inversionista extranjero estableciendo que el gobierno se abstendría de aplicar tal regulación”⁶⁰ (Subrayado del autor). De igual manera en el caso *Parkerings v. Lithuania*⁶¹, el tribunal declaró que los Estados tienen el derecho de modificar sus leyes aún cuando afectan a los inversionistas extranjeros, excepto en los casos en los que exista un acuerdo, que puede presentarse bajo la forma de una CE, que establece lo contrario.

Otro caso en el cual se hace mención a la obligación que tienen los Estados de respetar los compromisos de estabilización adquiridos con los inversionistas extranjeros es en *Encana vs. Ecuador*. La compañía canadiense Encana inició el procedimiento arbitral en 2003 en contra de Ecuador por la supuesta violación a varios artículos del Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, TBI) que existe entre Canadá y Ecuador como consecuencia del cambio de una norma por medio de la cual ciertas industrias tenían derecho a la reclamación de los reintegros del IVA. Cuando el petróleo fue excluido del ámbito de aplicación de la norma, la compañía alegó que el TBI había sido quebrantado a pesar de que en el contrato nunca se estableció que el régimen tributario no podría ser modificado por el Estado. Por este hecho, el Tribunal de Arbitramento reconoció el poder regulatorio del Estado para modificar normas que afecten la inversión extranjera y estableció que “las inversiones extranjeras —al igual que todas las demás actividades— están sujetas a los impuestos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión. En ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión.”⁶² (Subrayado del autor).

Con base en lo anterior es posible afirmar que los tribunales de arbitramento internacional aceptan la validez de las CE y, aunque reconocen la obligación estatal de honrar los compromisos adquiridos, también ponen de presente el derecho que tienen los Estados para modificar sus normas cuando no existe un convenio que estipuló lo contrario. Sin embargo, esta disyuntiva debe analizarse caso por caso, pues cuando existe un BIT que incluye una “cláusula paraguas” el Estado puede encontrarse obligado a cumplir a cabalidad los

60 Tribunal de Arbitramento para NAFTA, Laudo arbitral de “Methanex Corporation v. United States of América”, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

(Traducción del autor)

61 CIADI, Laudo arbitral de “Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania” (CIADI Caso No. ARB/05/8), Sitio web CIADI, [en línea], 2005, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682_En&caselId=C252, fecha de consulta: 22 de febrero de 2010

62 Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Laudo arbitral de “Encana Corporation v. Ecuador (LCIA Caso No. UN3481, IIC 91), Sitio web Investment Claims, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-91-2006.pdf>, fecha de consulta: 10 de junio de 2010



contratos firmados con los inversionistas extranjeros, y en este sentido, aunque no exista una CE, tendrá que garantizar una cierta estabilidad jurídica a los inversionistas.

Las “cláusulas paraguas” son cláusulas que se incluyen en algunos BITs y generalmente se expresan de la siguiente manera: “Cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.”⁶³. Aunque en principio parece obvio que los Estados están obligados a cumplir las obligaciones adquiridas, no lo es que un inversionista pueda acudir a los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el tratado, para resolver cualquier disputa relacionada con un contrato con el Estado anfitrión. Por tanto, el inversionista sólo puede acudir al arbitraje internacional allí previsto en los casos en que se haya presentado un incumplimiento a las disposiciones del tratado y no por el mero incumplimiento del contrato. Por lo tanto, la inclusión de esta cláusula en un BIT permite al inversionista alegar que el incumplimiento de las obligaciones legales adquiridas por el Estado anfitrión constituye una violación a un tratado internacional.⁶⁴ El inversionista entonces no sólo puede ejercer un reclamo contractual contra el Estado sino también un reclamo por el incumplimiento al tratado.

Lo anterior es una visión restringida de la “cláusula paraguas” ya que a pesar de aceptar la existencia de estas cláusulas limita su ámbito de aplicación a compromisos específicos, y en particular a los contratos. Vale mencionar que existe una versión aun más restringida, como la que se presentó en los casos *El Paso vs. Argentina* y *BP-Pan American vs. Argentina*, en los cuales los tribunales concluyeron “que la supuestamente llamada “cláusula paraguas” en el BIT entre Estados Unidos y Argentina no podía transformar cualquier reclamo contractual en una violación al derecho internacional.”⁶⁵.

Sin embargo, los inversionistas han intentado darle una aplicación más amplia a la cláusula al establecer que no se limita a obligaciones contractuales sino que también es extensible a compromisos legislativos, regulatorios o administrativos que afecten los contratos. Aunque la mayoría de autores⁶⁶, al referirse a estas cláusulas han acordado que sólo son aplicables al incumplimiento de obligaciones específicamente estipuladas en un contrato, es importante mencionar que algunos tribunales han aceptado que es posible que por ejemplo, las leyes municipales hagan parte de los compromisos adquiridos cuando afecten indirectamente el contrato o se deriven del mismo.

63 Esta definición, que aparece en el laudo arbitral *Azurix Corp. v. Argentina*, corresponde al TBI entre Argentina y Estados Unidos. Sin embargo, vale mencionar que en este caso no se reconoció la existencia de una cláusula sombrilla. (CIADI, Laudo arbitral de “*Azurix Corp v. Argentina*” (CIADI Caso No. ARB/01/12), Sitio web CIADI, [en línea], 2006, en:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseld=C5, fecha de consulta: 11 de junio de 2010)

64 K. Yannaca-Small, Op. cit. p. 8

65 UNCTAD, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, Sitio web UNCTAD, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/webiteiia200611_en.pdf, fecha de consulta: 11 de junio de 2010, p. 5

66 *Ibíd.* p. 6



En este sentido, es posible afirmar que las “cláusulas paraguas” pueden cumplir una función muy similar a la estabilización jurídica ya que de un cambio legislativo que resulte adverso a un contrato suscrito entre el Estado anfitrión y un inversionista extranjero puede surgir la responsabilidad internacional del Estado y por ende, la obligación de indemnizar al inversionista. Aunque es cuestionable afirmar que cualquier ley o regulación constituye una obligación adquirida con el inversionista y por ende una violación a la “cláusula paraguas”, a continuación se expondrá un caso donde el tribunal de arbitramento acogió una postura en tal sentido.

La decisión del tribunal de arbitramento del CIADI que resolvió la controversia surgida entre *LG&E Energy Corp.*, *LG&E Capital Corp.*, *LG&E International Inc.*, compañías estadounidenses, y Argentina en el año 2006, ilustra claramente la posición de algunos árbitros a favor de las “cláusula paraguas”. Los inversionistas mencionados tenían una participación accionaria en tres empresas Argentinas de distribución de gas y licencias otorgadas por dicho Estado hasta el 2027. Su inversión en las compañías de gas había surgido en virtud de la legislación promulgada por el Estado suramericano en la que otorgaba varias garantías a los inversionistas relativas al régimen tarifario entre las que aseguraba que las tarifas de distribución de gas se calcularían en dólares americanos y que los ajustes automáticos debían realizarse en el Índice del Precios al Consumidor estadounidense. Estas obligaciones además de encontrarse en leyes, estaban expresadas en las licencias concedidas a cada una de las empresas de distribución de gas. A raíz de la crisis económica que se desarrolló en la Argentina a fines de década de los 90s y principios del 2000, el Gobierno derogó las garantías previstas que había cumplido durante el período 1993-1999. Dicha decisión estatal llevó inevitablemente a una gran reducción en la rentabilidad del negocio de distribución de gas, razón por la cual LG & E inició un procedimiento arbitral ante el CIADI.

Uno de los argumentos presentados por la compañía americana consistía en la violación de la “cláusula paraguas” expresada en el artículo II (2) (C) del TIB entre Argentina y EEUU. Al analizar el caso, el tribunal consideró que las garantías expresadas en la legislación y en el Memorando de Oferta para inducir la entrada de capital extranjero, “eran obligaciones en el sentido del Artículo II (2) (c), en virtud de estar dirigidas a los inversionistas extranjeros y aplicarse de forma específica a sus inversiones”⁶⁷, lo cual, “da lugar a la responsabilidad en virtud de la “cláusula paraguas””⁶⁸.

Las decisiones que se acaban de mencionar no agotan la totalidad de laudos existentes sobre el tema, no obstante, ilustran a grandes rasgos, el reconocimiento de las cláusulas de estabilización y demás compromisos adquiridos por el Estado con los inversionistas extranjeros. Ahora, es necesario entrar a analizar las diversas críticas que han recibido los mecanismos de estabilización por parte de los defensores de DDHH.

67 CIADI, Laudo arbitral de “*LG&E Energy Corp.*, *LG&E Capital Corp.*, *LG&E International Inc.*, v. la República de Argentina” (CIADI Caso No. ARB 02/01), Sitio web CIADI, [en línea], 2006, en:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caselId=C208, p.44

68 *Ibid.*



2.3. Validez a la luz de los Derechos Humanos

En los últimos años, los defensores de DDHH y del desarrollo sostenible han puesto de presente que la protección dada al inversionista en los acuerdos de estabilización puede ser incompatible con la protección de DDHH en los Estados anfitriones. Según ellos, la estabilización no compagina ni con la obligación estatal de regular la inversión para proteger DDHH, ni con la responsabilidad de los inversionistas de respetarlos⁶⁹. Primero, porque las inversiones privilegiadas con alguna forma de congelamiento jurídico en materia ambiental y social no cumplen completamente con la cuota social que como empresas deben aportar al Estado anfitrión. En consecuencia, aunque el país sea progresista en materia de DDHH, los sectores beneficiados, o perjudicados en este caso, por la IED quedan rezagados, pues los ampara una ley que les es menos favorable.⁷⁰ Si se tiene en cuenta el tipo de países que utilizan las cláusulas de congelamiento, y específicamente aquellos que estabilizan materias sensibles, la protesta adquiere más fuerza. Los países en vía de desarrollo necesitan prácticas conducentes a mejorar la realización efectiva de los DDHH pues se caracterizan por ser atrasados en este tema. Por ello, los defensores de DDHH establecen que allí las CE son especialmente dañinas, dado que en estos países lo que se requiere es una legislación rápida que promueva este tipo de derechos, en vez de obstáculos para la implementación de nuevas leyes⁷¹.

El segundo problema lo encuentran en la estabilización que implica el equilibrio económico del contrato, pues de estos mecanismos contractuales pueden resultar dos consecuencias perjudiciales. Por un lado, los Estados anfitriones en aras a evadir compensaciones evitan aumentar los estándares sociales y ambientales o se limitan a hacer una regulación selectiva para evitar que el inversionista sea acogido por una nueva ley⁷². De cualquier forma, tiene el mismo efecto ya señalado, ya que las leyes progresivas en DDHH no son aplicadas al sector donde está la inversión, o aún peor, no se promulgan nuevas regulaciones. Por otro lado, cuando el Estado anfitrión decide implementar nuevas normas en materias que afectan los acuerdos de estabilización, el problema radica en que las compensaciones debidas a los inversionistas como consecuencia de nuevas leyes, disminuye la capacidad financiera del Estado para implementar políticas en materia de DDHH.

La última crítica frente a la estabilización jurídica como mecanismo que pueda afectar los DDHH se centra en analizar las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados en materia de DDHH. Prácticamente todos los Estados han ratificado algún instrumento internacional o regional de protección de DDHH. Muestra de ello es que a enero de 2010,

69 A. Shemberg, op. cit. p.39

70 Un ejemplo de ello se reseña en el estudio "Stabilization Clauses and Human Rights" en el que se presentó una CE que estabilizaba normas relativas al salario mínimo. (Ibíd., p. 21) Otro caso puede evidenciarse cuando una compañía estabiliza normas ambientales como por ejemplo, el uso de un químico dañino.

71 Ibíd., p. 10

72 L. Cotula, op. cit. p.9



160 Estados habían ratificado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³. Los defensores de los DDHH señalan que cuando un Estado limita su capacidad para regular y aplicar normas sobre determinados temas, viola las obligaciones internacionales adquiridas. Permitir ciertas acciones u omisiones a los inversionistas extranjeros puede desencadenar en una infracción de un tratado sobre DDHH, por lo que deberá ser sancionado por el sistema internacional.

Frente a estas críticas, es necesario hacer una anotación. A primera vista pareciera que cualquier tipo de estabilización es perjudicial para el Estado anfitrión, sin embargo, el problema no radica en la estabilización sino en el tipo de estabilización y las materias que cubija. Las cláusulas de equilibrio económico limitadas implementadas por los países desarrollados parecen ser la mejor alternativa para solucionar esta disyuntiva, ya que su uso demuestra que es posible mitigar el riesgo político del inversionista sin que el Estado anfitrión pierda su poder regulatorio, por medio de estabilizaciones que no cubran normas que afecten los DDHH.

Parece entonces necesario proceder a estudiar los CEJ implementados en Colombia para observar si logran conciliar tanto los intereses estatales como los del inversionista.

3. Los contratos de estabilidad jurídica en la ley 963 de 2005

3.1. Características de los contratos de estabilidad jurídica.

Con las reformas al Estado implementadas por el gobierno de Gaviria Trujillo⁷⁴ dirigidas a la internacionalización y apertura de la economía, la inversión extranjera directa adquirió una importancia trascendental ya que “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 domestica”⁷⁵. 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 interno⁷⁶. Y es que “once reformas tributarias en Colombia, a razón de casi una por año”⁷⁷ aprobadas durante el

73 Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Pagina web United Nations Treaty Collections, [en línea], 2010, disponible en:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, consulta : 27 de enero de 2010

74 Cesar Gaviria Trujillo fue presidente de Colombia entre los años 1990-1994.

75 Esteban Restrepo Uribe, “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, p 3.

76 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

77 Sergio Clavijo, “Tributación, Equidad y Eficiencia en Colombia: Guía para salir de un sistema tributario amalgamado”, Pagina web Banco de la Republica, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra325.pdf>, consulta: 25 de enero de 2010



periodo 1990-2004 hace que dichos temores sean fundados. Adicionalmente, la ausencia de un mecanismo que brindara plena seguridad y confianza al inversionista sobre las reglas de juego, a diferencia de Chile⁷⁸, Ecuador⁷⁹, Panamá⁸⁰, Perú⁸¹, y Venezuela⁸² entre otros, que tenían leyes de estabilidad para incentivar la inversión, dejaba al país rezagado en la competencia por atraer inversionistas.

Bajo estas circunstancias, el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez presentó ante el Senado de la República un proyecto de ley⁸³ mediante el cual se crearon los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de estimular la inversión como componente de desarrollo y generación de empleo. El propósito de este texto normativo quedó plasmado en su primer artículo que establece la creación de los contratos de estabilidad jurídica con “la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional”. Para ello, se le otorgó la posibilidad al Estado y al inversionista nacional o extranjero -quien podrá ser persona natural, persona jurídica o un consorcio- de suscribir contratos de estabilidad jurídica mediante los cuales el Estado colombiano se obliga a garantizarle al inversionista que, durante el término de vigencia del contrato, se le continuarán aplicando las normas establecidas como determinantes para la inversión, en el evento en que tales normas sean modificadas con un efecto adverso a aquél.

Para poder garantizar la estabilidad jurídica se requiere una identificación precisa en el contrato de las leyes, decretos, actos administrativos o interpretaciones administrativas a las cuales se les garantizará estabilidad. Dicha exigencia puede convertirse en un ejercicio dispendioso para el inversionista quien se encuentra en el riesgo permanente de dejar normas o interpretaciones que fueron determinantes para su inversión por fuera del contrato de estabilidad. A pesar de esta objeción, el gobierno y el legislador consideraron inconveniente garantizar la estabilidad de regímenes completos⁸⁴, como por ejemplo, el tributario, laboral o cambiario, como sí sucede en otros países. En defensa de la enunciación taxativa en los contratos, el Gobierno expresó, “países en vía de desarrollo, como Colombia, requieren de un margen de maniobra en materia regulatoria, puesto que día a día deben adaptar sus normas a los cambios del entorno”⁸⁵.

78 Chile, Estatuto de la Inversión Extranjera o Decreto Ley 600

79 Ecuador, Ley 46 de 1997 “Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones”, 19 de diciembre de 1997

80 Panamá, Ley 54 de 1998 “Por la cual se dictan medidas para la estabilidad jurídica de las inversiones”, 24 de julio de 1999.

81 Perú, Decreto Supremo 162 de 1992 modificado por Decreto Supremo N° 084-98-EF, 14 de agosto de 1998; Decreto Legislativo n° 662 “ aprueba Régimen de estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera”, 2 de setiembre de 1991.

82 Venezuela, Decreto N° 356 de 1999 “Ley de Promoción y Protección de Inversiones”, 3 de octubre de 1999.

83 El trámite legislativo correspondió con el proyecto 15 de 2003 en el senado de la República y el proyecto 14 de 2004 en la Cámara de Representantes.

84 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

85 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010



A cambio de la estabilidad jurídica, el inversionista se obliga a: 1) realizar la inversión a la que se ha comprometido, 2) pagar una prima como contraprestación a la estabilidad jurídica ofrecida por el gobierno⁸⁶, 3) cumplir con los impactos económicos y sociales esperados con la inversión entre los cuales puede estar la generación de un número determinado de empleos, exportaciones o divisas⁸⁷ y, 4) cumplir con las demás normas específicas que regulen la actividad⁸⁸.

En cuanto a la inversión, la ley impone que ésta: 1) debe ser nueva o tratarse de una ampliación de una ya existente, 2) debe ser por un monto igual o superior a 150.000 UVT⁸⁹ y, 3) habrá de desarrollarse en determinados sectores que la ley 963 de 2005 se ha encargado de indicar en su artículo segundo. No obstante, esta enunciación no debe tenerse como una lista taxativa ya que la misma norma facultó al Comité de Estabilidad Jurídica para aprobar una inversión en cualquier sector de la economía. Por último, sobre las características de la inversión resulta importante destacar que la ley excluye las inversiones de portafolio, lo cual refleja la prioridad del gobierno por atraer la IED en vez de los capitales golondrinas que están sujetos a la incertidumbre e imprevisibilidad de los mercados.

Asimismo, con miras a salvaguardar el interés general el legislador estableció algunas limitaciones y condiciones a estos contratos. En primer lugar, deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. En segundo lugar, no se podrá conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, impuestos indirectos, regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos. Asimismo, la estabilidad tampoco podrá recaer sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos de estabilidad jurídica⁹⁰. Por último, la ley establece un límite temporal a los contratos según el cual éstos tendrán una duración no inferior a tres años ni superior a veinte años.

86 El inversionista deberá pagar una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año o si la inversión contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año. (Ley 963 de 2005, artículo 5.)

87 El Documento CONPES 3406 al referirse a los impactos económicos y sociales esperados con la inversión, aclaró que éstos harían parte de las obligaciones adquiridas por el inversionista cuando así lo determinará el Comité de Estabilidad Jurídica. Para dicha institución, entender como compromisos adquiridos las cifras absolutas y exactas argumentadas por el inversionista en la demostración de los impactos económicos y sociales positivos “desconocerían el normal margen de variabilidad de todo proyecto de inversión”.

88 Los contratos de estabilidad contienen más obligaciones que no vale la pena mencionar para efectos de este estudio.

89 Para el año 2010 el valor de la Unidad de Valor Tributario (UVT) es de \$24,555 pesos, por consiguiente la inversión deberá ser igual o superior a \$3,683,250,000.00.

90 Ley 963 de 2005, artículo 11.



En la medida en que los CEJ son celebrados por el Estado colombiano su naturaleza es pública, y, por lo tanto, estarán sujetos al régimen de contratación pública. Sin embargo, se ha dicho que éstos tienen una naturaleza *sui géneris* ya que los mecanismos de la licitación pública o la contratación directa, son reemplazados por la solicitud que realiza el inversionista y su aprobación por el Comité de Estabilidad.⁹¹ En todo caso, por ser una especie de contratos estatales, la jurisdicción contencioso-administrativa será la responsable de dirimir los conflictos que puedan surgir, salvo que en ellos se pacte una cláusula compromisoria, con lo que la ley 963 de 2005 permitió a las partes estipular en el contrato la posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento⁹².

3.2. Posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento Internacional

El artículo 7 de la Ley 963 de 2005 establece, “Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.” La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esta norma en las sentencias C-961 de 2006 y C-155 de 2007 en donde analizó una posible violación 1) a los principios de voluntariedad y de debido acceso a la justicia (artículo 16 y 229 de la constitución colombiana), 2) al principio de igualdad de las oportunidades, (artículo 13 de la constitución colombiana), y 3) a los mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado (Artículos 9º, 226 y 227 C.P.) y a los tratados internacionales suscritos por Colombia.

A juicio de los demandantes la norma mencionada violaba el principio de voluntariedad y de acceso a la justicia dado que las partes son las llamadas a definir de manera libre y voluntaria los alcances del convenio arbitral. Frente a este cargo el máximo intérprete de la constitución señaló que en la medida en que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento sino que dejó a la autonomía de las partes decidir si acudir a tal mecanismo o resolver sus disputas en la jurisdicción contenciosa administrativa, había respetado el principio de voluntariedad y de acceso a la justicia.⁹³ Se consideró además que diseñar las normas que deben regir el arbitraje, y en especial cuando se trata de contratos administrativos, se encuentra dentro de la capacidad de configuración normativa del legislador.⁹⁴

91 Édgar N. Quiroga y María Alejandra Villegas, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, Revista Universitas (núm. 115, 2008), [en línea], disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/139-158.pdf, consulta: 8 de febrero de 2010

92 Ley 963 de 2005, artículo 7

93 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia: C-155 de 2007 (M.P: Álvaro Tafur Gálvis), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 7 de marzo de 2007

94 Al respecto la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-961 de 2006, “Dado que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional no excede la capacidad de configuración normativa del legislador en esta materia, la cual es amplia en asuntos de tipo económico, más aún si guarda relación directa con la contratación del Estado. En la medida que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento, respetó el principio de voluntariedad y la autonomía de



La Corte también examinó una presunta violación al principio de igualdad dado que según los demandantes, los contratantes deberían tener la ocasión de discutir el contenido de la cláusula compromisoria. Para la Corte sin embargo, no existe tal violación pues el inversionista y el Estado están en igualdad de condiciones para elegir si optan por una cláusula compromisoria. Adicionalmente, señala que debido a que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional es plenamente justificable.

Por último, uno de los temas que más debate suscito era el relativo a una posible violación a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en especial al Convenio de Washington de 1965 que creó el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), la Convención de Nueva York de 1958 y los Tratados Bilaterales de Inversión. Dentro de sus consideraciones la Corte recuerda que los tratados internacionales en materia económica y de integración comercial suscritos por Colombia, no son parámetros de constitucionalidad de las leyes por lo cual los cargos no prosperan.⁹⁵ No obstante, debido a la controversia suscitada la Corte se detiene a aclarar el rol de los tratados de integración en el ordenamiento interno y el papel que desempeñan el Convenio de Washington, la Convención de Nueva York y los BITs ratificados por Colombia. Así las cosas, si bien los mencionados tratados no son parámetros de constitucionalidad, estos son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades y “en caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (art. 9º C.P.)”.⁹⁶

Por lo tanto, la Corte se detiene a analizar si el legislador al imponer un tribunal de arbitramento internacional, incumplió las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano en el Convenio de Washington. Luego de examinar dicha normatividad concluye que aunque el Convenio auspicia la conciliación y el arbitramento internacional como mecanismos idóneos para la solución de las controversias referentes a las inversiones internacionales, éste no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI. Se requiere entonces no sólo que el Estado sea miembro de la convención, sino que además exista el consentimiento escrito de ambas partes para que el conflicto sea resultado por tal entidad⁹⁷. Adicionalmente, el artículo 26 de la mencionada

la voluntad de las partes, quienes podrán decidir libremente si someten sus controversias a la justicia arbitral.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.)

95 Tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción (Art. 93 C.P.) y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado (art.101 C.P)

96 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.

97 Al respecto la Corte señala, “Cabe señalar que la suscripción de la Convención de Washington no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI, pues en su preámbulo se advierte “que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. A su vez, el artículo 25



convención dispone que un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje. Por ello, la Corte determina que la negación del Estado colombiano para dirimir un conflicto originado por un CEJ ante el CIADI no es una violación al Convenio sino un ejercicio legítimo de su derecho.

Por otra parte, dicha institución examina los cargos planteados frente a una posible violación a la Convención de Nueva York, frente a los cuales concluye que carecen de sustento pues el objeto de tal Convención es el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, lo cual no se relaciona en ningún sentido con la norma demandada.

Finalmente, la Corte estudia una posible incompatibilidad del artículo 7 con los tratados bilaterales de inversión extranjera que consagran cláusulas relativas a la solución de conflictos entre los inversionistas y el Estado anfitrión. Por ejemplo, el modelo colombiano para BITs⁹⁸ establece que cuando exista una disputa entre un Estado y un inversionista de otro Estado que no ha podido ser resuelta en 12 meses, el inversionista podrá hacer una solicitud de arbitramento a: a) un tribunal nacional competente, b) un tribunal ad hoc establecido siguiendo las normas que para ello establece la UNCITRAL, o c) ante el CIADI. Bajo este escenario, la Corte señala que si un tratado internacional le otorga a un inversionista la posibilidad de acudir a un arbitramento internacional, éste no está obligado a renunciar a tal posibilidad. Admite que “la ley le permite al inversionista abstenerse de suscribir el contrato de estabilidad jurídica o hacerlo pero con exclusión de la cláusula arbitral prevista en el artículo 7º, si a su juicio las garantías que le otorga un determinado tratado pueden verse desmejoradas, especialmente en cuanto a la protección de su inversión o a la posibilidad de acceder directamente a un tribunal arbitral de naturaleza internacional.”⁹⁹

Sobre esta afirmación de la Corte, que en un principio puede parecer una manera de eludir el artículo 7 para algunos inversionistas extranjeros, es necesario detenerse y hacer la siguiente aclaración. Según lo ha señalado la doctrina y varios laudos arbitrales, un incumplimiento contractual por sí solo no constituye causa suficiente en todo momento para acudir a los mecanismos consagrados en un BIT. En la mayoría de estos tratados, la cláusula relativa a la resolución de controversias define el tipo de litigios en los que los mecanismos aplican. Algunos convenios le otorgan al inversionista una amplia posibilidad de escogencia de distintos mecanismos y prevén que se aplicarán a toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte mientras que otros por el contrario, limitan el ámbito de aplicación de los procedimientos, y se establece que tales mecanismos sólo se aplicarán a las controversias sobre un supuesto incumplimiento de una obligación en virtud del Acuerdo.

de la Convención señala que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias “que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro” y que, en todo caso, un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, “como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio” (art.26).” (Ibíd.)

98 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the Republic of Colombia and Colombian Model*, Bogotá, [en línea], 2007, disponible en:

http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf, 2007, consulta: enero 20 de 2010

99 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-155 de 2007, op. cit.



La determinación del ámbito de aplicación de los mecanismos de resolución de controversias en los BITs ha sido objeto de grandes debates jurisprudenciales y decisiones en sentidos contrarios. La discusión se ha basado en determinar si la competencia de un tribunal arbitral constituido en virtud de un BIT se limita a conocer únicamente sobre las controversias surgidas por violaciones a disposiciones sustantivas del tratado o si aquella puede extenderse para conocer sobre las reclamaciones derivadas de un incumplimiento contractual. Con el objetivo de determinar dicha cuestión los tribunales de arbitramento han acudido a examinar el ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias dispuesta en el BIT aplicable. Algunos de estos tratados consagran cláusulas extensivas donde los procedimientos de arbitraje podrán aplicarse a “cualquier” o a “todos” los conflictos que puedan surgir “en relación con” o “derivados” de la inversión, lo cual ha generado el debate sobre si tal redacción incluye incumplimientos contractuales. La jurisprudencia sobre este asunto no ha sido uniforme en la última década.

Algunos tribunales de arbitraje han sostenido que si la cláusula está redactada en un lenguaje lo suficientemente amplio para extender la jurisdicción a “alguna” o “todas” las controversias relacionadas con la inversión, ésta comprende también las reclamaciones contractuales. Por ejemplo, en el caso *Salini v. Marruecos*, el artículo octavo del BIT aplicable indicaba que los mecanismos de resolución de controversias aplicaban a “todas las controversias o diferencias” entre una parte contratante y un inversionista protegido. Dentro de este contexto, el tribunal concluyó que los términos del artículo eran lo suficientemente amplios para incluir reclamaciones contractuales. El mismo planteamiento fue aprobado por el tribunal arbitral en *Impregilo v. Pakistán* basado en el BIT entre Italia y Pakistan y, en *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Philippines* basado en el TBI entre Suiza y Filipinas.¹⁰⁰

En contraste, otros tribunales arbitrales han expresado que la redacción amplia de la disposición de la cláusula en un TBI no es suficiente para establecer su jurisdicción con respecto a incumplimientos contractuales. En *Société Générale SA de Surveillance (SGS) v. Pakistan* el tribunal si bien reconoció que los conflictos que surgen de las reclamaciones fundadas en supuestas violaciones del BIT y los conflictos derivados de las reclamaciones basadas en violaciones al contrato podían ser descritas como “diferencias con respecto a las inversiones” (frase utilizada en el artículo 9 del BIT), las partes contratantes no pretendían cubrir incumplimientos contractuales dentro del ámbito de aplicación del tratado. Otro fallo en el mismo sentido es *Consortio Groupement L.E.S.I. DIPENTA v. Algeria*.¹⁰¹

100 Naciones Unidas, “Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”. Geneva, 2007 p. 27

101 Naciones Unidas., Op. cit. p.28



Los casos mencionados muestran que no hay una tendencia uniforme en la jurisprudencia respecto a si una cláusula de solución de controversias redactada en términos generales en un BIT puede ser suficiente para otorgar jurisdicción a los tribunales arbitrales para tratar las demandas puramente contractuales. Los BITs celebrados por Colombia difieren en su redacción y por ello la posibilidad para un inversionista extranjero de acudir a un mecanismo de resolución de controversias basado en un incumplimiento contractual depende del BIT que lo cobije. A modo de ejemplo el BIT celebrado con España reduce el ámbito de aplicación de los mecanismos de resolución de controversias a aquellas surgidas “respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”¹⁰². Lo mismo sucede con el BIT celebrado con Chile que restringe el ámbito de aplicación a “las controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo”¹⁰³. A la luz de estos dos acuerdos será difícil pretender acudir a los mecanismos allí dispuestos alegando un incumplimiento contractual. Por el contrario, el BIT celebrado con Inglaterra extiende su aplicación a “cualquier controversia legal que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera”.¹⁰⁴ En el mismo sentido el BIT con Perú extiende su aplicación “a las controversias que surjan entre una Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones de que trata el presente Convenio”¹⁰⁵. Allí su ámbito de aplicación es más amplio dando espacio a reclamaciones puramente contractuales. No obstante, el éxito de tal reclamación depende como se dijo anteriormente, de la posición que adopte el tribunal de arbitramento.

Por lo anterior, a pesar de lo expresado por la Corte Constitucional, un inversionista extranjero difícilmente podrá llegar a instancias de un tribunal internacional cobijado bajo un BIT para que éste conozca de un conflicto relativo a un contrato de estabilidad jurídica. En primer lugar, el BIT debe estar redactado de una manera lo suficientemente amplia para cobijar incumplimientos contractuales, lo cual como se ilustró no ocurre en todos los TBI celebrados por Colombia. En segundo lugar, se debe contar con la suerte de que el tribunal considere que la redacción amplia del BIT es suficiente para conocer sobre reclamaciones contractuales.

Por último, no sobra aclarar que las consecuencias sobre el ámbito de aplicación de los mecanismos de solución de controversias en un BIT difieren cuando éste incluye una cláusula “paraguas”. Como se mencionó anteriormente, dichas cláusulas pretenden que el incumplimiento de un contrato se traduzca en una violación a un tratado. La jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto al efecto de estas cláusulas en la última década y mientras que algunos tribunales arbitrales han señalado que en virtud de ellas un incumplimiento

102 Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Santafé de Bogotá D. C., el 9 de junio de 1995. Artículo XI

103 Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Artículo IX

104 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por el cual se promueven y protegen las inversiones. Artículo 9

105 Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Artículo 12



contractual constituye una violación al BIT, otros han negado tales consecuencias. Existen cláusulas de tal tipo en los BITs celebradas por Colombia, como por ejemplo el tratado con España consagra en el Artículo III “Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiese contraído respecto a las inversiones realizadas por la otra Parte Contratante.”¹⁰⁶ Asimismo el artículo 10 (2) del BIT con Suiza establece, “cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que el pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión”¹⁰⁷. Por su parte, el TLC de Colombia y Estados Unidos contiene una cláusula más agresiva al disponer en el artículo 10.6 “(a) el demandante por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue (i) que el demandante ha violado (C) Un Acuerdo de Inversión”¹⁰⁸.

Por lo tanto, en virtud de los mencionados artículos, se les facilita a los inversionistas de estos países acudir a los mecanismos dispuestos en los BITs y alegar un incumplimiento contractual como incumplimiento del tratado.

3.3. Validez de los Contratos de Estabilidad Jurídica

Otro de los debates que suscitaron los CEJ fue en cuanto a su validez para restringir la potestad legislativa y regulatoria del Estado, inquietudes que se plasmaron en la sentencia C-320 de 2006. Allí, la Corte Constitucional decidió una acción de inconstitucionalidad contra la ley 963 de 2005 la cual, según el demandante, constituía una vulneración al principio democrático y a la soberanía regulatoria del Estado.

El alto tribunal aclaró que el Congreso, mediante una ley ordinaria, no podía imponer limitaciones a sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía ni tampoco podía restringir la potestad regulatoria del gobierno. De este modo, la Corte buscó proteger la capacidad regulatoria del Estado y en este sentido advirtió que en “los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél”¹⁰⁹. De acuerdo con lo anterior, dicha corporación declaró la constitucionalidad condicionada del artículo primero de la mencionada ley bajo el entendido de que el Estado conserva sus competencias normativas en todo momento sin perjuicio de que el inversionista acuda a las acciones judiciales que estime pertinentes para el resarcimiento de los daños causados cuando se modifique la normatividad.

¹⁰⁶ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, Artículo III

¹⁰⁷ Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo 10.

¹⁰⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y la República de Colombia. Artículo 10.16-

¹⁰⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia: C-320 de 2006 (M.P: Humberto Sierra Porto), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 24 de abril de 2006



3.4. Análisis de los Contratos de Estabilidad perfeccionados

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena examinar 54 contratos¹¹⁰ que ha firmado el Estado colombiano con inversionistas nacionales y extranjeros respecto al mecanismo de estabilidad adoptado, las normas estabilizadas y la jurisdicción competente para conocer los conflictos derivados de aquellos.

3.4.1. Mecanismo adoptado por la ley 963 de 2005

La primera cláusula que aparece en todos los CEJ firmados hasta el momento que establece que “la Nación garantiza estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión”¹¹¹ entendida la estabilidad jurídica como “la garantía que otorga la Nación al Inversionista de que se continuará aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato en caso de que ésta sufriera modificación adversa a aquél”¹¹², refleja claramente como los CEJ incorporan una manifestación de las cláusulas de congelamiento limitadas. Nótese además como dicha redacción omite por un lado, indicar el proceso que el inversionista debe seguir para evitar que una nueva ley le sea aplicada y por el otro, no determina el mecanismo para calcular la indemnización en caso de que la nueva ley sea aplicada a la inversión, recogiendo así, las principales críticas que han recibido las cláusulas de congelamiento por parte de la doctrina internacional. El problema sobre el mecanismo adoptado en la ley 963 de 2005 se agudiza aún más por la duración de estos contratos pues de los 54 acuerdos estudiados, 33 tienen una duración de 20 años (máximo permitido por la ley), y en promedio su duración es de 17 años y un mes. Sobre estas prácticas, estudiosos sobre el tema han expresado que las formas de estabilización que intentan congelar las normas por períodos largos de tiempo han probado ser menos efectivas que aquellas que se encargan de prever los resultados de una futura acción regulatoria del gobierno,¹¹³ razón por la cual el mecanismo adoptado en estos CEJ no es el más efectivo.

No obstante, el proyecto inicial presentado por el gobierno tenía un espíritu totalmente distinto al establecer una indemnización a favor del inversionista en caso de que las normas pactadas en el contrato fueran modificadas causándole un daño cierto¹¹⁴. Adicionalmente, el proyecto preveía que el inversionista debía efectuar una estimación anticipada de los daños

110 Hasta el 10 de octubre de 2010 se habían firmado 56 contratos, sin embargo, no fue posible acceder al CEJ celebrado entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Sociedad Lafranco International S.A. y al CEJ firmado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Sociedad Leasing de Occidente S.A. Compañía de Financiamiento Comercial. Dichos acuerdos pueden consultarse en:

<http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>

111 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Contratos de Estabilidad Jurídica - Firmados, Bogotá, [en línea], 2010, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>, consulta: enero de 2010

112 Ibíd

113 P. D. Cameron, op. cit. p. 95

114 Ver artículo 6 del Proyecto de ley. (Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, op. cit.)



que se pudieran llegar a causar por la modificación de las normas respecto cuya estabilidad se pretendiera. El tope máximo para el monto de la indemnización era hasta el valor de la inversión efectivamente realizada y en caso de que se indemnizara al inversionista, éste no podía interponer otras acciones en tribunales nacionales o internacionales por la misma causa. En tal sentido, el gobierno pretendía adoptar un mecanismo similar a las cláusulas de equilibrio económico, acogiéndose a las prácticas modernas sobre este tema, y así impedir que “dicha estabilidad se convirtiera en inamovilidad, al punto de ser una camisa de fuerza para la facultad normativa del Estado”¹¹⁵. Lamentablemente, durante el tránsito de este proyecto por el Congreso, se eliminó la alusión al reconocimiento y pago de indemnizaciones a favor de los inversionistas aprobándose la inmodificabilidad de las normas únicamente.

3.4.2. Normas estabilizadas

En cuanto a las normas objeto de estos contratos, el régimen jurídico cuyas disposiciones se buscan estabilizar con mayor frecuencia es el fiscal. En tal sentido, de los 54 contratos de estabilidad estudiados, todos hacen alusión a normas fiscales y 35 de ellos estabilizan únicamente disposiciones del régimen fiscal.¹¹⁶ Los demás contratos, además de normas fiscales, estabilizaron normas comerciales, civiles, laborales, mineras y sobre servicios públicos. En el ámbito comercial se estabilizaron disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995¹¹⁷, mientras que del régimen civil sólo se estabilizaron normas relativas al contrato de arrendamiento¹¹⁸. Frente al Código Minero se estabilizaron normas que se refieren a los periodos de explotación y exploración, y a prorrogas de las concesiones¹¹⁹. Por último, en relación a las normas sobre servicios públicos, en el caso de empresas que no son prestadoras de servicios públicos, fueron estabilizadas disposiciones destinadas a garantizarle al inversionista un abastecimiento adecuado de estos recursos pero no hacen referencia al régimen tarifario. En el caso de ISAGEN, empresa prestadora de servicios públicos, se estabilizaron normas sobre contribuciones, expropiaciones, servidumbres y régimen aplicable.

Hasta acá, la estabilización de normas ha estado encaminada a preocupaciones de índole económico y fiscal, y en consecuencia, no parecen ser un obstáculo para el desarrollo de DDHH. Sin embargo, el panorama cambia cuando las normas laborales, diseñadas para la protección de un trabajo en condiciones dignas y justas, son estabilizadas por cinco de los contratos

115 Ministerio de Comercio Industria Y Turismo, Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia, op. cit.

116 Las normas del Estatuto tributario fueron las que más se estabilizaron, aunque también fue frecuente la mención al Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999), a la ley de zonas francas (Ley 1004 de 2005).

117 En su mayoría son normas societarias, aunque en algunos contratos también se mencionaron disposiciones sobre cesantías del agente mercantil, subarriendo y cesión del contrato de arrendamiento, contrato de cuentas en participación, propiedad intelectual y contabilidad.

118 Contratos entre el Estado y Sodimac Colombia S.A., Renting Colombia S.A. y Leasing Bancolombia S.A.

119 Contrato entre el Estado e Isagen S.A.



firmados¹²⁰. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C-320 de 2006 resaltó que los CEJ no pueden conducir a la afectación de derechos laborales y en tal sentido, “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 inmediatamente a las relaciones que éstos tengan con los inversionistas”¹²¹.

3.4.3. Jurisdicción acordada

De los 54 contratos revisados, 51 tienen cláusulas compromisorias mientras que los cuatro restantes, uno somete los conflictos a la jurisdicción ordinaria¹²², otro a la jurisdicción contencioso administrativa¹²³, otro a los mecanismos alternos de solución¹²⁴ y otro no hace mención ni a la jurisdicción nacional ni pacta una cláusula compromisoria¹²⁵. El contrato celebrado con Avianca que pacta como foro de resolución de conflictos la jurisdicción ordinaria, comete un error gravísimo debido a que los particulares mediante cláusulas contractuales no tienen la capacidad para modificar las normas de competencia que en este caso imponen como juez natural a la jurisdicción contenciosa administrativa. Por su parte, el contrato celebrado con Ciudadela de Salud S.A. al mencionar que en caso de conflicto se acudirá a los mecanismos de alternos de solución sin especificar cual mecanismo hace que dicha cláusula sea ineficaz. Así las cosas, únicamente vale la pena mencionar el contrato celebrado con la empresa Comcel S.A. en el año 2010 pues parece ser el único caso donde un inversionista extranjero pretendió hacer uso de lo expresado por la Corte Constitucional y no pactar una cláusula compromisoria con el objetivo de acudir a los mecanismos de resolución de conflictos dispuestos en el G3 en caso de una disputa con el Estado colombiano.

120 Entre las normas laborales objeto de estos contratos están aquellas que regulan obligaciones y prohibiciones del trabajador y empleador, terminación del contrato con y sin justa causa, período de prueba y aprendizaje, viáticos, salario integral, períodos de pago, jornada diaria, trabajo suplementario, trabajo diurno y nocturno, tasas y liquidación de recargos y descansos obligatorios, remuneración de trabajo los domingos y festivos, y vacaciones anuales remuneradas, entre otras cuestiones. Asimismo, se estabiliza normas correspondientes al régimen de Cooperativas de Trabajo Asociado. (Contratos entre el Estado y Comertex S.A., Teledatos Zona Franca S.A., Hotelería Internacional S.A. Novamar Development S.A., e Inversiones Inmobiliarias S.A.)

121 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia: C-320 de 2006, op. cit.

122 Celebrado entre la Nación - Ministerio de Transporte y las sociedades Avianca S.A. y SAM S.A.

123 Contrato entre el Ministerio de Comunicaciones y Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

124 Contrato entre el Ministerio de la Protección Social y Sociedad Ciudadela Salud S.A.

125 Celebrado entre la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.



Conclusiones

Luego de examinar las prácticas internacionales de estabilización, así como los contratos de estabilidad jurídica colombianos, es posible afirmar que estos últimos evidencian varios defectos que les impiden ser verdaderos instrumentos para proteger los intereses del inversionista, y a su vez salvaguardar la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general.

En primer lugar, el legislador erró en cuanto al mecanismo de estabilización al adoptar una modalidad de congelamiento limitada de normas. Como ya se mencionó, en la actualidad se recomienda la implementación de una estabilización que le permita al inversionista reclamar ante el Estado cuando cambios legislativos afecten el equilibrio económico del contrato. Por lo tanto, el verdadero problema para diseñar una estabilización que tienda a proteger los intereses del inversionista y del Estado, no consiste en determinar si el Estado puede o no puede modificar sus normas, tema que ya ha sido resuelto a favor de la soberanía estatal, sino en especificar cuál es el resultado de esa acción, que puede ser, entre otros, la obligación de llevar a cabo nuevas negociaciones o el reconocimiento de una indemnización de perjuicios en caso de generarse daños.

Con la sentencia C-320 de 2006 se cerró la discusión sobre la validez de los CEJ, sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que el Estado conserva sus poderes regulatorios en todo momento a pesar de que haya una garantía de inmodificabilidad de sus leyes. Con dicha providencia, el alto tribunal, en aras de proteger el interés general, le resta confiabilidad a los CEJ y por tanto, se observa que el compromiso que contrae el gobierno en los CEJ es ante todo una política tendiente a promover la inversión antes que una verdadera restricción a la modificación de sus normas. No obstante, si bien la indemnización a la que tendría derecho un inversionista ante un eventual cambio de legislación podría lograr un reequilibrio del contrato, esto no ocurre en toda situación y por tanto, una cláusula de equilibrio económico que indique cómo se deberá calcular la indemnización, así como los procedimientos alternos para llegar a un acuerdo, es una alternativa que brindaría mayor protección al inversionista. En segundo lugar, los CEJ pueden representar un serio obstáculo para que el Estado regule temas de interés general. Una de las principales recomendaciones cuando se utilizan mecanismos de estabilización consiste en evitar el congelamiento de normas que versen sobre DDHH o que puedan llegar a afectarlos. Por ello, a primera vista, las normas estabilizadas en los CEJ colombianos, en su mayoría de índole económico y fiscal, no representan una amenaza en la implementación de DDHH, no obstante, la existencia de cinco contratos que incluyen la estabilización de normas laborales sí resulta preocupante. Es cierto que son pocos los contratos que las incluyen, sin embargo, se está ante el riesgo que en los contratos futuros la inclusión de estos temas se convierta en una práctica común.

La inmodificabilidad de normas laborales puede degenerar en una violación, por un lado, de los derechos del empleado a un trabajo en condiciones dignas y justas, y por el otro, a su derecho a la igualdad cuando es tratado en forma distinta a los demás trabajadores cuyo empleador no goce de los beneficios de la estabilización. Así, bajo la hipótesis de que

el Congreso expida una nueva ley que mejore las condiciones laborales incrementando los días de vacaciones, el valor de las cesantías, y el porcentaje de recargo por laborar domingos y festivos, cabría preguntarse si resulta acorde con la Constitución que los trabajadores de aquellos inversionistas que gozan del beneficio de la estabilización sobre esas normas, se vean obligados a permanecer bajo las condiciones menos favorables consagradas en la ley anterior. Según lo dicho por la Corte Constitucional, sería posible afirmar que no, sin embargo, los contratos que en la actualidad estabilizan este tipo de normas laborales, fueron aprobados por el Comité de Estabilidad Jurídica con posterioridad a la sentencia mencionada, lo cual podría llevar a preguntarse sobre la posible violación a los DDHH a partir de la estabilización de algunas normas laborales y la validez y eficacia de estas cláusulas.

Una predicción es que el resultado de un cambio legislativo perjudicial al inversionista sobre una norma laboral estabilizada, terminaría en el pago de una indemnización en vez del congelamiento de la ley. Sin embargo, aun si el Estado efectivamente paga la indemnización, se cuestionaría sin lugar a dudas la confiabilidad de los CEJ, y el respeto del Estado colombiano por los compromisos adquiridos. Con ello, se demuestra nuevamente que para el Estado colombiano al igual que para el inversionista, hubiese sido mejor adoptar un mecanismo de equilibrio económico mediante el cual el inversionista desde antes de firmar el contrato tiene claro que el Estado es libre para hacer cambios normativos aplicables aun a las inversiones estabilizadas sin perjuicio de la indemnización o de las demás consecuencias que el mismo contrato previó.

En tercer lugar, la exigencia de un tribunal de arbitramento nacional que falle bajo la ley colombiana en caso de pactarse una cláusula compromisoria, demuestra por si sola que los CEJ no son una herramienta adecuada para la verdadera protección del inversionista. Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo séptimo de la ley 963 de 2005 es acorde con la Constitución y los tratados internacionales sobre arbitramento internacional que el país ha ratificado, ciertamente no es un mecanismo adecuado para promover y proteger la IED. Para los inversionistas extranjeros la posibilidad de pactar la ley sustancial aplicable así como el foro de resolución de disputas, que en la mayoría de ocasiones es un tribunal de arbitramento internacional, constituye una verdadera herramienta para salvaguardarse de los riesgos políticos de un país. A nivel internacional, estos tribunales se consideran mecanismos ágiles, efectivos y neutrales, y por tanto, la imposición del artículo séptimo no sólo contraría el espíritu de la ley al desincentivar la IED, sino que también puede generar serias sospechas sobre la seriedad de los CEJ. Sin embargo, el legislador no tuvo esto en cuenta, y hoy la única posibilidad que existe para acudir a un tribunal internacional de arbitramento, según la Corte Constitucional, es cuando el inversionista que firmó el CEJ es a su vez nacional de un país con quien Colombia ha suscrito un BIT. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las dificultades para llegar a estas instancias mencionadas con anterioridad.

Para terminar, los CEJ constituyen entonces un instrumento defectuoso para proteger los intereses del inversionista y del Estado colombiano. No obstante, está en el Comité de Estabilidad Jurídica y en la Secretaría Técnica que apoya a éste comité y que además es



la encargada de elaborar las minutas de los contratos¹²⁶, subsanar estos defectos al adaptar lo dispuesto por la ley a las necesidades de los contratantes y a las exigencias de la Corte Constitucional. De esta forma, los CEJ firmados no se deberían limitar a indicar la inmodificabilidad de las normas, sino en regular las consecuencias ante tal modificación. Adicionalmente, el Comité debería prestar mayor atención sobre las normas estabilizadas, especialmente las laborales, y estar más atento en cuanto a la redacción de las cláusulas de jurisdicción y compromisorias en aras de evitar ambigüedades sobre el foro de resolución de conflictos.

¹²⁶ Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 2950 de 2005 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”. 19 de agosto de 2009. Diario Oficial No. 46.016, artículo 7.

Bibliografía

Doak R. Bishop, James Crawford, Michael W. Reisman, *Foreign Direct Investment Disputes Cases, Material and Commentary*, La Haya, Kluwer Law International, 2005.

Peter D. Cameron, “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, *Association of International Petroleum Negotiators*, 2006, [en línea], disponible en: http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf, consulta: diciembre de 2009

CIADI, Laudo arbitral de “Azurix Corp v. Argentina” (CIADI Caso No. ARB/01/12), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2006, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caselId=C5, fecha de consulta: 11 de junio de 2010

CIADI, Laudo arbitral de “LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp., LG&E International Inc., v. la República de Argentina” (CIADI Caso No. ARB 02/01), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2006, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caselId=C208

CIADI, Laudo arbitral de “Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania” (CIADI Caso No. ARB/05/8), *Sitio web CIADI*, [en línea], 2005, en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682_En&caselId=C252, fecha de consulta: 22 de febrero de 2010

Sergio Clavijo, “Tributación, Equidad y Eficiencia en Colombia: Guía para salir de un sistema tributario amalgamado”, *Página web Banco de la Republica*, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra325.pdf>, consulta: 25 de enero de 2010

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 685 de 2001, Código Minero Colombiano, *Diario Oficial*, Bogotá, Agosto 15 de 2001, art. 46

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 143 de 1994 *Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*, *Diario Oficial* No. 41.434, Bogotá, 11 de julio de 1994

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

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de 1991, *Diario Oficial*, Bogotá, 4 de julio de 1991, art. 116



Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2006 (M.P: Dra. Clara Inés Vargas Hernández), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 29 de marzo de 2006

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-961 de 2006 (M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 22 de noviembre de 2006

Colombia. Corte Constitucional , Sentencia: C-155 de 2007 (M.P: Álvaro Tafur Gálvis), Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 7 de marzo de 2007

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 2950 de 2005 *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”*. 19 de agosto de 2009. Diario Oficial No. 46.016.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1474 de 2008 *Por el cual se modifica el Decreto 2950 de agosto 29 de 2005*, Diario Oficial No. 46.982, Bogotá, 6 de mayo de 2008

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the Republic of Colombia and Colombian Model*, Bogotá, [en línea], 2007, disponible en:
http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf, 2007, consulta: enero 20 de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Concepto Jurídico del 27 de septiembre de 2006. Asunto: Sentencia C-320 de 2006*, Bogotá, [en línea], 27 de septiembre de 2006, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/Documentos/Normatividad/Conceptos/LeyEstabilidadJuridica.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Contratos de Estabilidad Jurídica - Firmados*, Bogotá, [en línea], 2010, disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/newsdetail.asp?id=7823&idcompany=23>, consulta: enero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia*, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&ldCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Exposición de Motivos del Proyecto de ley por el cual se promueve la confianza inversionista en Colombia*, Bogotá, [en línea], disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/verimp.asp?id=1197&IdCompany=1>, consulta: 10 de febrero de 2010

Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Laudo arbitral de “Encana Corporation v. Ecuador (LCIA Caso No. UN3481, IIC 91), Sitio web Investment Claims, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-91-2006.pdf>, fecha de consulta: 10 de junio de 2010

Lorenzo Cotula, “Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development” (Global Forum on International Investment VII), Sitio web OECD, [en línea], 2008, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>, consulta: enero 2010

James Crawford, R. Doak Bishop, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials, and Commentary*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2005

Martin Dixon, *Textbook on International Law*, 6.ª ed., Gran Bretaña, Oxford University Press, 2007.

Diego B. Galan, “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un Estimulo a la Inversión Extranjera en Colombia”, *Revista Estudios Gerenciales* (num. 101, vol.22, 2006), [en línea], disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-59232006000400006&script=sci_arttext, consulta: 8 de enero de 2010

Mario Jaramillo, “Introducción”; Esteban Restrepo Uribe, “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

Sheldon Leader, “Human rights, risks, and new strategies for global investment”, *Journal of International Economic Law* (Oxford University Press), ProQuest [base de datos en línea], 2006, internet, consulta: febrero 2010

MIGA, “World Investment and Political Risk”, *Sitio web MIGA*, [en línea], 2009, disponible en: <http://www.miga.org/documents/flagship09ebook.pdf>, consulta: 15 de enero de 2010

Naciones Unidas, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Página web United Nations Treaty Collections*, [en línea], 2010, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, consulta : 27 de enero de 2010

Naciones Unidas, “Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”. Geneva, 2007



Naciones Unidas, “Vienna Convention on the Law of Treaties” (International Law Commission), *Sitio web Naciones Unidas*, [en línea], 1969, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, consulta : 10 de febrero de 2010, art. 26

Amaechi D. Nwokolo, “Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements?”, *Sitio web Universidad de Dundee*, [en línea], disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

Thomas J. Pate, “Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela’s Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo 40 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 34, internet, consulta: enero 2010

Édgar N. Quiroga y María Alejandra Villegas, “La Constitucionalidad de Los Contratos de Estabilidad Jurídica desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, *Revista Universitas* (núm. 115, 2008), [en línea], disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/139-158.pdf, consulta: 8 de febrero de 2010

Andrea Shemberg, “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, disponible en: [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), consulta: 4 de enero de 2010

M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2004

Tribunal de Arbitramento para NAFTA, Laudo arbitral de “Methanex Corporation v. United States of América”, [en línea], 2005, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>, consulta: 22 de febrero de 2010

Anne Twomey, “Manner and Form”, *Sitio web de la Universidad de South Wales*, [en línea], disponible en: www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/.../5_AnneTwomey.pdf, consulta: 19 de enero de 2010

UNCTAD, “Análisis de la política de inversión extranjera en Colombia”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/iteipc200511_sp.pdf, consulta: 5 de febrero de 2010

UNCTAD, “Investor- State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2007, disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/iteia20073_en.pdf, consulta: 15 de enero de 2010

UNCTAD, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, *Sitio web UNCTAD*, [en línea], 2006, disponible en: http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia200611_en.pdf, consulta: 11 de junio de 2010

Universidad de Viena, “D164 Internationalized Contracts”, *Sitio web Universidad of Viena*, [en línea] disponible en: public.univie.ac.at/uploads/media/D_164n.doc, consulta: febrero 10 de 2010

Thomas W. Walde, “Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation”, *Sitio web Universidad de Dundee*, [en línea], 1994, disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/infoserv/Downloads_Free/PP13.pdf, consulta: enero 10 de 2010

Jason Webb Yackee, “Pacta sunt servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties: Myth and reality”, *Fordham International Law Journal*, Lexis Nexis [base de datos en línea], 2009, artículo LEXSEE 32 FORDHAM INT’L L.J. 1550 , internet, consulta: enero 2010

Katia Yannaca-Small , “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements,” (OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3) *Sitio web OECD* , [en línea], 2006, en: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>, fecha de consulta: 11 de junio de 2010



El caso de los gitanos en Francia: entre la ilegalidad, el interés nacional, el derecho internacional y la presión comunitaria

✉ By: Claudia Mejía Betancur¹

Resumen:

El texto presenta un análisis de las medidas tomadas en el último año por el gobierno Francés con relación a los gitanos. Su objetivo es examinar si el gobierno de ese país ha alegado la existencia de regulaciones internacionales como estrategia para legitimar sus intereses electorales; dado que este gobierno aparentemente se aleja de la intención mostrada anteriormente por ese país de flexibilizar sus fronteras hacia los demás países europeos, al implementar políticas migratorias que permiten intuir una intención de atraer votantes con tendencias de derecha en las próximas elecciones. Esto permite además plantear algunas deficiencias del derecho internacional y de la Unión Europea, y la necesidad de su fortalecimiento para lidiar con problemas de este tipo.

Palabras claves:

Migraciones, gitanos, Francia, derecho internacional, Unión Europea

¹ Estudiante de quinto semestre del pregrado en Ciencias Políticas de la Universidad Eafit. Email: clau2780@hotmail.com

Abstract:

The text presents an analysis on the measures taken in the last year by the French government regarding the Roma population. Its aim is to examine if the government of that country has alleged the existence of international regulations as an strategy to legitimize their electoral interests, given the fact that this government apparently steps away from the intent shown earlier by that country to relax its borders towards other European countries, by implementing policies that suggests an intention to attract right-leaning voters in the upcoming election. This also allows me to present certain shortcomings of international law and the European Union, and the need to strengthen them in order to deal with this kind of issues.

Keywords:

Migrations, gypsies, France, international law, European Union

Introducción: Los gitanos y su situación en Francia

Históricamente las diversas comunidades que pueden agruparse bajo la denominación de gitanos se han alojado en Francia y han representado una minoría importante dentro de la población de ese país. Estas personas pertenecen principalmente a los grupos manouches, gitans, rom y xoraxané, y han sido a lo largo de la historia marginados social y económicamente².

Buena parte de los gitanos que habitan en Francia son nativos de ese país, pero otros son inmigrantes que se han instalado hace poco en esa nación y que provienen en su mayoría de Rumania y Bulgaria. Ellos han llegado a ese país haciendo uso del beneficio que les otorga ser ciudadanos comunitarios de la unión europea.

Sin embargo, el gobierno Francés tomó en Julio de 2010 la decisión de expatriar a sus países de origen a los gitanos, aduciendo que ellos se encontraban en el país ilegalmente³, dado que las leyes de migración europeas sólo permiten la estancia de los ciudadanos comunitarios en

2 Angus Fraser, *The gypsies*, Oxford, Blackwell publishing, 1992. (Traducción española: José Reche Navarro, *Los gitanos*, Barcelona, Ariel, 2005.

3 "Francia inició la polémica expulsión de gitanos", *Clarín*, (19 de Agosto de 2010), [en línea], disponible en: http://www.clarin.com/mundo/Francia-gitanos-Bulgaria-Rumania_0_319768199.html, consulta: 24 de Abril de 2011



un país diferente al de su origen por un periodo menor de tres meses si no se cuenta con un permiso de trabajo o con los medios para no convertirse una carga en materia de seguridad social para el Estado receptor⁴; y además, exige tener documentos de identificación en regla.

Esta decisión se hizo efectiva, llevando a cientos de gitanos a sus países de origen; y fue acompañada por la destrucción de asentamientos gitanos al interior de este país, así como por una propuesta de endurecer los criterios de expulsión de inmigrantes a aquellos que incurren en la mendicidad y los robos reiterados.

Para defender su decisión Francia ha argumentado públicamente que los miembros de esta comunidad mostraban una tendencia hacia la ilegalidad y la criminalidad, lo cual justificaría entonces su expatriación; y que sus asentamientos fueron destruidos puesto que vivir en las condiciones de pobreza en las que se encontraban los gitanos no permitía la garantía de su derecho a la vida digna. Igualmente, ha argumentado que los gitanos se han ido a sus lugares de origen de forma voluntaria y con una ayuda para garantizar la reinserción en sus países de origen.⁵

Estas medidas y pronunciamientos de Francia han causado tensiones al interior del gobierno⁶ y han generado una innumerable serie de respuestas de organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las instancias de la Unión Europea, el Consejo de Europa e incluso la iglesia católica⁷, las cuales sugieren que esta situación ha sido utilizada para fines políticos y electorales bajo el pretexto de proteger la seguridad nacional y el orden público; y que entra a reñir con las regulaciones migratorias de la Unión Europea. Además, parecerían haberse ignorado aspectos de la regulación internacional, en especial en lo que tiene que ver con los derechos humanos y la no discriminación por motivos raciales o de nacionalidad.

El objetivo de este trabajo será entonces examinar en qué medida y bajo qué perspectiva estas acusaciones hacia el gobierno francés pueden ser ciertas, y cómo puede actuar el derecho internacional en dicha problemática.

4 Directiva 2004/38/CE del parlamento europeo y del consejo del 29 de Abril de 2004 elativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, PEOR (2004), 2004/38/CE, Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea. L 158/77. 30 de Abril de 2004[en línea]. Disponible en:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:ES:PDF>, consulta: 24 de Abril de 2011.

5 Op. cit., 3

6 “La política con los gitanos divide al Gobierno francés” El país (31 de Agosto de 2010) [en línea], disponible en:http://www.elpais.com/articulo/internacional/politica/gitanos/divide/Gobierno/frances/elpepiint/20100831elpepiint_9/Tes, consulta: 24 de Abril de 2011

7 El Consejo de Europa critica las expulsiones de gitanos de Francia”. El país (24 de Agosto de 2010), [en línea], disponible en:http://www.elpais.com/articulo/internacional/Consejo/Europa/critica/expulsiones/gitanos/Francia/elpepuint/20100824elpepuint_4/Tes, consulta: 24 de Abril de 2011

De acuerdo con este objetivo se presentarán en primer lugar las regulaciones que existen en el derecho internacional aceptado por Francia en relación a las migraciones internacionales; y más adelante, en relación a los derechos humanos (en particular en cuanto a la no discriminación). En una segunda parte se pasará a examinar si esas regulaciones migratorias han sido violadas en cierta medida por dicho país o si, por el contrario, este país ha cumplido con dicha regulación. A continuación, se intentará establecer hasta qué punto las regulaciones internacionales en relación a los derechos humanos han sido o no respetadas por ese Estado. Finalmente, habrá unas conclusiones en las que se tratará de establecer si el gobierno Francés ha alegado la existencia de estas regulaciones para legitimar y apoyar intereses del gobierno o si se ha limitado a cumplir con las disposiciones del derecho internacional; y el modo cómo este último ha actuado y puede actuar en el caso estudiado.

1. Francia en el derecho internacional

Como Estado y como miembro de la Unión Europea, Francia se encuentra sujeto a diversos tratados de derecho internacional que pueden ser relevantes al analizar el problema de la expulsión de los gitanos de ese país. Por un lado se encuentran los elementos de derecho internacional que definen las restricciones y las libertades en materia de migraciones; y por el otro, se encuentran estos mismos elementos con referencia a los derechos humanos. A continuación se tratará entonces algunos de estos elementos del derecho internacional.

a. Regulaciones migratorias

La política migratoria de los países no se encuentra regulada exclusivamente por el interés nacional y factores internos, sino también por factores externos como “el cumplimiento de la doctrina internacional, la firma de acuerdos bilaterales, las obligaciones derivadas de la pertenencia a organizaciones supranacionales o los intereses de la política exterior o las relaciones comerciales”⁸, como lo explica Ana María López. Por esta razón, empezaremos entonces a exponer las regulaciones migratorias a nivel internacional a las que se encuentra sujeta Francia.

En primer lugar, como miembro de la Organización de las Naciones Unidas, Francia se encuentra sujeta a las disposiciones de la misma. En este sentido, se encuentra entonces cobijada por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias⁹, la cual le otorga ciertos derechos a los migrantes que tienen una situación laboral definida y trabaja en conjunto con la ONU para poner sobre la mesa el tema de los migrantes en las asambleas generales de esta organización.

8 Ana María López, *Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 151

9 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios, GA Res. 158(XLV), UNGAOR, 45 Sess.

UN Doc. A/RES/45/158 (1990) 290.



De igual manera, Francia hace parte de la Organización Internacional para las Migraciones¹⁰, la cual, a través de la integración de varios países,- que en inicio comprendían principalmente a Estados europeos- pretende ser un apoyo en los procesos de migraciones tanto para los Estados como para los migrantes. De esta forma, este país se encuentra sujeto a las políticas y disposiciones de esta organización en relación con los migrantes.

Por otra parte, debe decirse que desde 1985 Francia hace parte del Acuerdo de Schengen que tiene como objetivo flexibilizar las fronteras entre algunos países de Europa y permitir la libre circulación de sus ciudadanos¹¹. Mediante el Tratado de Ámsterdam que se firmó en 1997 y entró en vigor en 1999¹², la zona Schengen, que había creado el acuerdo del mismo nombre, pasó a desarrollarse dentro del marco institucional de la Unión Europea. En este sentido, como lo plantea Ana María López, la política migratoria europea ha pasado a definirse de manera supranacional. No obstante, ello se limita al control fronterizo y al control interno, y la voluntad de los Estados todavía es muy importante al definir las políticas (directamente o a través del Consejo de la Unión Europea) ¹³, dejando al Parlamento Europeo y a la Comisión Europea, las verdaderas instancias supranacionales, con un papel menos importante en la determinación de las políticas.

De cualquier forma, este acuerdo no es sólo una fuente de obligación para Francia frente a los demás países de la Unión Europea, sino también una evidencia de la voluntad de ese país de flexibilizar la entrada a su territorio de ciudadanos de otros países europeos.

Por otro lado, para analizar este problema se deben tener en cuenta los principios bajo los cuales se constituyó la Unión Europea. Esta unión se pensó no solo para favorecer la integración económica entre los países de Europa, sino también para garantizar la cooperación en materia política y social. De esta forma, entre otros aspectos, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁴ se encuentran algunas disposiciones que evidencian este propósito. En el Artículo 20 de este tratado se crea la ciudadanía europea y en el 21 se establece que estos ciudadanos tendrán en derecho a circular libremente y residir en los países miembros de la Unión Europea, pero que esta libertad de circulación se encuentra condicionada por otros tratados y disposiciones de derecho internacional.

En este mismo sentido, en el artículo 45 de dicho tratado se establece que se permite la libre circulación de trabajadores, lo cual implica unos derechos para esas personas. No obstante, ese derecho a circular libremente no puede ir en contravía de las limitaciones que impongan los países firmantes al aducir razones de orden público, seguridad y salud.

10 “ A propósito de la OIM”, Página web de la organización internacional para las migraciones, [en línea], disponible en:<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/es>, consulta: 24 de Abril de 2011

11 Acervo de Schengen, 1999, DO de 22 de septiembre de 2000, [en línea], disponible en:http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Tratados/documentos/acervo_espanol.pdf, consulta: 24 de Abril de 2011

12 Tratado de Amsterdam, 1997, DO C 340/1 de 10 de Noviembre de 1997.

13 A. López, Op cit.

14 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 83/4 de 30 de Marzo de 2010.

Tampoco se puede olvidar, en todo caso, que la Unión Europea reconoce la prohibición de las expulsiones colectiva en el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que en el artículo 45 postula la libertad de circulación y residencia como un derecho fundamental¹⁵.

Igualmente, es importante considerar la directiva 38 de Abril de 2004 proferida por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea¹⁶, ya que allí se establecen los límites bajo los cuales los ciudadanos europeos pueden disfrutar del derecho a la libre circulación. Aunque en ella se hace énfasis en la importancia de este derecho como garantía de la libertad, de la no discriminación y de las posibilidades de integración económica; se establece que los ciudadanos europeos deben tener una identificación válida o un pasaporte si desean permanecer en otro país de la unión por un periodo inferior a tres meses. Además, si se quiere permanecer por más tiempo se deben tener las condiciones económicas o un trabajo, para no convertirse en una carga de asistencia social para el país que lo recibe. Por último, se le da a éste la facultad de exigir un registro a los ciudadanos que decidan quedarse en su Estado por más de un trimestre.

Finalmente, también se debe tener en cuenta que Francia se encuentra obligado por una amplia gama de tratados bilaterales en especial con países que fueron sus colonias, algunos americanos y una gran número de países europeos¹⁷, lo que muestra una tendencia de este país a regular y facilitar la recepción de individuos provenientes de esos Estados. Incluso, firmó acuerdos bilaterales con Bulgaria¹⁸ y Rumania¹⁹, los países involucrados en este caso, para readmitir a personas en situaciones irregulares. En estos tratados se establecen las condiciones para la expatriación de los ciudadanos de uno de los países que no cumplan las condiciones para estar en el otro.

No obstante, aunque el problema de los gitanos en Francia incluye un componente que puede entenderse a partir de las regulaciones migratorias que cobijan a este país, no debe comprenderse exclusivamente haciendo alusión a este tipo de regulación. Por esta razón, a continuación se tratarán también las regulaciones que tienen que ver con los derechos humanos y en especial las que protegen a los migrantes contra actuaciones discriminatorias.

15 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 83/38 30 de Marzo de 2010.

16 Op cit., p. 4

17 Ejemplo de estos tratados son tratados que ha suscrito con Argentina, Alemania, Costa de marfil, entre otros países.

18 Accord entre le gouvernement de la république Française et le gouvernement de république de Bulgarie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, 29 de Mayo de 1996.

19 Lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Roumanie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, 12 de Abril de 1994.



b. Regulación en derechos humanos

Francia se encuentra sujeta mediante diversos instrumentos de derecho internacional a una amplia regulación en derechos humanos y en materia de no discriminación.

Un fundamento importante de los derechos humanos y la no discriminación lo constituye la Carta Internacional de Derechos Humanos, cuyo fundamento es la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰, en la cual se reitera, a lo largo del todo el texto, una apuesta por la igualdad y la no discriminación.

Igualmente, como miembro de la ONU, Francia está sujeta a las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²¹. Al informe presentado en esta materia en Agosto de 2010 ante este organismo, su comité respondió²² llamando la atención sobre los posibles discursos políticos que dentro del país se estaban manifestando en contra de ciertas poblaciones específicas de inmigrantes. Además, este comité advirtió de su preocupación por las manifestaciones de violencia en este país en contra de las comunidades gitanas, así como de su retorno forzoso a sus países de origen.

Por estas razones, dicho organismo recomendó a Francia tener en cuenta a las comunidades gitanas en la planeación de sus políticas públicas para controlar la situación en materia de migraciones y orden público; así como velar por el cumplimiento de sus derechos políticos, económicos y sociales para garantizarles una calidad de vida aceptable. Aunque estas recomendaciones no son vinculantes para el país, desde el derecho internacional se pretende que ellas se constituyan en una guía importante para las actuaciones de dicho Estado.

Asimismo, Francia hace parte del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)²³, que se firmó en 1949 en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo número 32, el cual en su artículo 6 defiende un trato favorable para los trabajadores, independientemente de su nacionalidad o raza. Además, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)²⁴ de 1958, ratificado por Francia en 1981 establece los lineamientos que deben guiar las actuaciones con respecto a los trabajadores y su igualdad de oportunidades, incluidos aquellos que son migrantes.

20 Declaración Universal de Derechos Humanos, GA Res. 217 (III), UNGAOR, 3ra Sess., Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948) 71.

21 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial GA Res. 2106(XX) UNGAOR, 20 Sess., UN Doc. A/RES/65/2106(XX) (1965)

22 Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. "Observaciones generales 2010. Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention" Página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, [en línea]. 27 de Agosto de 2010. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/countries/ENACAREgion/Pages/FRIndex.aspx>, consulta: 24 de Abril de 2011

23 Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), C97 CGOITOR, 32 Sess., (1949)

24 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) C111 CGOITOR, 42 Sess., (1958)

De igual manera, como miembro de la Unión Europea, Francia se encuentra sujeto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁵, el cual en su artículo 18 prohíbe toda forma de discriminación a causa de la nacionalidad. Asimismo, el artículo 19 de este tratado le otorga competencias al Consejo de la Unión Europea para luchar contra esas formas de discriminación. También el artículo 45 de este tratado en su sección 2 prohíbe la discriminación de los trabajadores en razón de su nacionalidad y reconoce a estos trabajadores unos derechos que los protegen ante medidas discriminatorias. Aunque las regulaciones anteriormente mencionadas se refieren principalmente a la protección de los trabajadores ante la discriminación, esto no solo puede aplicarse a este tipo de personas, pues es además evidencia de una posición de rechazo hacia la discriminación debido a la nacionalidad o a la raza.

Por otra parte, la Unión Europea reconoce en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea²⁶, más exactamente en el artículo 2, el derecho a la no discriminación por motivos de raza o nacionalidad, y prohíbe toda forma de menguar los derechos de estas poblaciones en cualquier instrumento de derecho internacional. Además, en el artículo 22 se reconoce y protege la diversidad al interior de la Unión Europea.

Adicionalmente, Francia se encuentra cobijada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁷, el cual comprende a los países miembros del Consejo de Europa. Esta convención prohíbe en el artículo 14 la discriminación de manera explícita. De igual forma, mediante el protocolo número 4 de 1963 se permite la libre circulación (artículo 2); y en este mismo marco se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, para lo cual se establecen unas garantías y unos procedimientos en el artículo primero del protocolo 7 sobre este convenio. Finalmente, en el protocolo número 12 de esta convención, se reconoce y se fortalece el derecho a no ser discriminado y los mecanismos para su protección.

Es importante resaltar que la dicha convención crea además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual es competente para conocer de demandas de Estados, ciudadanos o grupos de ciudadanos cuyos derechos humanos presuntamente han sido violados por parte de los estados contratantes, y que han agotado los recursos internos de cada país. Esto establece entonces unas garantías ante la violación de los derechos consagrados en la convención, entre ellos, el derecho a no ser discriminado.

25 Op. cit., 14

26 Op. cit., 15

27 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.1950. Publicado por el tribunal europeo de derechos humanos. Junio de 2010.



Finalmente, existe la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia²⁸, un organismo que depende del Consejo de Europa. Esta instancia también regula la actuación de Francia con respecto a la discriminación y la protección de los derechos humanos, ya que este país pertenece a este espacio y se compromete a cooperar y a defender a través de él, entre otras cosas, los derechos humanos. Entre estos, como ya se ha dicho, se encuentra la no discriminación por motivos raciales o de nacionalidad.

De esta forma, a partir de las regulaciones estudiadas en esta sección se puede concluir que existen elementos de derecho internacional que pueden aplicarse al análisis del problema en cuestión. En este orden de ideas, es entonces pertinente examinar a continuación si esas regulaciones en efecto han sido tomadas en cuenta en esta situación, y en qué sentido.

2. La situación de los gitanos: Un reto al derecho comunitario e internacional

Hasta este momento se han tomado en consideración los elementos de derecho internacional que establecen el marco en el que debería solucionarse la cuestión que está siendo estudiada aquí. Ello hace evidente entonces que este caso parece ser un reto al derecho internacional y al derecho comunitario de la Unión Europea, pues esas regulaciones no han solucionado eficientemente el problema. Por esta razón, se tratará de establecer a continuación el modo como han actuado y como se han utilizados dichos elementos de derecho internacional en este caso particular.

a. ¿Negación o uso pragmático de las regulaciones migratorias?

Es claro que las disposiciones migratorias exigen unas condiciones para los migrantes y no prevén su desplazamiento ilimitado por todo el territorio europeo, pues se necesita en primer lugar que esos migrantes tengan su documentación en regla, y en segundo lugar, que cuenten con ciertos recursos económicos que garanticen que no se convertirán en una carga para la seguridad social del país receptor²⁹.

Teniendo en cuenta sólo lo anterior, en un primer momento, parece legal la actuación de Francia en el aspecto migratorio, pues la mayoría de los gitanos búlgaros y rumanos han ingresado al país de manera ilegal y no han cumplido con los requisitos exigidos para poder circular libremente por los países de la Unión Europea³⁰. En adición, Bulgaria y Rumania no gozan de todos los privilegios de la zona Schengen³¹, razón por la cual estas restricciones tendrían una justificación; aún más si se tienen en cuenta los tratados bilaterales que tiene

28 *Resolution on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance*. Res 8. CMCEOR 799 Sess (2002)

29 Como lo establece Directiva 38 de 2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Op. cit. 4

30 Los cuales prescribe la directiva 38. Op. cit. 4

31 Op. cit., 11, Op. cit., 12

Francia con estos países³², en los que, bajo ciertas garantías, aceptan la repatriación de ciudadanos de sus Estados que se encuentre en el otro bajo condiciones irregulares.

Por otro lado, la inserción de los gitanos al mercado laboral ha sido muy precaria³³, lo cual ha causado que ellos se encuentren en graves situaciones de pobreza y que no se encuentren cobijados por las diferentes instancias que le dan ciertas garantías a los trabajadores migrantes³⁴, pues en rigor no pueden considerarse como trabajadores si no tienen un empleo. Adicionalmente, a lo largo de la historia los gitanos han preferido dedicarse a negocios por su cuenta que en muchos casos incluso rayan con la ilegalidad, por lo cual se hace difícil que accedan a los beneficios que se les otorgan a los trabajadores migrantes.

Por otra parte, como lo resalta Alessandra Buonfino; la política europea de migración, aunque aduce la creación de una nueva identidad y se basa en la protección de los derechos humanos y en la integración; crea un bloque de protección hacia los países no europeos y se ve permeada por los intereses de sus Estados miembros, los cuales obedecen principalmente a la protección de la seguridad³⁵. En este sentido, independientemente de su consideración como legal, se hace claro que la preocupación de Francia por mantener su seguridad es legítima.

Sin embargo, también puede decirse que argüir este aspecto como excusa para no recibir migrantes de otros países está permitido bajo las disposiciones del derecho internacional, ya que en varios artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁶ y de la directiva 38 de 2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea³⁷, se pone como límite a la libre circulación de ciudadanos europeos la salud pública, el orden público y la seguridad nacional.

Así pues, el problema no se encuentra en que no sea legal alegar la seguridad nacional y el orden público para expatriar a ciudadanos europeos que provienen de otro país; el problema se encuentra en que es difícil determinar si en realidad las poblaciones gitanas, y en específico los gitanos provenientes de Bulgaria y Rumania son un peligro para la seguridad nacional y el orden público sólo por el hecho de vivir en la pobreza. Y aún cuando se hace evidente que algunos de estos individuos sí han cometido algunos crímenes como el hurto y la explotación infantil, no queda claro por qué, si existen otras poblaciones que también lo hacen, e incluso dentro de la misma comunidad gitana existen individuos de otras nacionalidades que también lo hacen³⁸, estos no son expatriados.

32 Op. cit., 18, Op. cit., 19

33 A. Fraser, Op. cit.

34 Op. cit., 9, Op. cit., 23 Op. cit., 24

35 Alessandra Buonfino, « Between Unity and Plurality: The Politicization and Securitization of the Discourse of Immigration in Europe », *New Political Science*, vol. 26, num. 1, 2004

36 Op cit., 14

37 Op cit., 4

38 A. Fraser, Op. cit.



Además, la expulsión solo puede considerarse legal hasta cierto punto, pues no se está teniendo en cuenta las diversas prohibiciones a las expulsiones colectivas, y la necesidad de acuerdo con la directiva 2004/38/CE³⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, la cual explica artículo 27 numeral 2 que para alegar una amenaza al orden público y a la seguridad nacional un gobierno no puede basarse en consideraciones raciales o de nacionalidad, sino en criterios individuales.

Es tan evidente la relación de esta situación con el derecho internacional que las diferentes instituciones de la Unión Europea han intervenido para intentar hacer valer la zona de libre circulación⁴⁰, aunque ante ello el Estado francés ha intentado hacer una defensa de su capacidad de decisión y se ha valido de las excepciones que limitan la libre circulación, en particular, las amenazas al orden público y a la seguridad nacional. Estas razones han sido aceptadas por la comisión europea, aunque no por el parlamento, como se verá más adelante.

Todo lo anterior parece hacer claro un alejamiento de Francia de la tendencia hacia la flexibilización de las regulaciones migratorias que están presentes en el derecho internacional; y parecería remitir el tema a un asunto de discriminación; razón por la cual, es necesario pasar a considerar a continuación en qué medida Francia ha tenido en cuenta la regulación internacional en materia de derechos humanos y no discriminación para el caso en cuestión.

b. ¿Discriminación, garantía de una vida digna o supremacía del interés nacional?

Al analizar las actuaciones del gobierno francés se hace evidente que expulsar solamente a los ciudadanos búlgaros y rumanos- que aunque son la mayoría, no son los únicos países a los cuales pertenecen los gitanos que están instalados ilegalmente en Francia⁴¹- constituye una violación hacia los derechos humanos, pues se está generalizando y se están adjudicando unas características negativas a poblaciones raciales y nacionales específicas, justificando de este modo la vulneración de sus derechos. Además, identificar un segmento de la población con la delincuencia, sin hacer ninguna distinción, también es un acto discriminatorio, ya que, si bien es cierto que la mayoría de los gitanos viven en graves condiciones de pobreza y que no pueden acceder fácilmente a empleos estables, ello no permite generalizar sobre su condición de delincuentes.

39 Op cit., 4

40 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea. P7_TA-PROV(2010)0312; "La expulsión de gitanos de Francia se debate en la Eurocámara" La razón (21 de Septiembre de 2010), eEn línea], disponible en : <http://www.larazon.es/noticia/1923-la-expulsion-de-gitanos-de-francia-se-debate-en-la-eurocamara>, Consulta: 24 de Abril de 2011 ;Op. cit., 7

41 A. Fraser, Op. cit

Por otra parte la destrucción por parte del gobierno Francés de las viviendas en las que habitaban algunas comunidades gitanas⁴², podría tener hasta cierto punto una justificación, pues se ha alegado que ellas no garantizan una vida digna para sus ocupantes, y el derecho a la vida digna se encuentra plasmado en los diferentes instrumentos de derecho internacional que protegen los derechos humanos, los cuales se han examinado anteriormente.

Sin embargo, pueden cuestionarse varios aspectos en la actuación del gobierno Francés. En primer lugar, que al destruir las viviendas de estas comunidades no ha propuesto soluciones para su reubicación⁴³, lo cual empeora aún más la calidad de su derecho a la vida y la vivienda digna. En segundo lugar, puede cuestionarse que, al ser escogidas deliberadamente unas poblaciones de escasos recursos, entre las muchas que existen en el país, parecería ser este un intento por hacer que estos individuos regresen a sus países y un acto deliberado de discriminación hacia esta población. Además, si bien el gobierno les ha otorgado a estos ciudadanos unos beneficios que les han permitido retornar a sus lugares de origen⁴⁴, y que en un principio pueden ayudar a su establecimiento, ello no parece ser suficiente para garantizar que ellos puedan tener una vida digna al ser repatriados hacia sus países de origen.

Todos estos elementos fueron tomados en consideración tanto por el Parlamento Europeo como por la Comisión Europea, los cuales estudiaron la situación y determinaron en un principio que existían serios indicios de que Francia actuó de manera discriminatoria⁴⁵, al encontrarse que en las circulares enviadas por el gobierno Francés a las autoridades policiales para ordenar el desmantelamiento de los asentamientos gitanos, las razones que se exponen no son las que públicamente ha dado el gobierno de ese país, a saber, la condición irregular de estos migrantes; sino que se expresa la voluntad de hacer estos desmantelamientos por razones étnicas⁴⁶.

En este contexto, dicha situación parece haber desatado un conflicto entre las dos instituciones europeas, pues la Comisión Europea, que en un principio criticaba duramente estas acciones, ha aceptado las razones que ha dado Francia para expatriar a los gitanos, y ha considerado que no es una violación a la libre circulación de ciudadanos que prevé la Unión Europea, ni un acto de discriminación. Mientras tanto, el Parlamento Europeo sigue sosteniendo que Francia actuó de manera discriminatoria, y ha emitido una resolución el 9 de septiembre de 2010⁴⁷ en la cual expresa su preocupación por la situación de los gitanos y por el discurso del gobierno Francés. Igualmente le recuerda de sus diferentes obligaciones adquiridas a través

42 "Francia desmantela 40 campamentos de gitanos" . La razón (13 de Agosto de 2010), [en línea] disponible en:<http://www.la-razon.com/version.php?ArticleId=85275&EditionId=1739>, Consulta: 24 de Abril de 2011

43 Ibid.

44 Op cit., 3

45 Op cit., 7

46 "La expulsión de gitanos de Francia se debate en la Eurocámara" Op cit., 40

47 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea. Op cit., 40



del derecho internacional⁴⁸, al mismo tiempo que pide una actuación conjunta de las demás autoridades europeas, recomendando de manera no vinculante reconsiderar esta política por ser incongruente con la política europea. El gobierno Francés ha hecho caso omiso a esta resolución, y ha continuado con su política.

De igual manera, al continuar con las medidas se ha hecho caso omiso a las recomendaciones dadas por el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial⁴⁹, alegando que su gobierno está trabajando para mejorar las condiciones de los gitanos. Además, no ha moderado su discurso hacia los migrantes, e incluso trató de ampliar los criterios para su expulsión.

Todo este análisis permite entonces realizar algunas conclusiones sobre el tema, las cuales se presentarán a continuación.

48 Entre estas se encuentran el Convenio Europeo de derechos humanos, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, las directivas del Parlamento Europeo, entre otros elementos de derecho internacional ya citados.

49 *Op cit.* 22

Conclusiones:

Al hacer este análisis se encuentra que Francia es objeto de una amplia regulación internacional en materia de migraciones, tanto a nivel mundial como a nivel europeo, e incluso a través de tratados bilaterales. De igual manera, este país posee una nutrida regulación internacional en materia de derechos humanos que pasa por la Carta Internacional de Derechos Humanos, disposiciones relacionadas con la ONU, la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea, entre otras. Así pues, el derecho Francés no solo incluye la legislación nacional, sino que depende de diversos elementos e instancias europeas e internacionales que condicionan en gran medida la forma como actúa el derecho en relación a dicho Estado.

De igual manera, se puede concluir que no existe mucha claridad en cuanto a si Francia ha violado las regulaciones que tienen que ver con la migración y la libre circulación dentro de su territorio, pues aunque no ha permitido la permanencia en su territorio de poblaciones gitanas provenientes de Rumania y Bulgaria, se encuentra cobijado por el derecho comunitario, el cual establece unas condiciones que dichas poblaciones no cumplen y que justificarían su expatriación.

En este punto ya aparece un problema, pues aunque es legítimo y legal que Francia aduzca la seguridad nacional y el orden público para expulsar a ciudadanos instalados irregularmente en su territorio, es difícil determinar hasta qué punto estos pueden representar realmente una amenaza en estos dos asuntos de manera individual, pues aquellas amenazas no pueden alegarse de manera colectiva y basándose en criterios raciales o de nacionalidad, como se ha explicado anteriormente. Lo que si queda claro es que Francia parece haberse alejado de una tendencia hacia la flexibilización de las fronteras que había mostrado a través de diversos instrumentos de derecho internacional.

Por otra parte, en cuanto a los derechos humanos se hace más evidente la violación de los elementos de derecho internacional que los protegen (expuestos anteriormente en el apartado 1.b), pues en la acción del gobierno francés se observan conductas que claramente pueden ser consideradas como discriminatorias, las cuales van en contra de todas las consideraciones de igualdad y de no discriminación presentes en los diversos instrumentos de derecho internacional mencionados más arriba. Y aunque se invoque la protección de otros derechos como la vida digna, no queda claro en qué sentido la destrucción de las viviendas de estos grupos y su expatriación a otro país puede mejorar su calidad de vida, pues no se ofrecen soluciones efectivas que contribuyan a proporcionarles más altos niveles de vida. Además, ello deja una sensación de racismo y discriminación, pues éstas no son las únicas poblaciones en situaciones de miseria que existen en Francia.

Teniendo esto en consideración, dicha vulneración al derecho internacional sugiere una intención del gobierno para consolidar sus intereses de incrementar sus votos entre los simpatizantes de la derecha. Esto puede entenderse mejor si se tiene en cuenta la importancia que han tenido las políticas antiinmigrantes en la configuración del espectro político europeo, tal como lo explican Stephen Castle y Mark J. Miller. Según estos autores, existe una clara



relación entre los partidos de derecha y las políticas antiinmigrantes⁵⁰, lo que permite ver una posible intención del gobierno Sarkozy por atraer votantes con estas tendencias. Esto se hace evidente, pues la tendencia al rechazo de los migrantes no ha cesado con el caso de los gitanos, ya que recientemente se intentó cerrar algunos pasos fronterizos con Italia argumentando que por allí podrían entrar gran cantidad de inmigrantes ilegales provenientes del norte de África e incluso se está cuestionando la permanencia de Francia en la zona Schengen. Además, quienes han la presencia de intereses del gobierno en estas políticas no han sido pocos, y algunos de ellos han sido personas muy influyentes, como un ex primer ministro⁵¹ y que conocen como funcionan sus dinámicas políticas.

De igual manera, el hecho de que al interior del gobierno de Sarkozy hayan empezado a surgir divisiones con respecto a la situación de los gitanos⁵² hace evidente que existe un juego de intereses al interior de estas políticas, pues si esta conducta fuera tan claramente legal no aparecerían críticas por su implementación incluso al interior del gobierno.

Para concluir, queda decir que este caso es un reto al derecho internacional, el cual debe fortalecerse, ya que en este caso se hace evidente su poca efectividad. Esto se encuentre en que, aunque desde las diversas instituciones europeas, e incluso desde la ONU se han hecho esfuerzos para lograr que Francia reconsidere su política, este país no lo ha hecho. Este fortalecimiento es importante porque el derecho internacional sería la única vía de acción posible, pues está claro que es imposible interferir en la política interna de los países y en los intereses de sus gobiernos. Por esta razón, desde instancias como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos o la Corte Internacional de Justicia podrían emprenderse las únicas acciones que podrían tener algún efecto, ya que sus decisiones no son simplemente recomendatorias y pueden dar lugar a acciones con más fuerza.

Finalmente, se puede resaltar a partir de este caso, las dificultades que afronta la Unión Europea y la lógica de integración que pretende imponer, dado que por un lado, pretende coartar la soberanía de los Estados y su independencia para decidir asuntos como la política migratoria, pero por el otro, los Estados siguen teniendo en la práctica mucho poder de decisión, entrando en conflicto con el derecho europeo. No obstante, la soberanía de los Estados parece salir triunfante, pues no parecen existir instancias de la Unión Europea con la fuerza suficiente para poner un límite a los Estados. Además, los Estados siguen teniendo mucho poder a través de instancias de la unión Europea en las que las decisiones dependen del gobierno de cada país como es el caso del consejo europeo y el consejo de la unión europea. Ana María López advierte de este problema cuando afirma que “El traspaso de competencias de los Estados soberanos a las estructura supranacional de la UE es, sin duda, una tarea ardua y muy complicada debido a la oposición de muchos países a perder parte de su poder soberano en aras de una completa integración regional”⁵³.

50 Stephen Castle, Mark J Miller, *The age of migration. International population movements in the modern world*, 3ra edición, MacMillan Publisher, 2003.

51 Op. Cit., 7

52 Op. Cit., 6

53 A. López, Op cit, p. 158

Esto parecería indicar entonces que mientras permanezca la lógica de la soberanía estatal los espacios de acción para el derecho internacional serán muy limitados, así como serán limitadas las posibilidades de integración a nivel supranacional. Esto se debe a que los intereses de los Estados, e incluso a veces de los gobiernos que están en el poder, parecen terminar por imponerse frente a los intereses internacionales o regionales. Sin embargo, el derecho internacional sigue siendo importante dentro de ese espacio limitado, pues es la única forma de intervención legítima en la política interna de los países que puede surgir desde el exterior.



Bibliografía

“A propósito de la OIM”, *Página web de la organización internacional para las migraciones*, [en línea], disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/es>, consulta: 24 de Abril de 2011

Accord entre le gouvernement de la république Française et le gouvernement de république de Bulgarie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière. 29 de Mayo de 1996.

Acervo de Schengen, 1999, DO de 22 de septiembre de 2000, [en línea], disponible en: http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Tratados/documentos/acervo_espanol.pdf. Consulta: 24 de Abril de 2011

Buonfino, Alessandra, “Between Unity and Plurality: The Politicization and Securitization of the Discourse of Immigration in Europe”, *New Political Science*, vol.26, núm 1. Marzo de 2004, p. 23.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 83/38 de 30 de Marzo de 2010

Castle, Stephen & Miller, Mark J, *The age of migration. International population movements in the modern world*, 3ra edición, MacMillan Publisher, 2003.

Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. “Observaciones generales 2010. Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l’article 9 de la Convention” *Página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial GA Res. 2106(XX) UNGAOR, 20 Sess. , UN Doc. A/RES/65/2106(XX) (1965)

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes , GA Res. 158(XLV), UNGAOR, 45 Sess. UN Doc. A/RES/45/158 (1990) 290.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.1950. Publicado por el tribunal europeo de derechos humanos. Junio de 2010.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) C111 CGOITOR, 42 Sess ,(1958).
Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), C97 CGOITOR, 32 Sess ,(1949).
Declaración Universal de Derechos Humanos, GA Res. 217 (III), UNGAOR, 3ra Sess.,Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948) 71.

Directiva 2004/38/CE del parlamento europeo y del consejo del 29 de Abril de 2004 elativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir

libremente en el territorio de los Estados miembros, PEOR (2004), 2004/38/CE, Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea. L 158/77. 30 de Abril de 2004

“El Consejo de Europa critica las expulsiones de gitanos de Francia”. *El país* (24 de Agosto de 2010), [en línea], Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Consejo/Europa/critica/expulsiones/gitanos/Francia/elpepuint/20100824elpepuint_4/Tes, consulta: 24 de Abril de 2011

“Francia inició la polémica expulsión de gitanos”, *Clarín*, (19 de Agosto de 2010), [en línea], Disponible en: http://www.clarin.com/mundo/Francia-gitanos-Bulgaria-Rumania_0_319768199.html, consulta: 24 de Abril de 2011

Fraser, Angus, *The gypsies*, Oxford, Blackwell publishing, 1992.

“La CE informa de “sólidos indicios” de ilegalidad en la expulsión de gitanos de Francia” *El país*. (21 de Septiembre de 2010), [en línea], disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/CE/informa/solidos/indicios/ilegalidad/expulsion/gitanos/Francia/elpepusoc/20100921elpepusoc_1/Tes, consulta: 24 de Abril de 2011

“La expulsión de gitanos de Francia se debate en la Eurocámara” *La razón* (21 de Septiembre de 2010), [en línea], disponible en: <http://www.larazon.es/noticia/1923-la-expulsion-de-gitanos-de-francia-se-debate-en-la-eurocamara>, Consulta: 24 de Abril de 2011

“La política con los gitanos divide al Gobierno francés” *El país*. 31 de Agosto de 2010, [en línea], disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/politica/gitanos/divide/Gobierno/frances/elpepiint/20100831elpepiint_9/Tes, consulta: 24 de abril de 2011

.Lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Roumanie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière. 12 de abril de 1994.

López, Ana María, *Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005

Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea. P7_TA-PROV(2010)0312

Resolution on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance. Res 8. CMCEOR 799 Sess (2002)

Tratado de Amsterdam, 1997, Publicado en el DO C 340/1 de 10 de Noviembre de 1997.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 83/4 de 30 de Marzo de 2010.

Tratado de la Unión Europea. DO C 83/13 de 30 de Marzo de 2010. [

Published by the Law School of EAFIT University
Medellín - Colombia
June -2011

EAFIT Journal of International Law
January - June 2011