



Tensiones entre el derecho internacional de las inversiones y la protección del ambiente y los derechos humanos en el marco del TLC Colombia – Canadá: el caso de la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán

Andrés Felipe Ordoñez Martínez

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesora

Carolina María Vásquez Arango Doctor (PhD) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2021

Cita	(Ordoñez Martínez, 2021)
Referencia	Ordoñez Martínez, A. F. (2021). <i>Tensiones entre el derecho internacional de las inversiones y la protección del ambiente y los derechos humanos en el marco del TLC Colombia – Canadá: el caso de la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Grupo de Investigación Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales.

Asesora: Carolina María Vásquez Arango



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes

Decano/Director: Luquegi Gil Neira,

Jefe departamento: Ana Victoria Vásquez Cárdenas

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Tensiones entre el derecho internacional de las inversiones y la protección del ambiente y los derechos humanos en el marco del TLC Colombia – Canadá: el caso de la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán

Andrés Felipe Ordoñez Martínez¹

Resumen:

En Colombia, los gobiernos nacionales han dirigido las políticas minera y de inversiones a establecer un marco normativo favorable al ingreso de inversiones extranjeras. No obstante, la protección del ambiente y los derechos humanos se constituye en un interés fundamental del Estado y su población, a raíz de la disminución de recursos naturales importantes para la supervivencia humana, el cambio climático y la pérdida de biodiversidad. Bajo este panorama, el Estado colombiano se encuentra sometido a tres demandas de inversionistas extranjeros por la prohibición de minería en páramos. Este escrito tiene como propósito reflexionar sobre cómo el derecho internacional de inversiones presenta oportunidades y/o desafíos para que los Estados puedan intervenir, sin consecuencias negativas, en la protección de los derechos humanos y la conservación del ambiente. Así, se toman en consideración las demandas de inversionistas canadienses por la prohibición de minería en páramos, el TLC Colombia- Canadá y laudos arbitrales de controversias internacionales sobre inversiones, donde se ha analizado la presunta vulneración de estándares de protección de inversiones por la adopción de medidas ambientales y de derechos humanos por parte del Estado anfitrión. Lo anterior, en relación con la denominada “primavera de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones”.

Palabras clave: Derecho internacional de inversiones, TLC Colombia-Canadá, arbitraje internacional inversionista-Estado, protección del ambiente y derechos humanos, Páramo de Santurbán.

¹ Egresado del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, correo electrónico: felipe.ordonez@udea.edu.co. Trabajo de investigación resultado de la participación como joven investigador UdeA en el proyecto de investigación “Los Acuerdos de Inversión vigentes para el Estado colombiano desde el Análisis Económico del Derecho” de la línea Derecho Económico Internacional del grupo “Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UdeA. Asesora: Carolina Vásquez Arango.

Introducción

En aras de incrementar la inversión extranjera directa (IED) en Colombia, el Estado ha suscrito una serie de acuerdos internacionales para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y ha negociado capítulos sobre inversiones en Tratados de Libre Comercio (TLC)², los cuales en adelante serán denominados indistintamente tratados bilaterales de inversiones (TBI)³. Estos instrumentos incorporan una serie de estándares de protección a cargo de los Estados receptores y en favor de inversionistas extranjeros y sus inversiones, con base en el razonamiento de que, en territorio extranjero los inversionistas de un Estado y sus inversiones deben contar con salvaguardas que solo pueden ser plenamente amparadas mediante obligaciones internacionales derivadas de tratados suscritos por el Estado anfitrión⁴. Entre estos estándares, se encuentran aquellos que garantizan la prohibición de tratamientos menos favorables que los que se brindan a los propios nacionales, cláusula de Trato Nacional (TN); o a nacionales de terceros estados, cláusula de Nación Más Favorecida (NMF); principios de trato cuasi autónomos y absolutos como el de Trato Justo y Equitativo (TJE) y Protección y Seguridad Plenas (PSP); y la prohibición de expropiación sin compensación, denominada cláusula de Expropiación -siendo los más comunes-⁵.

La existencia de un TBI es un factor positivo a considerar por parte un inversionista a la hora de establecer una inversión en un país extranjero, pues este define la protección que el Estado receptor está dispuesto a ofrecer, a cambio de los beneficios derivados de la inversión en su desarrollo

² GARCÍA MATAMOROS, L.V., 2018. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 12, p 89.

³ Actualmente, Colombia cuenta con siete APPRI vigentes: con España (*fecha de adopción*: 2005), Suiza (2006), Perú (2007), China (2008), India (2009), Reino Unido (2010), Japón (2011); y nueve TLC con capítulo de inversiones con México (1994), Estados Unidos (2006), Chile (2006), Triángulo del Norte (2007), Canadá (2008), EFTA (2008), Corea (2013), Costa Rica (2013) y Alianza del Pacífico (2014). El TLC con la Unión Europea (2012) no cuenta con capítulo de inversiones, pero a lo largo del texto se pueden encontrar disposiciones sobre inversiones. En total, el Estado cuenta con dieciséis TBI. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, Biblioteca de Tratados [en línea], Disponible en: <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/BuscadorTratados.aspx?TemaId=8&Tipo=B> (consultado el 15 de febrero de 2021).

⁴ Este razonamiento indica que para los inversionistas extranjeros las legislaciones y jurisdicciones de los estados receptores no ofrecen las herramientas jurídicas necesarias ni los procedimientos idóneos para resolver conflictos sobre inversiones, de manera que al inversionista extranjero le sean verificados todos sus derechos sustanciales y procesales. Incluso, se cuestiona la imparcialidad de los tribunales ante la presión de la sociedad civil y los diferentes entes de gobierno. FERNÁNDEZ PÉREZ, A., 2016. La Necesaria Adaptación de los Acuerdos Internacionales de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones al «Desarrollo Sostenible». *Desarrollo Sostenible en el Siglo XXI: Economía, Sociedad y Medio Ambiente*, p. 93.

⁵ *Ibidem.*, p. 94.

económico y social⁶. Así mismo, los TBI disponen de un mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, que le permite a un inversionista extranjero demandar directamente al Estado receptor ante un tribunal de arbitraje internacional, en caso de considerar vulnerados sus derechos estipulados bajo el respectivo tratado y cuando no se ha llegado a un arreglo previo. Generalmente, los TBI disponen que el arbitraje debe llevarse a cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado en 1965 como parte del Banco Mundial, con sus respectivas reglas⁷.

Particularmente, la minería es una de las actividades económicas que mayor flujo de inversiones ha atraído hacia Colombia desde comienzos de la década del dos mil⁸, debido al potencial minero del país, a la falta de capital y de tecnología para desarrollar una industria nacional, a la existencia de un marco normativo beneficioso para la entrada de capitales extranjeros, y especialmente, debido al apoyo que los gobiernos de turno han ofrecido a los proyectos megamineros por los ingresos económicos esperados⁹. Acorde con lo anterior, inversionistas extranjeros dedicados a la realización de actividades mineras en territorio colombiano, que se encuentren amparados por un TBI vigente entre Colombia y el Estado de su nacionalidad, gozarán mínimamente de los estándares de trato ya señalados, y de los mecanismos procesales para hacerlos cumplir o sancionar su incumplimiento, de conformidad con las obligaciones asumidas en cada instrumento y que Colombia debe satisfacer.

Sin embargo, aunque las políticas de Estado de Colombia se hayan encaminado a promover el ingreso y protección de inversiones extranjeras en el sector minero, desde comienzos de los años dos mil se han suscitado debates jurídicos y políticos álgidos respecto de la realización de actividades mineras en y alrededor de ecosistemas naturales estratégicos, como los páramos; en donde inversionistas extranjeros pretenden realizar proyectos de megaminería, a pesar de la oposición de poblaciones afectadas o en riesgo, sectores políticos, ambientalistas y sociedad civil en general, por los impactos, e incluso daños ambientales, que podrían generar violaciones a los

⁶ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 90.

⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 109.

⁸ BANCO DE LA REPÚBLICA, Inversión Extranjera Directa en Colombia por actividad económica desde 1994 [en línea]. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/inversion-directa> (consultado el 15 de febrero de 2021).

⁹ SANKEY, K., 2013. El boom minero en Colombia: ¿locomotora del desarrollo o de la resistencia? *Estudios Críticos Del Desarrollo*, vol. iii, p. 121.

derechos humanos¹⁰. Actualmente la defensa de los páramos y del derecho humano al agua constituyen uno de los ámbitos de mayores protestas del movimiento social que se opone a la minería a gran escala en Colombia, así como a la defensa de la pequeña minería y la minería de subsistencia¹¹.

Precisamente, en el 2016 la Corte Constitucional de Colombia reiteró la prohibición de cualquier actividad minera en áreas reconocidas como páramos¹², después de una larga controversia jurídica y política sobre la protección y conservación de estos ecosistemas, y los intentos de distintos gobiernos nacionales por aprobar excepciones a la prohibición total, con el fin de permitir la realización de proyectos mineros ya establecidos. En cuanto al Páramo de Santurbán, esta decisión cobijó áreas en las que varias empresas mineras canadienses habían obtenido, entre 1994 y 2009¹³, títulos mineros para explotación de oro, plata y otros minerales -junto con sus respectivas licencias ambientales-, los cuales contaban con cláusulas de prórroga por el mismo periodo inicial, es decir entre 20 y 30 años más¹⁴.

En los últimos años, tres de esas empresas han sometido al Estado colombiano a procedimientos de arbitraje internacional ante el CIADI, amparadas en el TLC Colombia-Canadá¹⁵, con el fin de

¹⁰ De acuerdo con Sankey, desde el 2001 -auge del *boom minero*- en adelante, aumentaron las movilizaciones sociales en contra de proyectos megamineros en Colombia, en las que han participado activamente no sólo pequeños mineros o mineros artesanales sino también comunidades indígenas, población campesina e incluso urbana, preocupados por los efectos de la minería en sus territorios. *Ibidem.*, p. 135.

¹¹ GONZÁLEZ-GIL, A., 2019. Mining and social mobilization in Colombia: popular consultation and territory rights. *Política y Sociedad* [en línea], vol. 56, no. 1, p. 89. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/61557>. (consultado el 17 de abril del 2021).

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Las inversiones cuya compensación se solicita, ingresaron en Colombia: Galway Gold y Eco Oro Minerals Corporation en 1994, y Red Eagle Exploration Limited en 2009. *Galway Gold Inc. c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/18/13. Solicitud de Arbitraje (21 de marzo de 2018), párr. 19. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/13> (consultado el 16 de febrero de 2021); *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/16/41. Solicitud de Arbitraje (8 de diciembre de 2016), párr. 5. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/41>. (consultado el 16 de febrero de 2021); *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/18/12, Solicitud de Arbitraje (21 de marzo de 2018), párr. 18. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/12>. (consultado el 16 de febrero del 2021).

¹⁴ Para Red Eagle Exploration veinte años, mientras que para Eco Oro y Galway Gold treinta años. *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, op. cit., párr. 20; *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, op. cit., párr. 19; *Galway Gold Inc. c. Colombia*, op. cit., párr. 19.

¹⁵ Art. 822 (1) (a), según el cual un inversionista demandante puede someter una reclamación a arbitraje conforme al convenio CIADI y las reglas procesales de arbitraje del CIADI, siempre que el Estado demandado y el Estado de nacionalidad del inversionista sean partes del Convenio CIADI. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, Lima (Perú), 21 de noviembre de 2008 (entrada en vigencia el 12 de junio de 2011).

reclamar compensaciones por la pérdida de sus inversiones (valor en el mercado \$0) y la privación de los rendimientos futuros, a causa de la prohibición de actividades mineras en el Páramo de Santurbán, así como también debido a otras actuaciones y omisiones del Estado que más adelante se van a detallar. Los demandantes que se tendrán en cuenta para este escrito, *Red Eagle Exploration Limited*¹⁶, *Galway Gold*¹⁷ y *Eco Oro Minerals Corp*¹⁸ (antes: Greystar Resources Ltd), argumentan en sus solicitudes de arbitraje¹⁹ que el Estado colombiano habría vulnerado tres de los estándares de protección establecidos en el Capítulo Ocho, sobre Inversiones, del TLC Colombia-Canadá²⁰, estos son: Trato Justo y Equitativo (TJE), Protección y Seguridad Plenas (PSP) y Expropiación (Indirecta)²¹. Por lo anterior, solicitan compensaciones que sumadas ascienden a los mil millones de dólares americanos²².

A pesar del hermetismo con el que se adelanta este tipo de procesos en sede arbitral, lo que impide conocer la defensa de Colombia, se colige que esta podría estar enfocada -en su totalidad o parcialmente- en alegar la capacidad regulatoria del Estado colombiano en el tema de explotación de recursos naturales en ecosistemas estratégicos como un asunto de interés público, ya que la decisión se tomó en aras de garantizar la protección del ecosistema de páramo *in situ* y evitar la potencial vulneración de derechos (fundamentales y humanos) de las poblaciones asentadas en y cerca del páramo, beneficiadas por sus servicios ecosistémicos (regulación y aprovisionamiento de agua dulce tanto para el consumo humano como la producción agrícola, entre otros)²³. Los fundamentos para esta defensa, que pretenden la exoneración de Colombia o como mínimo la disminución del monto a pagar a los inversionistas, podrían encontrarse en todas aquellas

¹⁶ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, op. cit.*

¹⁷ *Galway Gold Inc. c. Colombia, op. cit.*

¹⁸ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*

¹⁹ Para este escrito, y teniendo en consideración el hermetismo con el que se llevan a cabo estos procesos arbitrales, se tendrán en cuenta como argumentos para la determinación de la controversia las notificaciones de intención y las solicitudes de arbitraje presentadas por los inversionistas canadienses.

²⁰ Capítulo 8, Sección B, Art. 819 (a), según el cual un inversionista de una Parte puede someter al arbitraje una reclamación, cuando la otra Parte ha violado una obligación prevista en la Sección A del capítulo de Inversiones, en donde se encuentran los estándares de protección. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*

²¹ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, op. cit.*, párrs. 48 y 49; *Galway Gold Inc. c. Colombia., op. cit.* párrs. 49 y 50. *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.* párrs. 69, 70 y 71.

²² REDACCIÓN JUSTICIA. “Alistan laudos en dos demandas contra Colombia por USD 2.755 millones”. *El Tiempo* [en línea]. (12 de enero del 2021). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/este-ano-se-conocerian-laudos-en-demandas-contra-colombia-por-temas-de-inversion-559934>. (consultado el 17 de abril del 2021).

²³ HOFSTEDE, R., 2008. Los Servicios del Ecosistema Páramo: Una visión desde la evaluación de ecosistemas del milenio. *Páramo y servicios ambientales*, pp. 7 y 8.

disposiciones del TLC Colombia-Canadá que: (1) en general, incluyen asuntos ambientales y de derechos humanos como intereses a proteger dentro del tratado; y las que (2) en particular, reconocen la capacidad regulatoria del Estado en estas áreas. Estas disposiciones, que por su contenido y para efectos de este escrito se denominarán *ambientales y de derechos humanos*, pueden estar incluidas o no en el capítulo de inversiones de dicho TLC, demás capítulos relacionados y acuerdos paralelos, y ser más o menos claras y/o amplias respecto de la voluntad de los Estados contratantes.

Sin embargo, en la práctica no es clara la relación entre las cláusulas de protección de inversionistas extranjeros y cláusulas ambientales y de derechos humanos respecto de la intención de los negociadores, y tampoco su interpretación y aplicación en la solución de diferencias Inversionista-Estado (ISDS por sus siglas en inglés).²⁴ En el contexto mundial, estos debates se suscitaron prematuramente en controversias basadas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); sin embargo, Estados receptores por fuera del TLCAN también han recibido demandas por parte de inversionistas extranjeros, por la implementación de medidas de política pública, judiciales y/o legislativas, dirigidas a proteger áreas de interés público, entre ellas, medidas sobre el medio ambiente y derechos humanos como la salud, alegando que habían afectado sus inversiones²⁵.

Dichas demandas y consideraciones arbitrales en laudos opuestos a los intereses de los Estados en materia ambiental y de derechos humanos han ocasionado un llamado general por transformar el actual Derecho Internacional de Inversiones, que se manifiesta como una red de TBI y mecanismos de solución de controversias dirigidos principalmente a proteger inversiones²⁶, mientras se relega a un segundo plano cuestiones sociales o ambientales intrínsecamente relacionadas²⁷. La discusión se centra en determinar el alcance del rol que debe desempeñar el Estado receptor en el control de inversiones extranjeras a través de diferentes medidas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales, con el objeto de garantizar intereses u objetivos de bienestar público, como son la

²⁴ SORNARAJAH, M., 2010. *The International Law on Foreign Investment*. Third Edit. New York: Cambridge University Press p. 360.

²⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 97., SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 78.

²⁶ *Ibidem.*, p. 80.

²⁷ *Ibidem.*, p. 94.

protección de los derechos humanos y del medio ambiente, sin que ello implique una violación a los intereses de los inversionistas.

De acuerdo con lo anterior, este escrito tiene como propósito describir el conflicto suscitado entre las obligaciones de proteger las inversiones extranjeras, de un lado; y la protección del ambiente y los derechos humanos, de otro lado, en el marco del TLC Colombia- Canadá y el Derecho Internacional de Inversiones, de cara a las demandas de inversionistas canadienses que cursan en contra de Colombia ante el CIADI por la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán. Para ello, su estructura se encuentra dispuesta de la siguiente forma: En primer lugar, se describirá el contexto político, legal y social en el que ingresó y se desarrolló la inversión extranjera en Colombia, particularmente la proveniente de Canadá hacia el sector minero, haciendo énfasis en las políticas de gobierno, la producción normativa y las decisiones judiciales que culminaron con la prohibición de la minería en páramos. Esto permitirá conocer las políticas de Estado de Colombia respecto de la entrada de inversiones extranjeras en este sector, en relación con la protección del medio ambiente y los derechos humanos, y así contrastar los argumentos de los demandantes. En segundo lugar, se describirán los argumentos de los demandantes canadienses y las cláusulas del TLC Colombia-Canadá invocadas como vulneradas por la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán, a fin de determinar su desarrollo, interpretación y aplicación en el Derecho Internacional de las Inversiones.

A continuación, en una tercera sección, se realizará una descripción del estado actual de la protección del ambiente y los derechos humanos en el Derecho Internacional de Inversiones, tanto en sede arbitral como en la doctrina, incluyendo la lectura de las cláusulas ambientales y de derechos humanos contenidas en el TLC Colombia- Canadá. En esta tercera sección se ofrecerán argumentos que pudieran ser utilizados por Colombia en los tres procedimientos arbitrales donde se encuentra demandada por la prohibición de minería en Santurbán. En esta sección se abordará también lo que se ha llamado en la doctrina como la “primavera silenciosa de los derechos humanos en la jurisprudencia arbitral de inversiones”²⁸, a fin de evidenciar cómo esas nuevas corrientes que relacionan el derecho internacional de inversiones con el derecho internacional de los derechos

²⁸ Esta expresión fue acuñada por Joshi y Gurpur en un escrito del 2020 que lleva ese título y en el que analizan recientes laudos arbitrales sobre inversiones en los que los tribunales han abordado discusiones sobre protección de derechos humanos. Ver: JOSHI, R.D. y GURPUR, S., 2020. The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory. *Arbitration International*, vol. 36, no. 4, pp. 557-570.

humanos (DIDH) y el derecho internacional ambiental (DIA) pueden ser aplicadas en el caso de Colombia. Finalmente, en el cuarto y último apartado, se establecerán unas conclusiones.

1. Contexto político, legal y social del ingreso de inversiones extranjeras y desarrollo de actividades mineras en Colombia

En Colombia, la inversión extranjera directa en el sector de la minería y la energía tuvo su auge en la década de los años noventa, con las reformas políticas y legales que dieron paso a la apertura de la economía, y se consolidó a inicios de los años dos mil con la promulgación de un marco normativo favorable al ingreso de capital extranjero en este sector y el apoyo de los gobiernos de turno²⁹. En este sentido, para analizar la política de inversiones de Colombia respecto de la minería es necesario recurrir tanto al marco normativo sobre inversiones y minería, como a las decisiones de política pública *-stricto sensu-*, tomadas por los gobiernos nacionales en el marco de sus facultades para dirigir la política económica y minera del país. Así mismo, son fundamentales las consideraciones judiciales sobre la protección del ambiente y los derechos humanos que, impulsadas por organizaciones sociales defensoras del medio ambiente y los derechos humanos, se enfrentan a las políticas de gobierno sobre desarrollo económico.

El análisis de estas dimensiones permitirá: 1) identificar los cambios y continuidades en las políticas de Estado de Colombia sobre la entrada, protección y limitaciones a la inversión extranjera en el sector extractivo, y su relación con la protección de los ecosistemas naturales y la garantía de los derechos humanos de las poblaciones ubicadas en los territorios objeto de explotación minera; 2) contrastar y contextualizar los argumentos de los demandantes, los cuales se basan en acusaciones sobre múltiples actuaciones del Estado, que corresponden a varios de sus órganos y que han sido tomadas a través de diferentes medios, ya sean leyes, resoluciones, sentencias, entre otros; y 3) delimitar los derechos de los inversionistas, por ejemplo, en el caso del TJE respecto de la creación de expectativas legítimas, como más adelante se va a señalar.

Al revisar un cúmulo de actuaciones del Estado, los tribunales arbitrales deben prestar especial atención a la legislación nacional, que es precisamente donde las entidades del Estado encuentran el fundamento de su funcionamiento (capacidades, potestades, responsabilidades, obligaciones,

²⁹ SANKEY, *op. cit.*, p. 115.

etc.), particularmente en áreas como el derecho constitucional y el administrativo³⁰. Precisamente, en sus laudos, los tribunales arbitrales realizan una descripción amplia de los hechos, involucrando en ellos la revisión de la normativa nacional, la cual es aplicable a las controversias sobre inversiones aquí analizadas, teniendo en cuenta que la nota 10 del artículo 832 del TLC con Canadá indica que, cuando sea pertinente y apropiado y de conformidad con el derecho internacional, un tribunal podría tener en consideración la legislación de la Parte contendiente³¹.

1.1. Política minera y de inversiones extranjeras de Colombia a partir de los años dos mil

La minería a gran escala ha sido considerada uno de los pilares fundamentales de las políticas de desarrollo de los últimos gobiernos³², pues según estos no solo impulsa las economías regionales a través de la generación de puestos de trabajo y focos de comercio, sino que además, aporta importantes recursos a las finanzas públicas mediante “impuestos de renta, patrimonio, predial, ICA e IVA, así como con las regalías –un aporte exclusivo de la actividad extractiva– y otras contraprestaciones económicas adicionales pactadas en muchos contratos mineros”³³. De acuerdo con el discurso gubernamental introducido en las políticas de desarrollo, es a partir de estos ingresos que es factible continuar con la implementación de políticas, programas y proyectos sociales dirigidos a disminuir las condiciones de pobreza en la que se encuentran varias regiones

³⁰ SOLÓRZANO, J., 2017. Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, no. 2, p. 239. Según Cotula, “cuando una disputa llega a un tribunal arbitral, una red de tratados, leyes y contratos ya ha dado forma a los contornos legales de la disputa y a las reglas que el tribunal debe aplicar”. COTULA, L., 2020b. Disputas de inversión desde abajo: ¿De quién son los derechos? Minería, medio ambiente y formas de subsistencia en Colombia. *International Institute for Environment and Development* [en línea]. Disponible en: <https://www.iied.org/investment-disputes-below-whose-rights-matter> (consultado el 18 de abril de 2021).

³¹ Artículo 832: “Derecho Aplicable 1. Un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección decidirá sobre los asuntos en controversia de conformidad con este Acuerdo y las reglas de derecho internacional aplicables¹⁰. 10. De conformidad con el derecho internacional, y cuando sea pertinente y apropiado, un Tribunal podrá tomar en consideración la legislación de la Parte contendiente”. Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 832, nota 10.

³² La minería se realiza a diferentes escalas y en diferentes condiciones, desde la minería a pequeña escala, la minería a mediana escala, los grandes proyectos mineros y la minería ilegal. En este escrito se aborda la minería a gran escala o megaminería realizada principalmente por grandes empresas con capital extranjero. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. 2016. Nueva Política Minera de Colombia [en línea], p. 9. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/698204/Po1%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

³³ *Ídem.*, p. 9.

de Colombia y así incrementar los índices de desarrollo económico y social³⁴. Empero, la relación entre la suscripción de TBI y el incremento de inversiones hacia un Estado no es del todo evidente³⁵, y el incremento de las inversiones tampoco se traduce en un mayor bienestar social, pues esto depende además del tipo de inversiones, del sector a donde se dirigen e incluso de la regulación que el Estado haga de las mismas.

En el transcurso de la primera década de los años dos mil, la estrategia del gobierno de Álvaro Uribe fue precisamente la de atraer inversionistas extranjeros a través de la suscripción de TBI (TLC y APPRI)³⁶, en cuyas negociaciones Colombia promocionó la *ventaja comparativa* debido al potencial minero del país, y la *confianza inversionista* derivada de un sistema normativo beneficioso a la entrada de capitales y la actividad minera³⁷. Es justamente en este Gobierno que se concretó el grueso de TBI que ha suscrito Colombia³⁸. En cuanto a los planes de desarrollo de este Gobierno³⁹, estos enfatizaron en la búsqueda de afluencia de capital extranjero como fuente de financiamiento externo, a fin de facilitar el desarrollo productivo y la transferencia de tecnología al país⁴⁰. De cara al exterior, este periodo se caracterizó por la realización de eventos institucionales a cargo del Gobierno Nacional (*road shows*) en donde se exaltaban estas características⁴¹.

³⁴ *Ídem.*, p. 9.

³⁵ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 96.

³⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). 2003. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 “Hacia un Estado comunitario [en línea], pp. 95,109 y 114. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND.pdf>. (consultado el 12 de marzo del 2021). GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 99.

³⁷ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2003. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, *op. cit.*, p. 146. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2005. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 “Estado comunitario: desarrollo para todos” [en línea], pp. 227 y 235. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PLANNACIONALDESARROLLO2006-2010.pdf>. (consultado el 12 de marzo de 2021).

³⁸ MINISTERIO DE COMERCIO. Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes [en línea]. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

³⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 “Hacia un Estado comunitario”, Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 “Estado comunitario: desarrollo para todos”.

⁴⁰ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2003. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, *op. cit.*, p. 146. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2007. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, *op. cit.*, p. 232.

⁴¹ Incluso en la actualidad, desde la Unidad de Planeación Minero Energética de Colombia se plantean estrategias que permitan “consolidar el atractivo minero de Colombia”, en las que se tienen como medios la realización de *road shows*. UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA DE well-defined. Estrategia para Consolidar el Atractivo de Colombia como Destino de Inversión Minera [en línea], p. 91. Disponible en: http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Estrategia_Consolidar_atractivo_de_Colombia.pdf (consultado el 17 de abril del 2021).

En cuanto a los datos, según el Banco de la República, en este periodo la inversión extranjera en minería pasó de 466 millones USD en el 2002 y 627 millones USD para el 2003, a un total de 1.246 millones USD para el 2004 y 2.151 millones USD para el 2005⁴². Con base en los datos, si bien la IED en minería se incrementó en la década de los noventa como efecto de la política de apertura económica, el boom minero empieza desde los años dos mil específicamente⁴³, de allí la importancia de analizar estos periodos de gobierno.

Posteriormente, los periodos presidenciales de Juan Manuel Santos se orientaron a lograr la inserción de Colombia en el plano internacional con el fin de lograr atraer capital extranjero, después del resquebrajamiento de las relaciones diplomáticas con varios países en el gobierno de Uribe⁴⁴. Para ello, era necesario atender a aquellas preocupaciones que rondaban a los inversionistas, entre ellas, la presencia de actores armados en los territorios -particularmente en donde se realizaba la explotación de recursos mineros-, la oposición de poblaciones afectadas por el desarrollo de proyectos de megaminería y decisiones judiciales adversas⁴⁵.

Esta estrategia del Gobierno Santos se materializó en lo dispuesto en los Planes Nacionales de Desarrollo, los cuales fueron enfáticos en señalar a la minería como una de las “locomotoras” para impulsar el crecimiento económico⁴⁶. El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*” – de su segundo periodo-, por ejemplo, dispuso que: “El sector minero-energético seguirá siendo uno de los motores de desarrollo del país a través de su aporte al crecimiento económico, al aparato productivo, al empleo rural y a la inversión privada”⁴⁷. Por otro lado, la apuesta por la minería se consolidó también con la creación de una “*Nueva Política Minera de Colombia*” en el 2016, la cual recoge una serie de reformas institucionales encaminadas a resolver situaciones problemáticas identificadas en ese sector. Dicha política se basó en 6 pilares

⁴² BANCO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *op. cit.*

⁴³ SANKEY, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁴ RAMÍREZ, S., 2011. El giro de la política exterior colombiana. *Revista Nueva Sociedad*, no. 231, p. 95.

⁴⁵ SANKEY, *op. cit.*, pp. 133 y 135.

⁴⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2011. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” [en línea], p. 565. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/1C.%20P%C3%A1ginas%20preliminares.pdf>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

⁴⁷ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2015. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” [en línea], p. 140. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

fundamentales: “seguridad jurídica, condiciones competitivas, confianza legítima, infraestructura, información y autoridad minera fortalecida y eficiente”⁴⁸.

Así, la preocupación del Gobierno era la de ajustar su contexto normativo e institucional para favorecer la entrada de capital extranjero, muy probablemente frente a las decisiones judiciales que priorizaban los derechos de las comunidades locales, y no contemplaban las problemáticas ambientales y de derechos humanos como importantes más allá de la relación entre entidades públicas, entre ellas las autoridades ambientales y mineras.

No obstante, también en las políticas de desarrollo de los últimos gobiernos pueden hallarse consideraciones sobre la protección del medio ambiente y su relación con los derechos humanos⁴⁹, incluso en las políticas de desarrollo se relaciona a la minería como causal de degradación de dichas áreas⁵⁰. Si bien en la praxis política estas consideraciones suelen tener un peso relativo respecto de las políticas de desarrollo de los gobiernos, lo cierto es que provienen de obligaciones internacionales suscritas por Colombia en materia de protección ambiental y de derechos humanos, que han permitido dotar de contenido el debate acerca de la minería y la conservación del ambiente. Frente a las demandas de inversionistas extranjeros, también es dicente la política de Estado de Colombia de asegurar su defensa mediante la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el 2011⁵¹.

Según el *Informe sobre los acuerdos comerciales vigentes de Colombia* del Ministerio de Comercio⁵², a finales del 2019 la inversión extranjera directa proveniente de Canadá acumuló desde

⁴⁸ Por ello, se buscó “definir una serie de estrategias orientadas a hacer más competitiva y productiva esta industria”, frente a problemáticas como la falta de coordinación entre autoridades mineras y ambientales, las decisiones judiciales que generaban inestabilidad jurídica, la demora en los trámites mineros y ambientales, y la conflictividad social. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ En el Plan de Desarrollo 2006-2010, se planteó que “Tanto páramos como humedales tienen un gran valor estratégico relacionado con las funciones ambientales, culturales y económicas que prestan, especialmente aquellas que tienen que ver con el suministro de agua, el abastecimiento de los centros urbanos, la producción agrícola e industrial, y la generación hidroeléctrica”. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2007. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, *op. cit.*, p. 345.

⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 152, 334 y 335. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2011. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, *op. cit.*, p. 568.

⁵¹ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 103.

⁵² De acuerdo con la Ley 1868 de 2017, el Ministerio de Comercio tiene la responsabilidad de presentar anualmente informes anuales “sobre los impactos (negativos y positivos) en materia macroeconómica y de los distintos sectores económicos involucrados, de los Tratados de Libre Comercio (TLC), ratificados por Colombia” (art. 1). Estos informes deben contener información acerca de la IED (art. 2) y deben ser presentados ante el Congreso de Colombia y socializados a la ciudadanía a través de audiencias públicas y difusión por medios de comunicación (art. 3).

el año 2000 la suma de 6,105.5 millones USD⁵³, ubicando a dicho país en el décimo lugar con mayor flujo de IED a Colombia. Ahora, de acuerdo con estas cifras, la inversión canadiense tuvo su pico más bajo en el año 2017 -desde 2012-, muy probablemente después del clima jurídico y político que generó la decisión de la Corte Constitucional de reiterar la prohibición de minería en Páramos⁵⁴. Con todo, el informe no señala resultados en materia ambiental más allá del ingreso de inversiones, a pesar de que el TLC con Canadá cuenta con un Acuerdo Ambiental paralelo y manifestando nuevamente el interés primordial de atraer inversiones al país sin importar de qué inversiones se trata y en qué sectores se ubican.

Habiendo descrito el panorama político sobre el ingreso de inversiones extranjeras a Colombia en materia de minería, se puede concluir que (1) los gobiernos nacionales de los últimos años basaron sus políticas de crecimiento económico y social en la realización de proyectos de megaminería, mientras que (2) las consideraciones ambientales y de derechos humanos apenas si fueron incluidas. Precisamente, el apoyo de los gobiernos nacionales a las actividades de inversión es uno de los criterios analizados por los tribunales de arbitraje en una controversia de inversiones, y así fue utilizado por los inversionistas canadienses en sus escritos, como se describirá más adelante. El Estado colombiano en cabeza de sus gobiernos nacionales no habría tenido conciencia de los riesgos que implicaría la suscripción de TBI, pues la política de inversiones se basó en la idea de “la bondad de la inversión extranjera y bajo la premisa de que a una mayor protección del inversionista habría un mayor interés en nuestro país”⁵⁵.

1.2. Regulación de la inversión extranjera en Colombia

La regulación vigente sobre la entrada de capital extranjero al país tuvo lugar con la expedición de la Ley 9 de 1991, en la que se estableció que la fijación del Régimen General de la Inversión de

⁵³ MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. 2020. “Informe sobre los acuerdos comerciales vigentes de Colombia (borrador)” [en línea], p. 49. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/temas-de-interes/informe-sobre-el-desarrollo-avance-y-consolidacion/documentos/ley-1868-informe-2020.aspx>. (consultado el 17 de abril del 2020).

⁵⁴ Para el año de 2016 las inversiones presentaron un pico de USD 2,187.6 millones, mientras que para el 2017 descendieron estrepitosamente hasta la suma de USD 230.9 millones. Aunque el valor del 2016 corresponde en su mayoría a la compra de ISAGEN, lo cierto es que las cifras del 2017 son las más bajas de los últimos años. *Ídem*.

⁵⁵ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 104.

Capitales del Exterior en Colombia correspondía al Gobierno Nacional⁵⁶. Esta función atribuida al Ejecutivo consiste en la determinación de “las modalidades, la destinación, forma de aprobación y las condiciones generales” de las inversiones⁵⁷. Dicha Ley incorporó además una serie de principios y garantías a los cuales debe ceñirse el Gobierno en su tarea y que están dirigidos a atraer la inversión extranjera al país. Por ejemplo, se determinó que “la inversión extranjera (...) será tratada para todos los efectos de igual forma que la inversión de nacionales colombianos”⁵⁸ y que, las normas expedidas en desarrollo de esa Ley no podían “conceder condiciones y otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas privados nacionales”⁵⁹. También se garantizó el reembolso de las inversiones y la remisión de las ganancias, y se estableció que estas reglas “no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente a los inversionistas extranjeros”⁶⁰. Esta Ley confirió también la facultad al Gobierno Nacional de establecer regímenes especiales para ciertos sectores económicos, tales como el de hidrocarburos y minería⁶¹.

En desarrollo de la Ley 9 de 1991, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) expidió la Resolución 51 de 1991⁶², en la que se reiteró la garantía de igualdad de trato de las inversiones de extranjeros respecto de nacionales de Colombia⁶³ y se estableció el Régimen Especial para el Sector de Hidrocarburos y Minería⁶⁴. Sobre dicho régimen, la resolución autorizó que particulares pudieran explorar y explotar los recursos del subsuelo, de los cuales el Estado es propietario de conformidad con la Constitución Política de 1991⁶⁵, a cambio de una

⁵⁶ Ley 9 de 1991, esta Ley fue expedida antes de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 (17 de enero de 1991), en ella se establecieron los lineamientos en materia de cambios internacionales a los que debía sujetarse el Gobierno Nacional.

⁵⁷ *Ibidem.*, art. 15, inciso 1.

⁵⁸ *Ibidem.*, art. 15, inciso 4.

⁵⁹ *Ibidem.*, art. 15, parágrafo.

⁶⁰ Continúa la norma: “(...) salvo temporalmente cuando las reservas internacionales sean inferiores a tres meses de importaciones”. *Ibidem.*, art. 15, inciso 5.

⁶¹ *Ibidem.*, art. 15, inciso 3.

⁶² La Corte Constitucional en Sentencia C- 455 de 1993 declaró inexecutable uno aparte de los artículos 1 y 3 de la Ley 9 de 1991, que permitían la delegación de la definición del régimen cambiario y del régimen de inversiones al CONPES, pues determinó que a la luz del artículo 150, numeral 19, literal b) de la Constitución Política, dichas competencias sólo podían ser ejercidas por el Gobierno Nacional. En este sentido, esta Resolución debía ser reemplazada por una proferida directamente por el Gobierno Central. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 455 de 1993. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

⁶³ Resolución 51 de 1991, art. 3.

⁶⁴ *Ibidem.*, Título III, Capítulo II.

⁶⁵ Artículos 332 y 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

contraprestación económica⁶⁶ y con sujeción a lo establecido en el Código de Minas y demás normas relacionadas⁶⁷. Así, las inversiones extranjeras que ingresen en ese sector, además de tener que adecuarse a las disposiciones del Régimen General de Inversiones, deben someterse a la regulación específica en materia de minería junto con la normatividad concerniente, entendiéndose incluida la reglamentación sobre asuntos ambientales⁶⁸.

Finalmente, el Decreto 2080 del 2000⁶⁹, que derogó la Resolución 51 de 1991 y que define el actual “*Régimen General de Inversiones de capital extranjero en Colombia y del capital colombiano en el exterior*”, incorporó nuevamente el principio de igualdad de trato entre inversionistas extranjeros y nacionales⁷⁰, estableció el Régimen Especial del Sector de Hidrocarburos y Minería⁷¹ y sometió las inversiones en este sector a los reglamentos específicos sobre la materia⁷². De suma importancia, señaló que los tratados internacionales vigentes priman en su aplicación respecto de la normatividad aplicable a controversias sobre inversiones, incluyendo la posibilidad de que dichas controversias puedan ser sometidas al arbitraje internacional bajo las normas arbitrales de cada jurisdicción internacional⁷³. En este caso, la normatividad nacional sobre inversiones se somete a lo estipulado en tratados internacionales sobre inversiones.

Cabe mencionar que este Decreto fue expedido en vigencia de la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 100 establece que: “los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la Ley”⁷⁴. Precisamente, esta disposición constitucional ha sido enarbolada por los gobiernos de Colombia a fin de atraer la inversión extranjera, pues a partir de ella se asegura la igualdad de trato entre los inversionistas nacionales y extranjeros, y con ello, se prohíbe el establecimiento de condiciones y tratamientos discriminatorios. La *igualdad de trato* es uno de los principios en los

⁶⁶ *Ibidem.*, art. 360.

⁶⁷ Resolución 51 de 1991, art. 31. El Código de Minas anterior fue expedido por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2655 de 1998, de conformidad con la facultad extraordinaria concedida en la Ley 57 de 1987. El actual Código de Minas corresponde a la Ley 685 de 2001.

⁶⁸ *Ibidem.*, art. 32.

⁶⁹ Este Decreto deroga la comentada Resolución 51 de 1991, de conformidad con los artículos 1 y 55, y fue compilado en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*”.

⁷⁰ *Ibidem.*, art. 2.

⁷¹ *Ibidem.*, Título III, Cap. II.

⁷² *Ibidem.*, art. 21.

⁷³ *Ibidem.*, art. 14.

⁷⁴ Artículo 100, inciso 2, Constitución Política de Colombia de 1991.

que se basa el régimen internacional de las inversiones, junto con otros que se encuentran efectivamente incorporados en la legislación nacional, a saber: la *universalidad*, según la cual, la inversión extranjera es permitida en todos los sectores de la economía, con estrictas excepciones y condiciones frente a algunas actividades; la *automaticidad*, respecto del no requerimiento de autorización previa de la inversión, con algunas excepciones, y la obligatoriedad del registro; y la *estabilidad*, referida al mantenimiento de las condiciones cambiarias vigentes al momento de la inversión para la remisión de utilidades al exterior⁷⁵. Ahora, también el artículo 58 de la Constitución establece que puede haber expropiación por motivos de utilidad pública mediante indemnización previa.

De acuerdo con lo anterior, (1) es el Gobierno Nacional el encargado de regular los asuntos relativos a la entrada de capital extranjero al país y de aplicarlos en sede administrativa, de conformidad con el esquema de la función pública; y (2) dicha regulación no puede contener criterios que otorguen tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros en relación con los nacionales, pues debe seguir ciertos principios traídos a la legislación nacional, muy semejantes a los desarrollados en el Derecho Económico Internacional. Sin embargo, (3) a la inversión extranjera en minería le es aplicable la regulación de este sector en particular, incluyendo las consideraciones ambientales allí establecidas, en primer lugar, por el sector central del Gobierno a través de la máxima autoridad minera correspondiente al Ministerio de Minas y Energía⁷⁶, y en su caso, al Ministerio de Ambiente. Finalmente, 4) los tratados internacionales pueden modificar la normatividad y jurisdicción aplicables a las controversias sobre inversiones extranjeras⁷⁷.

1.3. Regulación de la actividad minera en Colombia en el caso de inversiones extranjeras

La aparición de Canadá como país inversionista se rastrea hacia la segunda década del siglo XX, cuando el país norteamericano realizaba importantes inversiones en el sector de la explotación de

⁷⁵ GOBIERNO DE COLOMBIA. 2015. Guía Legal para hacer Negocios en Colombia [en línea], p.8 y 9. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/guia_para_hacer_negocios_en_colombia_2015_1.pdf. (consultado el 12 de marzo del 2021).

⁷⁶ Ley 685 de 2001, art. 317.

⁷⁷ Uno de los debates acerca del actual régimen internacional de inversiones es precisamente la pertinencia de cláusulas que otorgan jurisdicción por parte de los Estados a organismos internacionales de solución de controversias sin exigir mayores requisitos sobre agotamiento de los recursos o mecanismos jurídicos de las jurisdicciones internas.

petróleo y gas⁷⁸. Sin embargo, no es sino hasta finales de los noventa y comienzos de los dos mil que Colombia se convierte en un territorio considerado como propicio para invertir por parte de las empresas mineras canadienses, especialmente después de la apertura económica de los noventa y el cambio normativo en la regulación minera introducido en el nuevo Código de Minas del año 2001 -Ley 685 de 2001-, que contó con financiación canadiense⁷⁹.

Este cambio estuvo basado principalmente en: a) la declaración de la minería como una actividad de interés público⁸⁰, lo que le otorgó facultades especiales al Gobierno Nacional en su regulación y les restó potestades a las autoridades territoriales⁸¹; b) la autorización para el ingreso de la IED en el sector minero en las mismas condiciones que los nacionales⁸²; y d) El tratamiento tributario favorable a las empresas mineras, gracias a la incorporación de exenciones, entre otras estrategias⁸³. Así, la nueva regulación minera tuvo como finalidad mejorar la capacidad institucional, principalmente en el sector central, y orientar la política minera hacia la apertura y desregularización, de allí que el papel del Estado haya sido relegado a ser el que regula la actividad y el que recauda los impuestos⁸⁴.

Como favorable a la inversión extranjera, se encuentra la introducción de una *cláusula de estabilización* en el artículo 46 del Código de Minas, sobre la “normatividad aplicable a los contratos de concesión”, según la cual, “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”, y que, en caso de modificación o adición posterior, estas le conciernen siempre que “amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas”⁸⁵. Este artículo fue señalado por los inversionistas demandantes como fuente de las expectativas legítimas que tenían sobre las inversiones realizadas en actividades pre y pos extractivas en Santurbán⁸⁶. De manera contraria a los intereses del Estado colombiano, este artículo no establece excepciones a la estabilización

⁷⁸ SANKEY, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ Ley 685 de 2001, art. 13.

⁸¹ Por ejemplo, art. 37: “(...) ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial (...)”.

⁸² *Ibidem.*, art. 18.

⁸³ *Ibidem.*, art. 256.

⁸⁴ SANKEY, *op. cit.*, p. 124.

⁸⁵ Ley 685 de 2001, art. 46.

⁸⁶ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, Solicitud de Arbitraje... *op.cit.*, párr. 17.

como, por ejemplo, respecto de la toma de medidas o regulaciones para la protección ambiental y de derechos humanos en consideración de obligaciones internacionales o de la misma capacidad regulatoria del Estado, establecida en la Constitución Política de Colombia de 1991⁸⁷.

No obstante, el Código de Minas no es ajeno a las preocupaciones ambientales, y como ya se mencionó, al aplicarse la regulación específica minera a la inversión extranjera, ingresan también las disposiciones ambientales allí establecidas. De este modo, es necesario destacar la introducción de consideraciones ambientales y sobre derechos humanos según las cuales la minería en Colombia debe realizarse “en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país”⁸⁸. De allí que puedan encontrarse exigencias que concretan estos objetivos, entre ellos la presentación de Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Planes de Manejo Ambiental y la obtención de Licencias Ambientales⁸⁹.

De manera más dicente, el Código de Minas estableció la posibilidad de que se declaren *zonas excluibles de minería* que fungen como áreas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, en áreas que integran “el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales”⁹⁰. Para ser excluibles, estas zonas deben estar delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental competente⁹¹, mediante acto administrativo y con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, en donde se indique la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras⁹². Como efecto de dicha exclusión, no se pueden ejecutar *de pleno derecho* actividades mineras. Además, estas zonas no requieren ser declaradas después de emitido el acto administrativo, ni excluidas en los contratos de concesión minera, ni se exige la renuncia del concesionario a dichas áreas⁹³. Incluso, si dichas zonas estuvieran siendo ocupadas por obras del concesionario “la autoridad minera ordenará su inmediato retiro y desalojo, sin pago, compensación o indemnización alguna por esta causa”⁹⁴. La prohibición puede ser total, a menos que se establezcan excepciones -prohibidas en las áreas de

⁸⁷ Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

⁸⁸ Ley 685 de 2001, art. 1.

⁸⁹ *Ibidem.*, art. 85.

⁹⁰ Ley 685 de 2001, art. 34, inciso 2.

⁹¹ Se refiere al Ministerio de Medio Ambiente.

⁹² *Ibidem.*, art. 34, inciso 3.

⁹³ *Ibidem.*, art. 36.

⁹⁴ *Ibidem.*, art. 36.

Parques Nacionales⁹⁵, siempre que se cumpla con las normas nacionales, departamentales y municipales en relación con los Planes de Ordenamiento Territorial⁹⁶.

Estas consideraciones también debieron ser tenidas en cuenta por los inversionistas canadienses más allá del artículo 46, el cual debe interpretarse junto con el texto normativo del que es parte.

Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002, en donde aclaró que las zonas excluibles no corresponden únicamente a las áreas señaladas en el artículo 4 del Código de Minas, sino que pueden declararse como zonas excluibles los páramos, y que en estas decisiones las autoridades ambientales deben aplicar el *principio de precaución* o principio pro ambiente⁹⁷, según el cual en caso de peligro de daño grave o irreversible “*la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”⁹⁸. El principio de precaución se encuentra en la legislación colombiana de conformidad con el artículo 5 de la Ley 99 de 1993, que acoge la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En este sentido, los inversionistas tendrían en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado anfitrión la oportunidad de determinar riesgos en materia de política ambiental y de derechos humanos; en el caso colombiano, este ha suscrito varios instrumentos sobre estas temáticas, incluso antes de la entrada de inversiones de los demandantes extranjeros. El principio de precaución, es incluso más garantista que el principio de prevención, en tanto que la diferencia radica en que en este último el riesgo de daño en el medio ambiente es conocido, mientras que en el primero basta analizar el riesgo de que se produzca.

Entre otras disposiciones relevantes, el Código también estableció que: a) el contrato de concesión puede ser objeto de declaración de caducidad cuando ocurra “la violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería”⁹⁹, y b) la posibilidad de que cualquier persona interponga una acción de nulidad ambiental en el caso de que licencias ambientales perjudiquen el medio ambiente o los recursos naturales renovables¹⁰⁰. Así, si el Estado tiene amplias facultades frente a actividades mineras que afecten el ambiente, la sociedad civil cuenta también con

⁹⁵ *Ibidem*, art. 34, inciso 4.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ Ley 685 de 2001, art. 112, literal h).

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 290.

mecanismos de participación con los cuales intervenir¹⁰¹. Cabe señalar que, el Código de Minas es aplicable a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales según su artículo 4, de allí que rija en su totalidad las actividades mineras que se realizan en Colombia, sean dirigidas por extranjeros o no y, por lo tanto, su interpretación debe ser integral y no aislada.

Como conclusiones de este apartado, se tiene que (1) las consideraciones ambientales en el Código de Minas son importantes en tanto permiten contrastar el interés por configurar un marco normativo atractivo para el ingreso de inversiones extranjeras en el sector de la minería, con el interés público de proteger el medio ambiente y los derechos humanos que pueden resultar perjudicados con actividades mineras. De allí que puedan encontrarse disposiciones que garanticen al Estado colombiano poder intervenir, incluso a través de la cancelación de actividades, cuando el medio ambiente se encuentra en riesgo. La tensión se encontraría en la delimitación administrativa del ecosistema, que resulta obligatoria y que en el caso del Páramo de Santurbán todavía no se ha realizado.

Como punto adicional, (2) la participación ciudadana es importante en la solución de conflictos socioambientales relacionados con la actividad minera, al menos en la legislación nacional. Finalmente, (3) el artículo 46, sobre la estabilidad normativa aplicable a los contratos, no puede interpretarse de manera aislada sino en armonía con la totalidad de las disposiciones del Código de Minas, incluidas las que involucran asuntos ambientales y derechos humanos de las poblaciones afectadas con el desarrollo de la minería.

1.4. Contexto socioambiental de la minería en Colombia- Santurbán

En cuanto al contexto socio ambiental, el desarrollo de actividades mineras en Colombia ha generado de manera recurrente una serie de problemáticas sociales, económicas, ambientales y culturales que han afectado a las poblaciones y ecosistemas localizados en y cerca de los lugares donde se realizan estas operaciones¹⁰². De acuerdo con Basto, para 2015 Colombia ocupó el

¹⁰¹ Sin pretender ahondar en los estudios sobre las disposiciones ambientales en la Constitución política de Colombia, en sentencias de la Corte Constitucional esta ha sido denominada una *constitución verde*. Corte Constitucional, Auto 558 de 2018, sobre la solicitud de anulación de la Sentencia T-361 de 2017. Magistrado: Alberto Rojas Ríos.

¹⁰² Para Saade, “las altas utilidades e inversiones que se han originado en la industria minera también han estado acompañadas de altos costos sociales y ambientales que se han manifestado en numerosos conflictos”. Estos conflictos suelen poner en muchas ocasiones a las comunidades afectadas por las actividades mineras – en asuntos de salud, medio ambiente, trabajo y seguridad social, seguridad, desplazamiento- en contra de los intereses de los inversionistas

segundo lugar a nivel global en conflictos ambientales, después de la India, con 95 casos, los cuales “representan la degradación ambiental de ecosistemas, biodiversidad, bosques, recursos hídricos, así como la afectación a comunidades campesinas e indígenas y otros grupos étnicos”¹⁰³. Más específicamente, según Basto, el agua es el recurso natural más afectado con un 32% de los casos¹⁰⁴.

En el caso del Páramo de Santurbán, se considera que la problemática por la megaminería es una de las de mayor complejidad, teniendo en cuenta la cantidad de actores sociales, políticos y privados que se encuentran involucrados, y la importancia ambiental del ecosistema de páramo; tanto por los servicios ambientales que ofrece (aprovisiona y regula el ciclo de agua dulce, captura de carbono, alberga gran cantidad de biodiversidad), como por su valor en sí mismo *-in situ-*¹⁰⁵. Se estima que las actividades de megaminería en Santurbán podrían afectar a más de dos millones de personas en el disfrute de su derecho humano al agua, así como también destruir la biodiversidad del ecosistema, incluyendo el Bosque Alto Andino, que funciona como zona de amortiguación y sobre el cual se pretendía otorgar una licencia ambiental a la empresa MINESA¹⁰⁶, la cual también ha adquirido derechos mineros de los inversionistas canadienses, como Eco Oro, sobre zonas que si bien no se incluyeron dentro del páramo¹⁰⁷, corresponden a zonas de Alto Bosque Andino que alberga especies de flora y fauna y ayuda al ecosistema a regular el ciclo del agua.

extranjeros, muchas veces apoyados por el Estado. SAADE HAZIN, M., 2013. Desarrollo minero y conflictos socioambientales. *Macroeconomía del Desarrollo* [en línea], vol. 137, p. 33. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5369-desarrollo-minero-conflictos-socioambientales-casos-colombia-mexico-peru>. (consultado el 17 de abril del 2021).

¹⁰³ BASTO, P.S., 2017. El conflicto socioambiental del páramo Santurbán. Un análisis bioético con enfoque de ecología política. *Revista Colombiana de Bioética* [en línea], vol. 12, no. 1, p. 9. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189251526003.pdf>. (consultado el 17 de abril del 2021).

¹⁰⁴ *Ídem.*

¹⁰⁵ *Ibidem.*, p. 10. El Páramo de Santurbán se encuentra ubicado entre los departamentos de Santander y Norte de Santander, abarca un área de aproximadamente 142.000 hectáreas y comprende 40 municipios, en los cuales abastece de agua a casi 2.3 millones de personas. ACEVEDO TARAZONA, Á. y CORREA LUGOS, A.D., 2019. Pensar el cambio socio ambiental: un acercamiento a las acciones colectivas por el páramo de Santurbán (Santander, Colombia). *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 42, no. 1, p. 161.

¹⁰⁶ La Empresa MINESA, de propiedad de nacionales de Emiratos árabes, solicitó licencia ambiental para la explotación minera en cercanías al páramo, cuya delimitación aún no se concreta. La preocupación radica en que las áreas sobre las que se solicita la licencia corresponden a áreas de Bosque Alto Andino, fundamental para el funcionamiento ecosistémico del páramo.

¹⁰⁷ ECO ORO MINERALS CORPORATION. “Eco Oro Announces Completion of Previously Announced Asset Purchase Transaction with Sociedad Minera de Santander S.A.S.”. *Globe Newswire* [en línea]. (17 de diciembre del 2020). Disponible en: <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2020/12/17/2146788/0/en/Eco-Oro-Announces-Completion-of-Previously-Announced-Asset-Purchase-Transaction-With-Sociedad-Minera-de-Santander-S-A-S.html#:~:text=sign%20in->

En el 2020, en el marco de debates de control político en el Congreso de Colombia, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), cuya función es la de autorizar licencias ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente¹⁰⁸, archivó la solicitud de licencia ambiental de la empresa MINESA para la realización del proyecto Soto Norte, de minería subterránea en cercanías al Páramo y al Bosque Alto Andino.

La ANLA ha sido criticada por dudar y negar la solicitud de licenciamiento ambiental de MINESA, a pesar de que actualmente la tendencia dentro del espectro político es la de rechazar la minería en el Páramo,¹⁰⁹ como está estipulado en la Ley, y la de hacerlo también en otras zonas del complejo ecosistema de Santurbán. Esto debido a que el Gobierno apoya la realización de este y otros proyectos, como lo ha expresado a través de diferentes manifestaciones de ministros, dentro de los que podrían incluirse proyectos de inversionistas canadienses que no renuncian a realizar minería en zonas cercanas al páramo.¹¹⁰ La diferencia con los inversionistas canadienses radica en que MINESA no está protegida por un TBI, pues el que fue suscrito con los Emiratos Árabes Unidos no se encuentra en vigor, debido a que no ha sido ratificado¹¹¹. La política del gobierno Duque

[Eco%20Oro%20Announces%20Completion%20of%20Previously%20Announced%20Asset%20Purchase%20Transaction.Source%3A%20Eco%20Oro%20Minerals%20Corp.](#) (consultado el 1 de mayo del 2021).

¹⁰⁸ Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011, “Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- y se dictan otras disposiciones”.

¹⁰⁹ Actualmente, Colombia orienta su política de Estado a la protección de los páramos y a la prohibición de la minería, incluso subterránea. A pesar de que las discusiones sobre la delimitación del Páramo son importantes respecto de la posibilidad de que MINESA realice actividades mineras en las fronteras del páramo, las corrientes políticas en el congreso parecen fluctuar hacia su conservación. SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Archivo definitivo de la posibilidad de explotación minera del Páramo de Santurbán, conclusión del debate de Control Político”. Senado de la República [en línea]. (20 de octubre del 2020). Disponible en: <https://senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/1868-archivo-definitivo-de-la-posibilidad-de-explotacion-minera-del-paramo-de-santurban-conclusion-de-debate-de-control-politico>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

¹¹⁰ De cara al mundo, el Gobierno de Iván Duque señaló ante la Asamblea de la ONU que Colombia está comprometida con la protección de los páramos y por ello impulsaría la creación de una alianza global para su protección. Sin embargo, la postura no es convincente, pues a pesar de que la solicitud de licenciamiento ambiental MINESA de haya sido negada, la empresa puede volver a iniciar el procedimiento, y en sus comunicados oficiales del gabinete de ministros el Gobierno Nacional ha señalado estar de acuerdo con la realización del proyecto Soto Norte de MINESA, por los beneficios económicos que traería y la ausencia de afectación, a pesar de estudios y análisis de expertos en contra. El apoyo para la realización del proyecto por parte del Gobierno Nacional contrasta con la postura de los gobernantes locales (Alcalde de Bucaramanga y Gobernador de Santander) respecto de la prohibición de megaminería, como se observa en los planes de desarrollo territoriales. Los debates de control político sobre la delimitación del Páramo de Santurbán favorecen el esclarecimiento del proceso de delimitación, ya que se había denunciado poca transparencia; asimismo, permiten orientar la política de Estado de protección a la minería a través del control político del legislativo y los gobiernos locales. SEMANA. “Debate por Santurbán en el Congreso: la postura del alcalde vs. el gobernador”. *Semana* [en línea]. (6 de agosto del 2020). Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/debate-por-santurban-en-el-congreso-discurso-del-alcalde-vs-el-gobernador/692510/>. (consultado el 27 de abril del 2021).

¹¹¹ Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, Dubái (EAU), 12 de noviembre de 2017 (no entrado en vigencia).

parece apuntar a revisar los acuerdos sobre inversiones debido a la facilidad con la que inversionistas extranjeros pueden demandar al Estado y a la alta probabilidad de condenas latentes por violación de estándares de tratamiento casi que absolutos. Según la revisión de la UNCTAD del TBI, este no relacionaría el desarrollo sostenible como interés en su preámbulo, pero sí contaría con excepciones generales sobre política pública en áreas como salud y medio ambiente¹¹².

El conflicto socioambiental suscitado en Santurbán, así como en otros lugares donde se presentan tensiones por el desarrollo de minería, ponen en contradicción los intereses del Gobierno Nacional de promover el desarrollo económico a través de esta actividad, con los intereses sociales, ambientales y económicos de las mismas poblaciones¹¹³. En el caso del Páramo, además de los servicios ecosistémicos que presta, como proveer agua potable y servir como sumidero de carbono, es considerado un referente cultural y social de la región¹¹⁴.

La realidad evidencia que, si bien las inversiones extranjeras pueden representar un impulso al desarrollo económico, sin las debidas consideraciones ambientales las inversiones pueden generar riesgos para la protección del medio ambiente y de diferentes derechos humanos asociados, como el derecho al agua y a la salud¹¹⁵. Algunos ejemplos de los riesgos que pueden implicar inversiones no acompañadas con la protección de los derechos humanos, la conservación del medio ambiente y la participación de la sociedad civil, se pueden observar en casos renombrados como el de *Union Carbide* en Bhopal-India o el de *Texaco* en el Ecuador¹¹⁶. Incluso en Colombia, la empresa

Disponible en: <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=a4c93299-fb6d-41c8-9ba4-7dc333d95d2a>. (consultado el 27 de abril del 2021).

¹¹² *Ídem*.

¹¹³ Para Miles, “From an historical perspective, the postcolonial indifference of state authorities to the environmental protection needs of local communities is, in many respects, an adoption of the commodification of the environment experienced under colonial regimes. If such approaches have been internalised in this fashion by developing states, manifesting in the unstinting pursuit of the ‘development paradigm’ to the detriment of sectors of their own people, then this does, indeed, point to the paradox of imperial legacies finding form in unexpected ways”. MILES, K., 2013. *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 111.

¹¹⁴ COTULA, 2020b, *op. cit.*

¹¹⁵ VIÑUALES, J.E., 2010. Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship, p. 6.

¹¹⁶ En el caso de Bhopal, India, accidentalmente fue liberada una gran cantidad de gas tóxico en la planta de la empresa Union Carbide, que causó la muerte y afectaciones en la salud de miles de personas. En el caso de Texaco en el Ecuador, las actividades de la empresa ocasionaron la destrucción del ecosistema del Río Amazonas. *Ídem*. Ver también: MILES, *op. cit.*, p. 210. En este último caso, a pesar de que una corte del Estado condenó a Chevron al pago de los daños, después de que en Estados Unidos se negaran a admitir la demanda (*fórum non conveniens*), en el 2018 un tribunal de arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje ordenó al Ecuador dejar inaplicable dicha sentencia, al determinar que a la empresa no se le había hecho un juicio. Para Pellegrini *et al*, este caso evidencia cuán difícil es responsabilizar a una empresa a nivel internacional por daños ambientales en un estado extranjero, en tanto que se

demandante Eco Oro Minerals (Antes Greystar) puso en riesgo la potabilidad del agua de la quebrada Móngora en Vetas, Santander -cercana al Páramo de Santurbán-, debido a la fuga de lodos de perforación y a que la roca en el subsuelo tiene una formación que permite el paso de agua subterránea¹¹⁷.

Tampoco hay que dejar de lado que las actividades mineras en Santurbán por parte de las grandes empresas han generado impactos respecto de la minería tradicional, la cual no ha sido favorecida como la empresa extranjera debido a las mismas disposiciones del Código de Minas¹¹⁸. A finales del año 2020, poblaciones de varios municipios que circundan el Páramo realizaron protestas por la no participación en el proceso de delimitación, como fue ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia T-361 de 2017, asegurando que perderían espacios para la minería tradicional y agricultura, que les representan fuentes de ingresos y medios de subsistencia¹¹⁹. La discusión es amplia e incluye debates sobre la delimitación del Páramo, si es ambiental o socioeconómica, y qué elementos naturales debe cubrir; así, involucra no solo ambientalistas, Gobierno y empresas, sino también a pequeños mineros y campesinos que realizan actividades en la zona, así como personas que a pesar de no asentarse en cercanías del Páramo se benefician de sus servicios ambientales, como el caso de los habitantes de Bucaramanga, Santander¹²⁰.

Actualmente la regulación y protección de inversiones establecidas en los TBI enfrentan la capacidad regulatoria de los Estados receptores en el tema de minería en ecosistemas de importancia, así como la desaprobación social, ocasionando problemáticas que han sido resueltas por tribunales de arbitraje de inversiones, en cuyos procedimientos las poblaciones afectadas no han encontrado espacio para establecer su posición¹²¹. Con todo, los movimientos sociales,

presenta una guerra jurídica que utiliza instrumentos de derecho internacional. PELLEGRINI, L., *et al.*, 2020. International investment agreements, human rights, and environmental justice: The Texaco/Chevron case from the Ecuadorian Amazon. *Journal of International Economic Law*, vol. 23, no. 2, p. 456.

¹¹⁷ SEMANA. “Pequeña minería: ¿piedra angular del conflicto ambiental en Santurbán?”. Semana [en línea]. (20 de marzo del 2018). Disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/paramo-de-santurban-la-pequena-mineria-es-la-piedra-angular-del-conflicto-ambiental/39723>. (consultado el 18 de abril del 2021).

¹¹⁸ BASTO, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁹ EL TIEMPO. “2020 cierra con un Soto Norte custodiado por su propia gente”. *El Tiempo* [en línea] (20 de diciembre del 2020). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/mas-contenido/2020-cierra-con-un-soto-norte-custodiado-por-su-propia-gente-555828> (consultado el 21 de abril del 2021).

¹²⁰ De paso, evidencia que la presencia estatal, más allá de la función de otorgar licencias para proyectos mineros, ha faltado, de allí que la economía no se haya diversificado y la población dependa en gran parte de las actividades mineras.

¹²¹ Para Miles, “Faced with conflict, indifference, and disempowerment, popular mobilisation seeks equity and justice through the engagement of multiple sites of resistance.”¹⁸⁵ And, as international law has not traditionally accommodated

incluidos los ambientalistas, han reforzado el llamado por reestructurar el sistema internacional de protección de inversiones¹²² desde abajo, es decir, partiendo de que el derecho de inversiones se relaciona con actores, intereses, costumbres y normas locales¹²³.

Se tiene entonces que, (1) en Colombia las problemáticas socioambientales en torno a la minería son constantes, y (2) ponen en contradicción los intereses del gobierno con el bienestar de las poblaciones ubicadas en los lugares en donde se realiza esta actividad. Sin embargo, como en el caso de Santurbán, (3) comunidades, organizaciones sociales, sectores políticos, académicos, entre otros, se movilizan cada vez más, involucrando nuevas aristas en la problemática, más allá de la sola consideración de las inversiones afectadas en el marco de la toma de decisiones para proteger el ambiente y los derechos humanos.

1.5. Cambios en el marco jurídico regulador de la minería en páramos en Colombia – Caso Santurbán

El artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, que modificó el artículo 34 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, incluyó como zonas excluibles de minería los ecosistemas de páramo, de modo que no podrían ejecutarse allí trabajos y obras de exploración y explotación minera. La norma señaló que para que estas zonas sean excluibles de minería debían ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental, de conformidad con estudios técnicos, sociales y ambientales; para ello, se recurriría a la cartografía disponible proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt (IIAH). Sin embargo, mediante el parágrafo 1° de dicho artículo se incluyó una excepción, según la cual, si a la entrada en vigencia de dicha Ley se encontraban adelantándose actividades de construcción, exploración o explotación minera, que contaran con título minero y licencia ambiental, en zonas que antes no estaban excluidas, estas podrían continuar hasta su fecha

the phenomenon of public mobilisation or extra-institutional resistance movements, these voices within social movements have also remained at the subaltern level in international law”. MILES, *op. cit.*, p. 103.

¹²² Miles señala al respecto que: “Despite the dismissive treatment of social movements by arbitral tribunals in investment disputes, host state grassroots activism remains a source of pressure to reform the unbalanced nature of international investment law, to give a voice to those affected by the activities of foreign investors, and to reflect the role of resistance in shaping the regulatory network of investment protection”. *Ibidem.*, p. 104.

¹²³ “Todos los procesos legales son representaciones incompletas de realidades sociales más complejas y el ISDS no es la excepción. Sin embargo, la forma en la que está diseñado este sistema tiene implicaciones importantes. En palabras del experto en derecho de las inversiones Nicolás Perrone, reducir las disputas multidimensionales a una relación binaria entre el inversionista y el Estado hace que las perspectivas locales sean invisibles”. COTULA, L. 2020b. Disputas de inversión desde abajo... *op. cit.*

de vencimiento y sin opción de prórroga¹²⁴. En este sentido, la prohibición de actividades mineras descartó las que se estuvieran realizando y contaran con los permisos ambientales requeridos. Claramente, esta actuación del Gobierno puede verse como en apoyo a las empresas mineras que realizaban actividades de minería en páramos, pues la prohibición para ellas se plantea a futuro. Así mismo, refleja que, para el Estado colombiano, al menos de parte del ejecutivo, los extranjeros gozarían de derechos adquiridos protegidos, que no pueden ser afectados por la adopción de nuevas medidas, en este caso legislativas, sobre el tema ambiental.

Esta Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 de 2011¹²⁵, no obstante, los efectos de dicha declaratoria se postergaron dos años, es decir que, en la práctica la prohibición y sus excepciones se mantuvieron en el ordenamiento jurídico hasta la promulgación de la Ley 1450 de 2011, según la misma Corte Constitucional en Sentencia T-361 de 2017.

Por su parte, algunos sectores académicos argumentan que la prohibición de la minería en páramos se estableció por primera vez desde el 2002, cuando en Sentencia C- 339 de ese año la Corte Constitucional, al analizar el inciso 2 del artículo 34 del Código de Minas, señaló que las zonas de exclusión de minería no se limitaban a las dispuestas en dicho artículo, sino que podían existir otras declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro. Así, en Sentencia C- 443 de 2009 la Corte señaló que:

Esta precisión es de especial importancia (...) pues fija el alcance actual de esta disposición. Por lo tanto, las autoridades ambientales **pueden declarar excluidos de la minería ecosistemas tales como los páramos así no estén comprendidos en parques nacionales o regionales o en zonas de reserva forestal.** (subrayas fuera de texto).¹²⁶

De acuerdo con lo anterior, el debate en Colombia por la protección de los páramos como ecosistemas de importancia ambiental y social no empieza con posterioridad a la promulgación de la Ley 1382 de 2010, sino que se remonta a inicios de los años dos mil, fechas en las que las inversiones extranjeras canadienses se estaban estableciendo en el país.

¹²⁴ Ley 1382 de 2010, art. 34.

¹²⁵ La decisión estuvo basada en que su contenido y expedición no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes, contrariando así varias normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad - particularmente el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT-, que establecen el derecho de estas comunidades a la consulta previa como mecanismo de participación en la toma de decisiones que pueden llegar a afectarles, en este caso medidas legislativas. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 366 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 10.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 443 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, (IV) (3).

Posteriormente, mediante el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, correspondiente al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “*Prosperidad para todos*”, se reiteró la prohibición de actividades mineras en ecosistemas de páramo. Para ello, se ordenó al Ministerio de Ambiente delimitar mediante acto administrativo dichas áreas a escala 1:25.000, teniendo como referencia mínima la cartografía contenida en el Atlas de Páramos de Colombia del IIAH hasta tanto se contara con cartografía a mayor escala. En cuanto al Páramo de Santurbán, esta orden fue incumplida por el Ministerio de Ambiente durante casi cuatro años, pues solo hasta abril del 2014 se definieron sus límites mediante la Resolución 2090 de 2014. Así mismo, la Ley 1450 de 2011 no incluyó un régimen de transición como la Ley 1382 de 2010, por lo que se entendió que, sin importar la existencia de contratos o licencias anteriores a su entrada en vigencia, no se podían realizar actividades mineras en páramos, pues la normativa que estableció el régimen de transición fue declarada inexecutable.

En la Resolución 2090 de 2014, el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Ambiente, determinó que no se podían otorgar nuevos contratos de concesión ni tampoco licencias ambientales en zonas establecidas como páramo. Sin embargo, nuevamente se incluyó que los contratos anteriores al 9 de febrero de 2010 -fecha en que se expidió la Ley 1382 de 2010 y que contenía la prohibición- podían continuar ejecutándose bajo ciertos requerimientos, entre ellos, la supervisión de las autoridades ambientales, y sin oportunidad de prórroga. Este acto del ejecutivo reiteró el interés del Gobierno por mantener las actividades mineras ya iniciadas en el Páramo de Santurbán, aunque al parecer no se fundamentó en una normativa superior que lo permitiera. Sobre esta resolución se denunciaron inconsistencias en la delimitación y falta de participación de la sociedad civil, particularmente de pequeños mineros y campesinos agricultores habitantes del Páramo¹²⁷.

Mediante la Ley 1753 de 2015, relativa al Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”, el Gobierno intentó revivir las excepciones, pues estipuló en el parágrafo 1, inciso 1, del artículo 173, que al interior de las áreas delimitadas como páramo podían seguir ejecutándose las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, que contaran con contrato y licencia ambiental otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010, hasta su

¹²⁷ GARCÍA DURÁN, G. (5 de enero del 2021). Páramo de Santurbán: entre la protección y la codicia. *La Opinión* [En línea]. Disponible en: <https://www.laopinion.com.co/zona-verde/paramo-de-santurban-entre-la-proteccion-y-la-codicia>. (consultado el 18 de abril del 2021).

terminación y sin posibilidad de prórroga. Para ello, las autoridades ambientales debían revisar las licencias ambientales otorgadas antes de la entrada en vigor de la prohibición, con el fin de realizar el debido seguimiento y control a nivel ambiental, social, económico, etc. Es decir, esta Ley contempló la continuidad de actividades mineras en páramos que venían realizándose antes del 9 de febrero de 2010, que fue cuando entró en vigor la Ley 1382 de 2010, pero contrario a lo señalado en el mencionado artículo 46 del Código de Minas, cualquier prórroga fue denegada. Con todo, la intención del Gobierno fue la misma: mantener las actividades mineras ya iniciadas, dentro de las que se encontraban las realizadas por las empresas que demandaron a Colombia ante el CIADI, probablemente como previsión de las consecuencias que una prohibición total acarrearía al Estado en sede arbitral.

En Sentencia C-035 de 2016, la Corte Constitucional declaró inexecutable los incisos 1, 2 y 3 del párrafo 1 del artículo 173 de la Ley 1753, relativa al Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, es decir, derogó las excepciones que permitían la realización de actividades mineras con contrato y licencia ambiental anteriores al 9 de febrero de 2010, pues consideró que “los ecosistemas de páramo se encuentran en una situación de total desprotección jurídica”¹²⁸, esto debido a “su fragilidad y a la ausencia de protección jurídica en que se encuentran”¹²⁹. En concreto, para la Corte dicha situación implicaba un alto riesgo para la provisión de agua potable a la población y para la captura de carbono para mitigar el calentamiento global, como servicios ambientales del páramo. En este sentido, la decisión de la Corte se basó en el interés público que implica la conservación de un ecosistema estratégico que provee del recurso vital a la población, contrariando los intereses del Gobierno que en repetidas ocasiones intentó mantener las excepciones a la prohibición total. Esta decisión dejó sin piso también la Resolución 2090 de 2014 que establecía excepciones a la prohibición.

Finalmente, en el año 2017 la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-361, decidió dejar sin efectos la Resolución 2090 de 2014 que delimitó el Páramo de Santurbán, por considerar que se expidió en contravía de varios derechos fundamentales de los tutelantes -entre ellos, miembros del Comité por la Defensa del Páramo de Santurbán- y de los demás afectados con ese acto administrativo, relacionados con la participación, debido proceso, salud, y en conexidad el derecho

¹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párr. 173.

¹²⁹ *Ibidem.*, párr. 179.

al medio ambiente. En esta Sentencia, la Corte acogió el principio de prevención ambiental para proteger el ecosistema del páramo y evitar que la Resolución permitiera la realización de actividades mineras en áreas de importancia ecológica. Así mismo, la Corte señaló que los límites a establecerse por el Ministerio de Ambiente no podían ser inferiores a los de la Zona de Transición del Bosque Alto Andino aledaña al páramo¹³⁰.

Se observa entonces la tendencia del Estado a revertir la política de apertura económica de los noventa que introdujo importantes cambios normativos para la protección de la inversión extranjera, especialmente en el tema de minería, hacia una política de preservación de los recursos naturales en relación con la protección del ambiente y los derechos humanos¹³¹. A nivel interno, este tipo de decisiones, apalancadas generalmente por organismos judiciales, ha generado problemáticas respecto de la gobernanza de los recursos. Por ejemplo, en el caso de Colombia las decisiones judiciales de la Corte Constitucional se dirigen a frenar la política del Gobierno de favorecer la minería por encima del cuidado integral de los páramos. Claro está que, como se señaló, la protección ha sido reconocida como un deber del Estado, de allí que actualmente cursen iniciativas legislativas en el Congreso de Colombia respecto de la protección de los páramos¹³².

Ahora, los TBI parten de la apreciación de que los tribunales nacionales son débiles y politizados, precisamente debido al riesgo de que tomen decisiones independientes respecto de la protección del ambiente y los derechos humanos, como en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, gracias también al impulso de la sociedad civil¹³³. La tendencia dentro del constitucionalismo

¹³⁰ De acuerdo con la Corte, el ecosistema de páramo en Santurbán “se encuentra expuesto a múltiples disturbios que pueden destruirlo, por ejemplo, la agricultura, la ganadería, la minería o el calentamiento global, procesos que conducirían a la disminución del bienestar de la sociedad. Por ello, es necesario asumir herramientas que conserven esos entornos naturales: la delimitación es una muestra de esa gestión ambiental. No obstante, la protección de los ecosistemas paramunos se dificulta, en razón de la discusión que existe sobre el concepto de éste y de la fijación de sus fronteras en relación con el bosque altoandino. Ante esa situación, la administración de los páramos debe responder a la sustentabilidad de dichos nichos ecológicos y tener en cuenta la interacción con otros entornos naturales. **La inclusión dentro de los límites de páramo de la zona de transición bosque-páramo (ZTBP) es una de esas medidas**”. (Subrayas fuera de texto) CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-361 de 2017. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹³¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 41.

¹³² Proyecto de Acto Legislativo No. 022 de 2020 Senado - 458 de 2020 Cámara "Por medio del cual se reforma la Constitución política de Colombia en su artículo 79 adicionando un inciso que prohíbe expresamente el ejercicio de actividades de exploración y explotación mineras en ecosistemas de páramos-primera vuelta". Ahora, esta iniciativa no implica que la protección ya no se pueda derivar de la Constitución, esto a partir de los principios *pro homine* y *pro natura*.

¹³³ “La percepción de los órganos judiciales en América Latina como débiles por defecto y requerir su sustitución por un órgano internacional de arbitraje es una idea perimida y no da espacio para que los poderes judiciales internos cumplan con su papel de preservar el estado de derecho”. SANDS, A. 2020. ¿El régimen de los tratados de inversión

latinoamericano es precisamente la de mayor protección de los derechos humanos, más allá de la división de antaño entre “generaciones de derechos”¹³⁴. En el caso de Colombia, la normativa nacional partiendo de la Constitución, que condiciona todo el ordenamiento jurídico, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y la prevalencia del interés general¹³⁵. Teniendo en cuenta estos principios que configuran la forma del Estado, la decisión de prohibir la minería habría sido legítima, empero, la incursión de normas internacionales (principalmente de los TBI) en las controversias sobre inversiones puede afectar esa lógica¹³⁶; particularmente, a causa del desarrollo extensivo de nociones legales que son atribuidas arbitrariamente como elementos intrínsecos de los estándares de protección de los inversionistas, que pueden incluso no aparecer de manera explícita en las mismas disposiciones de los TBI.

A nivel externo entonces, las decisiones encaminadas a proteger el medio ambiente y los derechos humanos pueden resultar siendo objetadas por inversionistas extranjeros amparados en TBI ratificados por el Estado receptor, tal y como ocurrió con las demandas en contra de Colombia por la prohibición de minería. Se parte de que las controversias sobre inversiones son sometidas al arbitraje internacional y no ante la jurisdicción nacional de Colombia, los jueces son árbitros nombrados por las partes y se aplican reglas de derecho internacional, particularmente las disposiciones de los TBI¹³⁷, cuya interpretación en sede arbitral ha sido extensiva, en favor de la protección de las inversiones, y que conceden derechos como las expectativas legítimas, que trascienden lo establecido en las legislaciones nacionales. Se adelanta en este argumento, que la aplicación de la legislación nacional se encuentra a disposición del tribunal de cada caso, el cual

promueve la buena gobernanza? el caso de la minería en Santurbán, Colombia. *IISD: Un boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, número 4, tomo 11, p. 17.

¹³⁴ “(...) se hace un especial énfasis -en el constitucionalismo latinoamericano- en la consolidación de los postulados participativos, el reconocimiento de una diversidad social (pueblos indígenas, comunidades afros, etc.) y la garantía de un Estado material de derecho que brinden garantías a las culturas y comunidades que conviven en un espacio. Finalmente, se debe hacer énfasis en la necesidad de intervención del Estado en la economía para hacerles frente a las políticas neoliberales propias de la apertura descontrolada de los mercados nacionales”. SOLÓRZANO, J., 2019. La garantía de los DESCAs a través del diálogo judicial y arbitral. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, p. 144.

¹³⁵ Es necesario señalar también el artículo 79 constitucional que reúne importantes consideraciones sobre el derecho al medio ambiente sano y el deber del Estado de proteger los ecosistemas de especial importancia ecológica. BAS VILIZZIO, M., 2019. Protección de los derechos humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos? *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 7, no. 14, p. 133.

¹³⁶ SOLÓRZANO, J., 2017, *op. cit.*, p. 230.

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 233.

debe evaluar su pertinencia y adecuación de conformidad con el derecho internacional, como se señala en el citado artículo 832 del TLC Colombia – Canadá, sobre *Derecho aplicable*.

De acuerdo con este recorrido por la legislación y jurisprudencia en materia de minería en páramos, se tiene que (1) al interior del Estado colombiano se ha llevado a cabo una disputa jurídica importante, en la que los gobiernos nacionales han intentado excepcionar la prohibición total a fin de facilitar la continuidad de las operaciones mineras que ya contaran con título y licencia ambiental, entre las que se encuentran las desarrolladas por los inversionistas canadienses demandantes¹³⁸. (2) No es sino mediante órdenes judiciales, generalmente de la Corte Constitucional a través de análisis de constitucionalidad o de tutela, que la prohibición total es reiterada y fundamentada en las obligaciones del Estado colombiano, inclusive de orden internacional, derivadas de tratados internacionales y relativas a la protección y conservación del ambiente y de los derechos humanos. (3) En este debate también ha participado la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales (ONG), tanto en escenarios políticos como judiciales. (4) Empero, las reglas de juego en las controversias sobre inversiones implican la inclusión de otros principios, como los incorporados en los TBI, los cuales entran en competencia con los relativos a la protección ambiental y de los derechos humanos en la legislación interna.

2. Demandas de inversionistas canadienses en contra el Estado colombiano ante el CIADI por la prohibición de minería en el Páramo de Santurbán

2.1. Argumentos de los demandantes en las notificaciones y solicitudes de arbitraje

A partir del año 2016, las empresas canadienses *Eco Oro Minerals Corporation* (antes Greystar Resources Ltd),¹³⁹ *Galway Gold*¹⁴⁰ y *Red Eagle Exploration Limited*¹⁴¹ -en adelante los

¹³⁸ Esto es evidente en varias disposiciones incluidas en las leyes de planes nacionales de desarrollo, como la Ley 1753 de 2015, y en actos administrativos como la Resolución 2090 de 2014.

¹³⁹ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/16/41. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/41>. (consultado el 16 de febrero de 2021).

¹⁴⁰ *Galway Gold Inc. c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/18/13. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/13>. (consultado el 16 de febrero de 2021).

¹⁴¹ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, CIADI, caso No. ARB/18/12. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/12>. (consultado el 16 de febrero del 2021)

demandantes- sometieron a Colombia a procedimientos de arbitraje ante el CIADI, con base en el TLC Colombia-Canadá¹⁴², argumentando que varias acciones y omisiones del Estado colombiano respecto de la prohibición de minería en páramos y la delimitación del Páramo de Santurbán habían impedido el desarrollo de sus inversiones, consistentes en títulos de exploración y explotación minera, y por consiguiente ocasionado la pérdida de su valor y beneficios esperados¹⁴³, habiendo invertido grandes cantidades de dinero en su consecución y desarrollo¹⁴⁴. Las inversiones realizadas fueron de US\$ 462.000.000¹⁴⁵, mientras que lo reclamado por los inversionistas asciende a la suma de US\$ 1.070.000.000¹⁴⁶.

Dentro de los argumentos de los demandantes para solicitar el arbitraje del CIADI, se encuentra que:

- 1) Al momento de invertir en Colombia y a pesar de que la existencia del Páramo en las áreas de concesión era de conocimiento del Estado colombiano -pues así habría sido determinado en varios estudios del Instituto Alexander Von Humboldt desde 1998-, no había ninguna restricción para realizar allí actividades mineras¹⁴⁷. El Estado no habría visto que las actividades mineras y la existencia del páramo generarían alguna incompatibilidad que hiciera prohibida la minería, hasta 2010 cuando la Ley 1382 incluyó la prohibición, a su parecer, por primera vez¹⁴⁸.
- 2) El Estado colombiano habría asegurado que la normatividad aplicable a los contratos mineros firmados con anterioridad al Código de Minas no sería modificada, pues como ya se señaló, en su artículo 46 se estableció que el marco jurídico regulador del contrato era el vigente al momento de su ejecución, aplicable también a sus prórrogas. Para los

¹⁴² Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 820 (1) (a).

¹⁴³ *Ídem*.

¹⁴⁴ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 8, 22 y 25.

¹⁴⁵ *Galway Gold Inc. US\$ 180.000.000, Red Eagle US\$ 32.000.000 y Eco Oro US\$ 250.000.000. Galway Gold Inc. c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 8; *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 8; *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 6.

¹⁴⁶ *Red Eagle US\$ 118.000.000, Eco Oro US\$ 764.000.000; Galway Gold US\$ 196.000.000*. UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones) [en línea]: *Red Eagle Exploration Limited contra la República de Colombia*, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/874/red-eagle-v-colombia>; *Eco Oro contra Colombia*, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/756/eco-oro-v-colombia>; *Galway Gold contra Colombia*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/873/galway-gold-v-colombia> (consultados el 18 de abril del 2021).

¹⁴⁷ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 8, 27, 29.

¹⁴⁸ *Galway Gold Inc. c. Colombia*, *op. cit.*, párr.36; *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 34.

inversionistas, se trató de un compromiso expreso del Estado, de que la normatividad aplicable al contrato se iba a “congelar” y que cualquier reforma que les afectara les sería inoponible. Este compromiso habría sido incumplido posteriormente con la prohibición de la minería en diferentes normativas, así hayan incluido excepciones, pues en ellas se limitó la posibilidad de prórroga con la que contaban. Los demandantes argumentan que planearon sus inversiones de conformidad con el compromiso de Colombia de que el marco legal no se iba a modificar en su perjuicio¹⁴⁹.

- 3) Señalan que durante el desarrollo de la inversión en el territorio colombiano contaron con el apoyo público y privado del Estado, en cabeza de los diferentes Gobiernos Nacionales y a través de diferentes medios, entre ellos, la declaración de varios proyectos como de interés nacional y el otorgamiento de licencias ambientales¹⁵⁰. En la solicitud de arbitraje de Galway señala la demandante que:

Galway había decidido afrontar el obvio riesgo comercial asociado con la industria minera. El riesgo político asociado con una interferencia estatal estaba controlado por la existencia de títulos mineros sólidos, habilitaciones ambientales y la estabilización legal que garantizaba la intangibilidad de los derechos y expectativas derivadas de la legislación minera que enmarcaba y complementaba al Contrato de Concesión.¹⁵¹

- 4) En cuanto a la delimitación del Páramo después de la prohibición, señalan que la demora de las autoridades gubernamentales -principalmente del Ministerio de Ambiente- en delimitar el área de páramo hasta el 2014, les impidió conocer la afectación de la Ley 1450 de 2011 sobre sus inversiones¹⁵². En su solicitud de arbitraje, Galway Gold señaló que la decisión de limitar el Páramo ocasionó en su caso la restricción de algunos de sus derechos y expectativas legítimas derivadas de la concesión, para finalmente perderlos todos después de la Sentencia C- 035 de 2016 de la Corte Constitucional¹⁵³. Por su parte, Red Eagle señala

¹⁴⁹ Así lo refiere, por ejemplo, Eco Oro en su solicitud de arbitraje ante el CIADI: “This was a significant commitment as it ensured that any mining law adopted after the execution of a concession contract would apply only insofar as the terms of such law were more favorable to the concessionaire. This provided comfort to concessionaires that the legal framework for their concessions could not subsequently be altered to their detriment, and allowed them to plan their investments based on a stable legal framework”. *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*, párr. 20.

¹⁵⁰ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*, párrs. 9 y 18; *Galway Gold Inc. c. Colombia, op. cit.*, párrs. 14, 16 y 22 (sobre la realización de eventos “road show”); *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, op. cit.*, párr. 17.

¹⁵¹ *Galway Gold Inc. c. Colombia, op. cit.*, párr. 23.

¹⁵² *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*, párr. 37.

¹⁵³ *Galway Gold Inc. c. Colombia, op. cit.*, párr. 6.

que la delimitación fue realizada “de manera inconsistente y arbitraria, generando inestabilidad e incertidumbre”¹⁵⁴.

- 5) La decisión de la Corte Constitucional en Sentencia C-035 de 2016, en donde reiteró la prohibición total de minería en áreas de páramo, no habría dado claridad acerca de sus consecuencias respecto de la validez de los contratos mineros y si cabría o no compensación¹⁵⁵. De acuerdo con Red Eagle, la decisión de la Corte “no fue acompañada de reconocimiento económico o compensación alguna a su favor, en violación del Derecho Internacional y, particularmente, del Tratado”¹⁵⁶.

En suma, las acciones y omisiones por parte del Estado colombiano -incluyendo la función administrativa, legislativa y judicial- habrían afectado la estabilidad jurídica de que gozaban los inversionistas extranjeros, evidenciando una conducta poco transparente e incoherente del Estado, lo que llevó a que estos vieran perdidos sus derechos, el rendimiento de las inversiones y la disminución del valor de las mismas a 0, en la medida en que la actividad minera para la cual fueron adquiridos no se puede realizar conforme a las órdenes judiciales. Todo esto, contrariando conductas anteriores del Estado, entre ellas, 1) el apoyo público y privado de los gobiernos a los proyectos mineros de los inversionistas, 2) el compromiso de no modificar la normativa en su perjuicio (art. 46 Código de Minas), 3) habiendo impedido durante varios años la realización de los proyectos, para al final negarlos completamente y (4) sin haber reconocido un tipo de compensación a su favor¹⁵⁷.

2.2. Protección y riesgos de la IED en Colombia

A la hora de invertir en un país extranjero las empresas tienen en cuenta el contexto legal, político, económico y social del lugar en donde van a dirigir sus inversiones. Este análisis se concentra generalmente en una serie de criterios que determinan el riesgo al que será sometida la inversión, y abarca temas como la estabilidad jurídica, el funcionamiento del sistema de administración de justicia, los derechos de propiedad, los asuntos tributarios, la existencia de conflictos

¹⁵⁴ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, op. cit.*, párr. 7.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, párrs. 44 y 45.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, Párrs. 7 y 37.

¹⁵⁷ *Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, op. cit.*, párr. 7.

sociopolíticos, la presencia de actores armados¹⁵⁸, el sistema político, entre otros¹⁵⁹. Teniendo en cuenta algunos de estos aspectos, de acuerdo con la Encuesta Anual sobre Empresas Mineras y Exploración 2019 del Instituto Fraser¹⁶⁰, aplicada con el fin de conocer el nivel de atracción que generan los países en empresas extranjeras, basados en sus percepciones sobre el potencial minero y las políticas públicas en materia de minería¹⁶¹, Colombia ocupó el lugar 56 de 76 jurisdicciones estudiadas¹⁶². En comparación con otros años, esta es una de las ubicaciones más desfavorables para nuestro país.

Particularmente, la *estabilidad jurídica* es uno de los criterios fundamentales que valora el inversionista a la hora de realizar una inversión, pues esta le garantiza la continuidad de las reglas de juego vigentes al momento de introducir una inversión, frente al riesgo de futuros cambios, tanto en la producción como en la interpretación y aplicación de las normas¹⁶³. En el caso de las

¹⁵⁸ Además de la seguridad jurídica, la seguridad física es también considerada un criterio esencial para determinar el riesgo de las inversiones, de allí que la presencia de actores armados en el territorio pueda incidir en la intención del inversionista al representar riesgos en la infraestructura y en la producción, disminuyendo así el ingreso probable. De acuerdo con varios estudios sobre minería en el país, en Colombia coinciden los territorios con mayor cantidad de recursos mineros y los territorios en donde se concentran la mayor cantidad de acciones armadas. Para los años dos mil, de acuerdo con Betancur: “En los años 2001 y 2002 se registró el mayor número de víctimas en la historia del conflicto armado colombiano, situación que coincide con la aprobación de la Ley 685 de 2001, que se conoce como Código Minero, y la entrega masiva de títulos mineros a grandes empresas y particulares en estas regiones del país. Dichos territorios donde se produce gran cantidad de oro, han sido epicentro de graves violaciones a los derechos humanos”. BETANCUR, M.S., 2019. Minería del oro, territorio y conflicto en Colombia. Instituto Popular de Capacitación -IPC-, pp. 51 y 52.

¹⁵⁹ ANDI, 2017. Estrategia Para Una Nueva Industrialización II. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI [en línea]. p. 12. Disponible en: <http://proyectos.andi.com.co/Libro2/Paginas/assets/docs/estrategia-para-una-nueva-industrializacion-ii.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

¹⁶⁰ INSTITUTO FRASER, 2019. Fraser Institute Annual Survey of Mining Companies 2019 [en línea], p. 1. Disponible en: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/annual-survey-of-mining-companies-2019.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021). El Instituto Fraser es un centro privado de investigaciones fundado en Canadá en 1974, dedicado al estudio de las políticas económicas globales. “Anualmente, el Instituto Fraser lleva a cabo una encuesta que busca captar la percepción que tienen las compañías mineras de todo el mundo de los países y/o jurisdicciones más atractivas para invertir. A través de esta encuesta, se obtienen índices que muestran cómo la riqueza mineral y las políticas de los gobiernos afectan la decisión de las compañías mineras de invertir en nuevos proyectos de exploración. Estos índices miden principalmente los aspectos legales, tributarios, institucionales, laborales, regulaciones ambientales, la riqueza geológica, entre los más relevantes y en la encuesta más reciente se incorporó la corrupción”. SAADE HAZIN, M., 2013. Desarrollo minero y conflictos socioambientales. *Macroeconomía del Desarrollo* [en línea], vol. 137, pp. 58. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5369-desarrollo-minero-conflictos-socioambientales-casos-colombia-mexico-peru>. (consultado el 18 de abril del 2021).

¹⁶¹ Sobre las políticas públicas en materia de minería, incluyen: “uncertainty concerning the administration of current regulations, environmental regulations, regulatory duplication, the legal system and taxation regime, uncertainty concerning protected areas and disputed land claims, infrastructure, socioeconomic and community development conditions, trade barriers, political stability, labor regulations, quality of the geological database, security, and labor and skills availability”. INSTITUTO FRASER, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶² *Ibidem*, p. 15.

¹⁶³ La seguridad jurídica implica para el inversionista la posibilidad de conocer de antemano las normas que regularán el desarrollo de sus inversiones -tanto las que se relacionan con sus derechos, tales como las que se refieren al derecho

demandas en contra de Colombia, el artículo 46 del Código de Minas sería la normativa que ofrece a los inversionistas dicha garantía, siendo el primer obstáculo a la capacidad regulatoria del Estado colombiano en el tema de protección del medio ambiente y los derechos humanos.

Precisamente, los cambios en la normatividad y en las reglas de interpretación de las normas son considerados por inversionistas nacionales y extranjeros como causales de pérdida de estabilidad jurídica, pues derivan en la proliferación de trámites y requisitos confusos, contrarios entre sí, y que postergan la consecución de un permiso o aval. De acuerdo con la Encuesta Opinión Industrial Conjunta (EOIC) de la ANDI de febrero de 2017, se encontró que estos cambios provienen de varias fuentes, tanto de índole legislativo, a través de la expedición de nuevas leyes; administrativo, a través de la expedición de nuevos decretos y resoluciones; así como también de origen judicial, especialmente a través de procedimientos de revisión de tutela y juicios de constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional¹⁶⁴. Concretamente, se determinó que la mayor cantidad de cambios en las reglas de juego aplicables a los diferentes sectores de la economía corresponden al Gobierno Nacional a través de sus distintos ministerios, superando al legislador que se ubicó en segundo lugar, y a la Corte Constitucional que se ubicó en el cuarto lugar¹⁶⁵.

Focalizando las problemáticas ambientales, en el estudio se encontró que, del total de los cambios normativos, las resoluciones ambientales corresponden a un 11% y las consultas previas o populares a un 6%¹⁶⁶. En cuanto a las regulaciones ambientales, cabe señalar que estas se consideran por parte de los empresarios como el segundo cambio normativo que mayor impacto genera en las actividades económicas, después de las de carácter tributario y laboral¹⁶⁷.

Según el sector empresarial, si bien los cambios normativos deben darse como resultado de la facultad regulatoria del Estado, su implementación no debe ser abrupta, de modo que afecte el funcionamiento de la economía¹⁶⁸. Sin embargo, hablando de protección ambiental respecto de la

de propiedad, como aquellas que se refieren las posibles obligaciones a asumir en caso de invertir en uno u otro sector, tales como las normas laborales o tributarias-, así como también, que su interpretación no sea arbitraria, que no sean aplicadas de manera discriminatoria, y que su modificación sea consultada y no sorpresiva. ANDI, *op. cit.*, p. 208.

¹⁶⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁵ En esta encuesta se sondeó, entre otros asuntos, la percepción de varios empresarios nacionales y extranjeros acerca de la seguridad jurídica que generan el Estado y el ordenamiento jurídico en Colombia. *Ibidem.*, p. 210.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 211.

¹⁶⁷ De un puntaje máximo de cien por ciento (100%), los empresarios califican la incidencia de las regulaciones ambientales sobre sus actividades en un promedio de 55%, mientras que las tributarias inciden un 61,3% y las laborales un 55,1%. *Ibidem.*, p. 212.

¹⁶⁸ *Ibidem.*, p. 211.

minería, los cambios normativos deberían darse con la mayor celeridad a fin de garantizar la conservación de ecosistemas fundamentales como los páramos. Entre otras mejoras, los empresarios solicitan “decisiones judiciales predecibles y consistentes”, y una política de Estado respecto de “lo regulatorio y lo fiscal”¹⁶⁹.

La institucionalidad también se considera un pilar fundamental a la hora de determinar una inversión. La creación/modificación de dependencias tiene como finalidad crear una estructura institucional fuerte y eficiente a la hora de materializar la política minera del país, particularmente frente a problemáticas identificadas de parte del Gobierno Nacional que entorpecen su proyecto, tales como la falta de coordinación institucional y la demora en los trámites¹⁷⁰. Con todo, una institucionalidad fuerte también puede garantizar el control que las entidades hacen a las actividades mineras, en especial frente a los impactos ambientales.

Ahora bien, la Rama Judicial en su deber de administrar justicia ha tomado diferentes decisiones con efectos sobre el sector minero¹⁷¹. De modo particular, las decisiones de la Corte Constitucional han generado controversias en materia de control de constitucionalidad y tutela, pues han establecido reglas en ámbitos sensibles y en donde evidentemente se disputa el poder sobre el territorio y los recursos naturales, tales como la realización de proyectos mineros en áreas de importancia ecológica¹⁷². La estabilidad jurídica esperada por el gremio empresarial es del todo mucho más difícil de asegurar respecto de decisiones judiciales que respecto de cambios normativos de la Rama Ejecutiva, teniendo en cuenta el principio de independencia judicial.

No obstante, los demandantes no sólo acusan la Sentencia de la Corte Constitucional como la causal de violación de las obligaciones de Colombia con base en el TLC con Canadá, sino que refieren varias actuaciones del Estado, incluyendo actuaciones administrativas y legislativas. A continuación, se analizan las disposiciones del TLC Colombia-Canadá que se alegan incumplidas por el Estado y se describe el desarrollo de cada una de ellas en el Derecho Internacional de Inversiones.

¹⁶⁹ *Ibidem.*, p. 216.

¹⁷⁰ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷¹ ANDI, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 217.

2.3. Disposiciones del TLC Colombia-Canadá que se alegan vulneradas por el Estado colombiano y su desarrollo en el Derecho Internacional de Inversiones

De acuerdo con los argumentos de los demandantes, el Estado colombiano habría incumplido algunas de sus obligaciones adquiridas en virtud de la suscripción del TLC Colombia-Canadá, particularmente las establecidas en el *Capítulo 8*, sobre *Inversiones*: artículo 805 sobre el *Nivel Mínimo de Trato*, que incluye el *Trato Justo y Equitativo* (TJE) y la *Protección y Seguridad Plenas* (PSP), y el artículo 811 sobre *Expropiación*¹⁷³.

2.3.1. Cláusula de Nivel mínimo de trato

El artículo 805, relativo al Nivel Mínimo de Trato, establece que los Estados parte deben otorgar a los inversionistas extranjeros un trato conforme al estándar mínimo ofrecido a los extranjeros en el Derecho Internacional Consuetudinario. Este incluye el TJE y la PSP, pero estos no requieren de un trato adicional al requerido por el Derecho Internacional Consuetudinario, el cual sería entonces su límite¹⁷⁴. Así mismo, en una nota al pie se aclara que el Derecho Internacional Consuetudinario hace referencia a la costumbre internacional como evidencia de una práctica aceptada generalmente como Ley (práctica y *opinio iuris*). Teniendo en cuenta que en este TLC el Nivel Mínimo de trato se identifica con el TJE, se analizará este último, junto con la PSP, pues además son los invocados por los demandantes canadienses al otorgarles mayor protección.

2.3.1.1. Trato justo y equitativo

¹⁷³ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*

¹⁷⁴ Art. 805: “1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el “trato justo y equitativo”, así como “protección y seguridad plenas”². Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”. Y la nota al pie 2 indica: “Se entiende que el término “derecho internacional consuetudinario” hace referencia a la costumbre internacional como evidencia de una práctica generalmente aceptada como ley, de conformidad con el Artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*

El TJE es uno de los estándares de tratamiento de inversionistas extranjeros “virtualmente” incluido en casi todos los TBI¹⁷⁵; sin embargo, a pesar de su proliferación su redacción suele considerarse vaga, lo que ha generado en la práctica preocupación acerca de su contenido y alcance respecto de interpretaciones arbitrales amplias¹⁷⁶. En general, una acusación sobre la violación del TJE abarca el análisis de las conductas arbitrarias del Estado anfitrión en contra de los inversionistas extranjeros, que injustamente afectan sus inversiones, contrariando así: 1) el trato que estos debieron haber recibido de conformidad con el Derecho Internacional/Derecho Internacional Consuetudinario; o 2) el trato que se configura a través de los requisitos que el mismo acuerdo señala como integrantes del TJE, junto con principios intrínsecos del derecho internacional de inversiones¹⁷⁷. La determinación de uno u otro parámetro de la violación corresponde a la discusión sobre si este estándar exige o no un tratamiento adicional al mínimo otorgado a los extranjeros por el Derecho Internacional/Derecho Internacional Consuetudinario. El parámetro de la violación determina las conductas del Estado que pudieran tenerse como causales de violación del TJE.

La referencia al Derecho Internacional o Derecho Internacional Consuetudinario condiciona o limita el alcance del TJE, mientras que la ausencia de referencia lo amplía, pues permite a los tribunales crear estándares autónomos de TJE de acuerdo con cada tratado, los cuales buscan ofrecer justicia al inversionista que ha sufrido un tratamiento injusto a causa del Estado anfitrión. Lo anterior, más allá del Derecho Internacional Consuetudinario y mediante la incorporación de elementos/principios legales que suelen alegarse intrínsecos al TJE en su faceta autónoma en el derecho internacional de inversiones¹⁷⁸. En caso de no haber una referencia limitativa los tribunales tienden a identificar qué estándar de tratamiento es el que ofrece el propio TBI aplicable a la disputa -incluso con base en sus trabajos preparatorios u otros TBI firmados por el mismo Estado-¹⁷⁹, pues no habría parámetros con qué comparar las conductas de cuya violación se acusa al Estado

¹⁷⁵ SORNARAJAH, M., *op. cit.*, p. 235; KLÄGER, R., 2011. *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. New York: Cambridge University Press, p. 1.

¹⁷⁶ “La flexibilidad y vaguedad de su contenido normativo, que es continuamente redefinido de acuerdo a las circunstancias de cada caso y del tratado pertinente, hicieron del TJE un estándar que todo lo abarca y que se encuentra en permanente expansión, y la forma preferida por los paneles arbitrales para justificar una condena al Estado”. BOHOSLAVSKY, J.P. y JUSTO, J.B., 2015. Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista de la secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 3, no. 5, pp. 78. Según Sornarajah, la dificultad de establecer una expropiación indirecta, conforme a la evolución que ha tenido la redacción de dicha cláusula en los TBI modernos, ha generado que la responsabilidad del Estado se busque en un estándar poco explorado y concreto como el TJE. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 236.

¹⁷⁷ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 349.

¹⁷⁸ *Ídem*.

¹⁷⁹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 352.

anfitrión, teniendo entonces mayor libertad en la configuración del estándar de tratamiento que ofrece el TJE¹⁸⁰. Se trata de un *enfoque extensivo*, ya que la determinación del TJE varía de tratado en tratado¹⁸¹ y puede llegar a absorber todas las conductas del Estado, debido, como ya se mencionó, a la incorporación de elementos/ principios legales supuestamente constitutivos del TJE y por ende del derecho internacional de inversiones¹⁸².

Uno de los desarrollos más importantes de este estándar se ha dado en el marco del TLCAN¹⁸³, donde los Estados Parte limitaron su alcance mediante la expedición de unas *Notas Interpretativas*¹⁸⁴, en las que acordaron que el TJE exige del Estado anfitrión únicamente el nivel mínimo de trato otorgado a los inversionistas extranjeros por el Derecho Internacional Consuetudinario¹⁸⁵. Es decir, este acuerdo adopta un *enfoque restrictivo*, que limita que los tribunales puedan analizar todas las actuaciones del Estado y que cualquiera pueda implicar una violación del TJE, incluyendo sólo las que son contrarias al tratamiento otorgado por la costumbre internacional. Cabe mencionar que la alusión al Derecho Internacional Consuetudinario no es del todo aclaratoria, pero ha limitado en la práctica la interpretación extensiva del TJE que varios

¹⁸⁰ De acuerdo con Sornarajah, el enfoque extensivo del TJE ha sido promovido por el Banco Mundial, mientras que el origen del enfoque “restrictivo” se suele atribuir a la Convención de la OCDE de 1967. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 333.

¹⁸¹ Un análisis del presunto incumplimiento del TJE debe realizarse caso por caso, de manera específica, atendiendo a los hechos y circunstancias que rodean el mismo, de allí que otros casos puedan tenerse como mera referencia. Adicionalmente, la dificultad para determinar un contenido específico del TJE ha permitido que en el análisis de su vulneración se involucren perspectivas subjetivas que hacen que el estándar en vez de considerarse universalmente se aplique dependiendo de cada caso, es decir, convirtiéndose en un estándar móvil, de allí que su aplicación pueda variar en la práctica, haciendo poco previsible la actividad arbitral. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 350

¹⁸² De acuerdo con el Tribunal del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, sobre la determinación del alcance del TJE han surgido dos corrientes: la que se dirige a establecer su contenido en virtud del tratado, y la que se dirige a su búsqueda en la costumbre internacional. En el primer caso, señala que un tribunal que adopte dicha tarea cuenta con el lenguaje del tratado y las reglas de interpretación aplicables; mientras que, en el segundo, la tarea de identificar la costumbre internacional implica el estudio no sólo de cuestiones de derecho sino de cuestiones de hecho, pues es en la práctica de los estados donde se fundamenta la costumbre internacional. *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, CIADI (reglas UNCITRAL), Laudo (8 de junio de 2009), párr. 20. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>. (consultado el 16 de abril del 2021).

¹⁸³ Según Sornarajah, en el TLCAN es donde por primera vez se analiza esta cláusula, pues anteriormente, a pesar de incluirse en varios tratados, no había sido objeto de reclamaciones. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 333. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Washington (EE. UU), 17 de diciembre de 1992, entrado en vigencia el 1 de enero de 1994.

¹⁸⁴ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001.

¹⁸⁵ Según Sornarajah, en principio los tribunales del TLCAN adoptaron un enfoque extensivo; por ejemplo, en el caso *Metalclad c. México* el Tribunal determinó que la no disponibilidad de leyes, reglamentos o resoluciones administrativas de manera pronta al inversionista ocasionaban la falta de transparencia en las reglas aplicables a la inversión, y por lo tanto configuraban una violación del TJE. Según este autor, no fue sino hasta cuando el TJE fue invocado en contra de los cambios normativos de Estados Unidos y Canadá como violaciones del TJE, que se limitó dicha disposición a través de las Notas Interpretativas. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 334.

tribunales le pretendían dar¹⁸⁶. En sede arbitral, esta limitación ha derivado en que algunos tribunales adjudiquen al inversionista demandante el deber de probar la violación de una regla de la costumbre internacional, junto con los fundamentos de su existencia (práctica y *opinio iuris*)¹⁸⁷.

Para el presente escrito, se considera oportuno analizar lo señalado por los tribunales conformados en el marco del TLCAN, teniendo en cuenta que el artículo 805 del TLC Colombia-Canadá es similar al contenido en el artículo 1105 del Capítulo 11 de dicho tratado¹⁸⁸, junto con sus Notas Interpretativas¹⁸⁹, en lo que respecta a que el concepto de Trato Justo y Equitativo no requiere de un tratamiento adicional o superior al exigido por el estándar mínimo de trato de los extranjeros del Derecho Internacional Consuetudinario, y porque este se califica también respecto de la costumbre internacional “como evidencia de una práctica generalmente aceptada como ley, de conformidad con el Artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”¹⁹⁰. Así mismo, porque Canadá – el Estado de origen de los demandantes- junto con Estados Unidos, son considerados por la doctrina como promotores de una visión extensiva del TJE, y de su posterior limitación cuando en la práctica arbitral fue invocado en su contra¹⁹¹. Se tiene entonces que el TJE en el TLC Colombia-Canadá corresponde a un estándar que se identifica con el tratamiento mínimo que se debe otorgar a los extranjeros de acuerdo con el Derecho Internacional Consuetudinario y que no va más allá de este, es decir, funciona como un techo¹⁹².

¹⁸⁶ *Ídem*.

¹⁸⁷ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 602.

¹⁸⁸ Artículo 1105, Nivel mínimo de trato: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Washington, (EE. UU), 17 de diciembre de 1992 (entrado en vigencia el 1 de enero de 1994).

¹⁸⁹ “B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional: 1. El artículo 1105 (1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. 2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. 3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1)”. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, “Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11”. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001.

¹⁹⁰ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 805 (1), nota al pie (2).

¹⁹¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 356 y 357. Incluso, según Sornarajah, es en el marco del TLCAN que se han abordado importantes debates acerca de medidas tomadas por los Estados parte en virtud de preocupaciones ambientales, como en los casos de *Methanex c. Estados Unidos* y *S.D. Myers c. Canadá*. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹² De acuerdo con Sornarajah “As the NAFTA states did, other states are also bound to react. Such reaction is evidenced by, for example, the omission of the fair and equitable standard from some treaties or the adoption of the NAFTA formula of tying it to the customary standard”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 357.

En el caso del TLCAN, los Estados parte están de acuerdo en que los requisitos del TJE -en principio- son los exigidos en el caso *Neer*¹⁹³. De acuerdo con el Tribunal del caso *Neer*, citado en incontables laudos arbitrales -incluso fuera del TLCAN- como un caso hito para la determinación de los deberes del Estado en favor de personas extranjeras en el derecho internacional consuetudinario, para que el trato otorgado a un extranjero se constituya en un injusto internacional, debe ser igual a un ultraje, mala fe, negligencia de las obligaciones, insuficiencia de las acciones gubernamentales, incompatibles con las normas internacionales reconocibles para una persona imparcial y razonable¹⁹⁴. En el caso *Waste Management Inc. c. México (II)*, el Tribunal señaló que el TJE contempla las obligaciones del Estado anfitrión de evitar medidas irrazonables, discriminatorias o arbitrarias en contra de inversionistas extranjeros, en virtud de los principios de buena fe, debido proceso y no denegación de justicia. El Estado anfitrión vulneraría el TJE como consecuencia de una actuación o conducta arbitraria, groseramente injusta, discriminatoria, como una falla manifiesta al debido proceso o una falta total de transparencia en un proceso administrativo¹⁹⁵.

Sin embargo, los Estados parte del TLCAN no están de acuerdo en cómo dicho estándar ha evolucionado con el tiempo y qué criterios lo componen actualmente. Los inversionistas

¹⁹³ *Glamis Gold c. Estados Unidos, op. cit.*, párr. 612. También señala el tribunal que, “It appears to this Tribunal that the NAFTA State Parties agree that, at a minimum, the fair and equitable treatment standard is that as articulated in *Neer*”. En el caso del TLCAN, de acuerdo con el tribunal citado anteriormente, los Estados parte están de acuerdo en que el trato justo y equitativo equivale al estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional del caso *Neer* -como una codificación del estándar en el artículo 1105 (1) del TLCAN-. En el caso en que los tratados señalen que el TJE no corresponde al trato mínimo del derecho internacional consuetudinario, entonces el estándar puede ser más amplio. *Glamis Gold c. Estados Unidos, op. cit.*, párr. 606.

¹⁹⁴ *LFH Neer & Pauline Neer c. Estados Unidos Mexicanos*, Comisión de Reclamos EE.UU.-México, Decisión del 15 de octubre de 1926. Disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf (consultado el 18 de abril del 2021). En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, el Tribunal consideró lo establecido en caso *Neer* y llegó a la conclusión de que: “a violation of the customary international law minimum standard of treatment, as codified in Article 1105 of the NAFTA, requires an act that is sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105. Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards,” or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations”. *Glamis Gold c. Estados Unidos, op. cit.*, párr. 627. En el caso *S.D. Myers Inc. c. Canadá* el Tribunal señaló que una violación del TJE se configura cuando las conductas acusadas del Estado anfitrión son de tal magnitud que resultan inaceptables desde una perspectiva internacional, en cuya determinación se debe tener en cuenta la deferencia que le concede el Derecho Internacional a los Estados de regular materias dentro de sus fronteras. *S.D. Myers Inc. c. Canadá*. CNUDMI (NAFTA), Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000), párr. 263.

¹⁹⁵ *Waste Management Inc. c. México (II)*, CIADI, caso No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril del 2004), párr. 98. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf (consultado el 18 de abril del 2021).

demandantes en procesos de arbitraje suelen señalar que el caso *Neer* no es aplicable a la protección de inversiones y que los criterios allí establecidos han evolucionado desde 1920¹⁹⁶. En el caso *Pope and Talbot c. Canadá*, el Tribunal señaló que de conformidad con el Derecho Internacional Consuetudinario el TJE no podía tomarse como un estándar estático, igual al establecido en el caso *Neer*; de allí que no sea necesario que la conducta deba ser atroz escandalosa o impactante¹⁹⁷. Como ya se señaló, esta posición ha sido limitada por otros tribunales, como el del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, que señaló que, si los requisitos del caso *Neer* han evolucionado, es deber de quien alega su evolución demostrar cómo esto ha ocurrido en la costumbre internacional¹⁹⁸.

No obstante, más allá de estas discusiones, el TJE ha sido desarrollado en sede arbitral con la resistencia de los Estados a una interpretación extensiva, a través de la incorporación de criterios que determinan su violación, con el argumento de que estos corresponden a principios tan fundamentales que son reconocidos en todo el mundo como normas del Derecho Internacional Consuetudinario¹⁹⁹. Así, en la práctica, el TJE se ha entendido vulnerado cuando la actuación del Estado anfitrión corresponde a una violación (grave) de los derechos procesales, denegación de justicia²⁰⁰, falta de buena fe, falta de transparencia (consistencia, coherencia y previsibilidad) y violación de expectativas legítimas del inversionista²⁰¹.

¹⁹⁶ La evolución puede determinarse desde dos perspectivas según el tribunal de *Glamis c. Estados Unidos*, esto es, desde la evolución del propio estándar y sus fundamentos, o la evolución frente a lo que es considerado como indignante de acuerdo a la época. *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, *op. cit.*, párr. 602.

¹⁹⁷ *Pope and Talbot c. Canadá*. CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre méritos- Fase II (10 de abril del 2001), párr. 118. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

¹⁹⁸ *Glamis Gold c. Estados Unidos*. Este tribunal señaló que es deber de quien alega su evolución, en este caso el demandante, determinar a través de elementos materiales probatorios adecuados cómo se dio dicha evolución, si es que la ha habido. Al no haberlo hecho, el tribunal señaló que el caso *Neer* se encuentra aún vigente, razón por la que para que se entienda vulnerado el TJE en el TLCAN se requiere que se trate de un acto suficientemente atroz o grosero, por debajo de los estándares internacionales aceptables, que pueden implicar la denegación grave de justicia, una arbitrariedad manifiesta, con ausencia total del debido proceso, evidentemente discriminatoria o una manifiesta falta de motivos; o la creación de expectativas para inducir al inversionista a la inversión y el posterior repudio de esas expectativas. *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 627.

¹⁹⁹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 356. *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párrs. 545, 546, 551 y 563.

²⁰⁰ “(...) ese estándar consuetudinario expresa un umbral elevado para considerar a la conducta gubernamental como ilícita, por lo que su violación sólo comprende las conductas más graves y ultrajantes; de ahí su condición de mínimo”. Pero posteriormente, “la aplicación del TJE ha ido alejándose paulatinamente de esos mínimos internacionales para incluir aspectos de gobernanza, como la transparencia, previsibilidad o la coherencia”. BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 77.

²⁰¹ *Ibidem.*, p. 340. *Técnicas Medioambientales Tecmed c. México*, CIADI, caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párr. 154. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf (consultado el 18 de abril del 2021).

Los criterios de no denegación de justicia en procesos criminales, civiles, y administrativos, de conformidad con el debido proceso, corresponden con el TJE proyectado en el modelo de TBI de Estados Unidos de 2004, resultado de la experiencia en controversias sobre inversiones de este Estado en el marco del TLCAN²⁰². Por su parte, los criterios de transparencia y expectativas legítimas, que corresponden a una expansión del TJE -más allá del caso Neer-²⁰³, generalmente están relacionados con la obligación de mantener un entorno jurídico y de negocios estable²⁰⁴ y la cancelación de licencias administrativas²⁰⁵. Actualmente, la falta de buena fe no se considera requisito para que se configure la violación del TJE²⁰⁶.

Tradicionalmente, el TJE generaba obligaciones negativas a cargo del Estado receptor, particularmente de no tratar de manera injusta al inversionista, empero recientes interpretaciones han trascendido a deberes positivos. Para los inversionistas, el TJE genera actualmente al Estado receptor las obligaciones de: 1) proteger las expectativas legítimas mediante el establecimiento de un marco legal transparente y predecible, y 2) proveer protección a los inversionistas de medidas arbitrarias y discriminatorias e injustas desde una perspectiva internacional²⁰⁷.

Teniendo en cuenta que el TJE suele utilizarse para analizar medidas regulatorias del Estado anfitrión, en los escenarios arbitrales los árbitros deben definir el límite entre lo que legítimamente espera el inversionista y la capacidad regulatoria del Estado²⁰⁸. El parámetro de lo injusto es aquello que causa controversia, pues una u otra decisión definiría el grueso de actuaciones del Estado que

²⁰² SCHREUER, C., 2010. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no. 2, p. 20.

²⁰³ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 204. *Waste Management c. México (II)*, *op. cit.*, párr. 93.

²⁰⁴ MILES, *op. cit.*, p. 82. Así, si bien se ha señalado que los tribunales arbitrales no tienen la facultad para revisar la validez de regulaciones del Estado anfitrión, en el análisis de una presunta violación del TJE, sí han sido invocados varios conceptos del derecho interno de los estados para analizar una conducta.

²⁰⁵ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 341.

²⁰⁶ Para que se configure una violación del TJE no es necesario que se presente mala fe o la voluntad o intención del Estado de actuar en contra de los intereses de los inversionistas protegidos a la luz de un TBI o TLC. El caso hito en esta interpretación es *Occidental (I) c. Ecuador*, en cuyo laudo el tribunal señaló que: “is an objective requirement that does not depend on whether the Respondent has proceeded in good faith or not”. *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador (I)*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo (1 de julio del 2004), párr. 186. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021). Una interpretación en el sentido de que la mala fe no es requerida puede relativizar el hecho de que una decisión se tome en virtud de un interés público.

²⁰⁷ “Claimant contends that the fair and equitable treatment standard includes interrelated and dynamic obligations providing for, among other duties, protection against arbitrariness and discrimination, protection of legitimate investment-backed expectations, and a requirement of a transparent and predictable legal and business framework”. *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 542.

²⁰⁸ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 561.

podiesen llegar a configurar una violación de dicho estándar. Para García Matamoros, el TJE es una cláusula que termina interfiriendo en la capacidad regulatoria del Estado, “toda vez que la ambigüedad del lenguaje con el que se suele consagrar conduce a interpretaciones volubles, al punto de enmarcar cualquier actuación del Estado en una presunta violación al trato justo y equitativo”²⁰⁹.

Interpretaciones arbitrales amplias provocan que varias conductas del Estado que no se consideran violaciones al estándar mínimo de tratamiento de extranjeros ahora se consideren violatorias del TJE, “ampliando de ese modo las salvaguardas a favor de los inversores, pero reduciendo también el margen de maniobra de los Estados”²¹⁰.

La fuente normativa de estos criterios se encuentra en debate, pues aunque varios tribunales hayan integrado principios al TJE, estos no tienen la capacidad o autoridad para crear precedentes, ni pueden expandir la protección pactada por las partes de un TBI²¹¹. Tampoco la red de TBI existentes conforma un sistema internacional de protección de inversiones que permita trasplantar criterios no establecidos de un TBI a otro. Cabe señalar que, estos criterios no suelen estar redactados expresamente en los TBI o en los capítulos de inversiones de los TLC, de modo que, es deber de los inversionistas evidenciar qué norma del Derecho Internacional Consuetudinario es violada, así como también demostrar su existencia (práctica y *opinio iuris*)²¹².

La tendencia actual, con el fin de limitar el alcance del TJE, es que los TBI definan específicamente qué criterios incluye dicho estándar a fin de generar previsibilidad en la actuación de los estados y reducir el margen de apreciación de los tribunales arbitrales²¹³. Sin embargo, en el caso de Colombia, si bien el TLC con Canadá acoge la postura de los estados del TLCAN para limitar el alcance del TJE, la redacción sigue siendo amplia y favorece el activismo arbitral, por ejemplo, el

²⁰⁹ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 93.

²¹⁰ BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 77.

²¹¹ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 544.

²¹² *Ibidem.*, párr. 553.

²¹³ NOWROT, K., 2014. How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law? *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, no. 3-4, p. 623. Así se evidencia en el Modelo de TBI de Colombia de 2017, el cual busca establecer criterios para impedir el abuso del mecanismo de solución de controversias y reducir la ambivalencia en las interpretaciones arbitrales, haciendo más claros los estándares de trato y equilibrando los intereses económicos con intereses no económicos, como el logro del desarrollo sostenible, mediante la preservación de la facultad regulatoria del Estado (como receptor), para “regular asuntos de interés público y proteger objetivos legítimos (c. g., salud, orden público, derechos laborales, medio ambiente)”. GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 111.

numeral 2 del artículo 805 sobre el TJE, apenas señala que este incluye, entre otras obligaciones no especificadas, la de “no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso”.²¹⁴

Respecto de las demandas de Colombia, según los demandantes, la presunta vulneración del debido proceso se sustenta en que la decisión de la Corte Constitucional de prohibir la minería no consideró los efectos de la prohibición sobre sus derechos mineros, ya adquiridos y protegidos por el TLC suscrito entre Colombia y Canadá, siendo así que la sentencia C-035 de 2016 no incluye en sus apartes mención alguna sobre el tema. En estos casos, la decisión acusada corresponde a un tribunal nacional, el cual en sus sentencias de constitucionalidad no debe pronunciarse respecto del efecto de las mismas en negocios o actividades económicas específicas, y tampoco el proceso de control de constitucionalidad cuenta con partes en conflicto, sino acusaciones sobre la falta de adecuación de una norma inferior a la Constitución Política, como norma superior dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y frente a lo cual terceros pueden participar más no ser partes y tampoco pueden no impugnar la sentencia.

El TLC no es aclaratorio puesto que, como ya se señaló, además de no incluir un listado sobre las obligaciones específicas que constituye el TJE, señala que entre estas está la de no denegar justicia en procesos administrativos, civiles o penales, más no respecto de procesos ante la jurisdicción constitucional. Con todo, la obligación establecida expresamente en el TJE es la de no denegar justicia de conformidad con el debido proceso, cuya obligación debe ser cumplida por Colombia, independientemente de las normas de derecho interno, como lo señala el artículo 27 de la Convención de Viena, numeral 1, según el cual “un Estado Parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”. Así mismo, el artículo 26 sobre el principio de “pacta sunt servanda”, según el cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

También, son acusadas actuaciones de entidades del Ejecutivo, como el Ministerio de Ambiente que demoró alrededor de 4 años para delimitar el páramo de Santurbán mediante la Resolución

²¹⁴ “La obligación en el párrafo 1 de otorgar “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso”. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 805 (2). El modelo de TBI de Colombia que habría incidido en las negociaciones de Colombia con Canadá para la elaboración del capítulo de inversiones del TLC sería el de 2008.

2090 de 2014, cuya delimitación se está realizando nuevamente por orden de la Corte Constitucional en la Sentencia T-361 de 2017. Por parte de la Agencia Nacional de Minería, en esta recaería el deber de ejecutar la decisión de la Corte, sin embargo, para la realización de este escrito se desconocen dichas actuaciones administrativas, y si los inversionistas acudieron a la jurisdicción -contencioso administrativa- colombiana para debatir los efectos de la prohibición en sede administrativa. Con todo, sin la delimitación final del páramo la Agencia no tendría cómo definir la situación de los derechos de los inversionistas, lo que agrava las posibilidades para la defensa de Colombia, respecto de la falta de transparencia y previsibilidad del marco jurídico, también en relación con sus expectativas legítimas.

A continuación, se va a profundizar en las expectativas legítimas y la falta de transparencia como elementos/principios acusados como vulnerados por el Estado colombiano, en el marco del TJE establecido en el TLC Colombia- Canadá.

2.3.1.1.1. Expectativas legítimas

Las expectativas legítimas han sido el centro de atención en el análisis de una presunta violación del TJE en varias controversias de arbitraje, como resultado de una valoración extensiva del mismo, pues su redacción no suele estar incorporada en los TBI²¹⁵; al menos no en el estándar de TJE sino en el de expropiación indirecta, como en el TLC Colombia-Canadá²¹⁶; o en el preámbulo, en el caso del TLCAN. De todas formas, ha sido argumentado como elemento inescindible del TJE y una expresión de la buena fe como principio del Derecho Internacional, utilizado en diferentes laudos²¹⁷.

²¹⁵ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 349. En el caso de *International Thunderbird c. México* el Tribunal señaló que el análisis de una presunta violación del TJE debe centrarse en las expectativas legítimas de los inversionistas, las cuales se crean cuando el Estado actúa de una manera consistente, de modo que el inversionista puede confiar en dicho comportamiento del Estado. *International Thunderbird c. México*, CNUDMI (NAFTA), Laudo (26 de enero del 2006) párr. 147. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

²¹⁶ El Anexo del Artículo 811, sobre Expropiación Indirecta, señala que una de las consideraciones para determinar si una medida tomada por el estado anfitrión constituye una expropiación Indirecta es “(i) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión”. Más abajo se va a señalar la diferencia entre la expropiación indirecta y la expropiación regulatoria. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, Anexo 811.

²¹⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed c. México*, *op. cit.*, párrs. 153 y 154; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, caso No. ARB/01/8, Laudo, párr. 274. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

Las expectativas legítimas se han considerado generadas cuando, con el fin de atraer la inversión, el Estado anfitrión realiza promesas a los inversionistas en contratos, leyes, documentos extracontractuales y hasta en comunicaciones verbales o escritas de altos funcionarios²¹⁸, las cuales son posteriormente contradichas. En este sentido, el Estado debe respetar las expectativas legítimas del inversionista a la hora de intervenir en su territorio, por ejemplo, a través de un marco jurídico y de negocios estable y predecible, que indique claramente las obligaciones a cargo del inversionista para el desarrollo de sus actividades económicas²¹⁹.

Para Sornarajah, las expectativas legítimas como criterio del TJE corresponden a un desarrollo eminentemente arbitral²²⁰, que establece que es deber del Estado anfitrión mantener las condiciones legales y comerciales estables, de modo que el inversionista extranjero pueda obtener beneficios durante todo el desarrollo de la inversión; estabilidad que se extiende más allá de los derechos contractuales²²¹. Para este autor, el TJE desde la perspectiva de las expectativas legítimas funge como un limitante a la facultad regulatoria de los estados, particularmente en asuntos sobre medio ambiente, ocasionando que potencialmente cada cambio normativo o político implique el pago de importantes indemnizaciones por daños y perjuicios²²². Como limitante, algunos tribunales han señalado que las expectativas para que sean legítimas deben ser razonables y deben surgir de un acto inequívoco del Estado encaminado a crearlas, o ser expresadas en un compromiso contractual específico entre el Estado y el inversionista²²³.

El debate en las demandas en contra de Colombia podría centrarse en la generación de expectativas legítimas, particularmente en virtud del ordenamiento jurídico vigente al momento de la inversión, incluyendo el señalado artículo 46 del Código de Minas. Las empresas demandantes afirman haber planeado sus inversiones de conformidad con el artículo 46 del Código de Minas, pues asumieron que el entorno jurídico de los contratos mineros no se iba a modificar; que confiaron en que el

²¹⁸ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 354.

²¹⁹ *Glamis Gold c. Estados Unidos*, *op. cit.*, párr. 570.

²²⁰“The development in this line of cases is that there could be liability for breach of the fair and equitable standard in circumstances where the assurances made to the foreign investor both in the contract as well as in non-contractual documents, in the law of the host state and even possibly verbal communications of high officials of the state that give rise to legitimate expectations in the foreign investor. The course overdevelopment of this notion requires analysis, as it seems clearly to be an extension that has been made through arbitral jurisprudence”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 354. Señala además que se extrajo de los sistemas jurídicos nacionales, generando derechos sustanciales y no procesales como lo hacía en los Estados.

²²¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 355.

²²² *Ídem*.

²²³ SORNARAJAH, *op. cit.*, 204.

otorgamiento de permisos, entre ellos ambientales, les aseguraba que podrían desarrollar las actividades mineras; y que, además, contaron con el apoyo público del Estado a través de reconocimientos, comunicaciones mediante correos electrónicos, entre otros²²⁴.

Con todo, el Código de Minas, aplicable a la inversión extranjera, no sólo incluía disposiciones favorables al ingreso de capital extranjero, sino que además incorporó al tiempo consideraciones ambientales y de derechos humanos bastante específicas sobre la protección de ecosistemas naturales, las cuales debieron ser observadas por los inversionistas. Así mismo, el debate sobre la protección de los páramos y la prohibición de minería se remonta al 2002, con un interés notable del Estado de proteger las inversiones ya establecidas. Estos aspectos debieron y deben servir de limitantes a las expectativas que los inversionistas tenían respecto de la realización de actividades mineras en áreas de páramo.

A nivel doctrinal, se considera que una obligación como la de mantener un marco jurídico y comercial estable para el inversionista no implica que las normas no vayan a poder ser modificadas *ad infinitum*²²⁵, pues esto vendría a chocar con un principio del Derecho Internacional según el cual los Estados tienen soberanía sobre los recursos naturales presentes en su territorio y el deber de los inversionistas extranjeros de acatar las normas del Estado anfitrión²²⁶.

2.3.1.1.2. Falta de transparencia

La falta de transparencia ha sido utilizada para alegar la inconsistencia o falta de predictibilidad en las leyes, normativas o políticas del Estado anfitrión, o la falta de transparencia en los procesos y medidas administrativas²²⁷. De acuerdo con Kläger, la obligación de transparencia exige que el marco legal y los procedimientos sean evidentes, claros y estén disponibles para el inversionista, con el fin de que este pueda conocer a qué reglamentos y decisiones debe ajustar su actividad²²⁸. La transparencia vendría a incluir la disponibilidad, publicidad y hasta la notificación de

²²⁴ *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*, párr. 20.

²²⁵ MILES, *op. cit.*, p. 169.

²²⁶ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 193.

²²⁷ *Ibidem.*, p. 350.

²²⁸ KLÄGER, *op. cit.*, pp. 118 y 228. *Técnicas Medioambientales Tecmed c. México, op. cit.*, párrs. 154 y 155.

información relevante para el inversionista²²⁹. En el caso de las demandas en contra de Colombia, los inversionistas canadienses aseguran que las actuaciones del Estado respecto de los cambios normativos sobre la prohibición de minería, y la posterior demora en la delimitación del páramo, les impidieron conocer el futuro de sus inversiones²³⁰, y contrarían el apoyo recibido por parte de los diferentes gobiernos nacionales.

El problema de la transparencia como criterio del TJE es que en la mayoría de redacciones de dicho estándar no se encuentra la obligación de transparencia, aunque algunos autores defienden que existe un deber de transparencia intrínseco en el TJE o como regla del Derecho Internacional²³¹. Con todo, la transparencia ha sido utilizada también para analizar otros criterios del TJE como las expectativas legítimas, sobre comunicaciones claras del Estado para no crear falsas expectativas; y el debido proceso, referente al deber de que las decisiones administrativas se encuentren motivadas en razones adecuadas²³². Lo anterior, debido a que no puede considerarse como un criterio independiente de tal peso que determine la violación del TJE²³³.

Particularmente, como limitación a este criterio se ha tenido que los inversionistas tienen el deber de compilar la información fáctica y legal relativa a sus inversiones, -o deber de diligencia-²³⁴. Adicionalmente, no toda información debe ser revelada por el Estado, sino aquella que implica un conocimiento superior, y tampoco la que es de fácil acceso²³⁵.

En conclusión, 1) la vaguedad en la estipulación del TJE ha servido de fundamento a interpretaciones expansivas por parte de tribunales arbitrales; 2) del lado del TLCAN, los Estados parte han intentado limitar su alcance mediante la referencia al derecho internacional consuetudinario, lo que ha sido calcado en el TLC Colombia - Canadá. 3) Sin embargo, desde una perspectiva expansiva, al TJE se le han venido incorporando variadas y extensas obligaciones a cargo del Estado anfitrión, entre ellas, las de actuar con transparencia, coherencia, de manera

²²⁹ KLÄGER, *op. cit.*, p. 229.

²³⁰ *Red Eagle Exploration c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 7.

²³¹ KLÄGER, *op. cit.*, p. 230. Ver el caso *Metalclad c. México*, CIADI, caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 200), párr. 88. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

²³² KLÄGER, *op. cit.*, p. 231. *Técnicas Medioambientales Tecmed c. México*, *op. cit.*, párr.

²³³ *Feldman c. México*, CIADI, caso No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002), párr. 133. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

²³⁴ KLÄGER, *op. cit.*, p. 342.

²³⁵ *Ídem*.

previsible y en cumplimiento de las expectativas legítimas de los inversionistas²³⁶, garantizando la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y del ambiente de negocios²³⁷; 4) esto incluye, además, no sólo actuaciones administrativas sino legislativas y judiciales, pues al final todas pueden llegar a relacionarse con dichos deberes, de modo que todas las actuaciones del Estado puedan ser analizadas y configuren una violación del TJE, lo que limita la capacidad del Estado para regular las inversiones en favor del interés de proteger el medio ambiente y los derechos humanos. 5) En el caso de Santurbán, los demandantes aseguran que el artículo 46 del Código de Minas sustenta los deberes del tratado respecto del TJE, como la falta de transparencia y la contradicción de sus expectativas legítimas, lo que incluye las dilaciones o retrasos en la delimitación del páramo, que demoró alrededor de 4 años. Finalmente, 6) la ausencia de la buena fe en la consideración de una vulneración del TJE relativiza el interés público que llevó al Estado a tomar una determinada decisión, lo que se puede evidenciar en el caso de Colombia.

2.3.2. Protección y seguridad plenas

Como se indicó con anterioridad, el estándar de Protección y Seguridad Plenas está incluido dentro del artículo 805 del TLC Colombia-Canadá, titulado “Nivel Mínimo de Trato”, de manera conjunta con el TJE, y no requiere de un trato mayor al otorgado en el Derecho Internacional Consuetudinario; la referencia a este último se corresponde con la costumbre internacional, referida a una práctica reiterada generalmente aceptada como Ley²³⁸. De acuerdo con Sornarajah, esta cláusula, cuyos cimientos se encuentran en el Derecho Internacional Consuetudinario, exige del Estado anfitrión la protección física de las inversiones (instalaciones, empleados)²³⁹, contra actos

²³⁶ *Murphy Exploration & Production Company International c. Ecuador*, CPA, caso No. 2012-16 (AA 434), Laudo final parcial (6 de mayo de 2016), p. 206. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8234.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021).

²³⁷ “it ensures the stability and predictability of the legal and business framework in the State party subject to any qualifications otherwise established by the treaty and under international law”. *Ídem*.

²³⁸ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 805.

²³⁹ “The treatment provision also includes the provision of ‘full protection and security’ to the foreign investment. It has been held in arbitral awards that this again adverts to customary law standards which require either that the state’s forces should not be utilised to harm the foreign investor’s property or that the state should give protection from violence against the interests of the foreign investor if such violence could be reasonably anticipated”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 205. Para Kläger, el origen se remonta a la política exterior de Estados Unidos. KLÄGER, *op. cit.*, p. 292.

que pueden provenir de particulares, así como de órganos del Estado, incluyendo las fuerzas militares²⁴⁰. Con todo, este estándar no es absoluto y no crea responsabilidad directa al Estado anfitrión, exigiéndole en ese sentido el deber de diligencia que depende de sus propias capacidades, como quedó establecido en los casos de *Saluka c. La República Checa*, *AWG c. Argentina*²⁴¹.

Sin embargo, recientes laudos arbitrales han acogido una perspectiva amplia del estándar de PSP, según la cual, esta incorpora dentro sus elementos la estabilidad jurídica y económica de la inversión²⁴². Al respecto, el Tribunal de *Azurix c. Argentina* señaló que la PSP va más allá de la protección física, incluyendo la obligación del Estado de mantener un cierto nivel de estabilidad y un ambiente seguro de inversión²⁴³. En consecuencia, una injerencia en la estabilidad jurídica o económica de la inversión implicaría la violación del deber de protección y seguridad plenas, bajo el entendido de que ciertas inversiones no necesariamente se materializan en objetos físicos, tal como las acciones²⁴⁴. La violación de la cláusula de PSP se configuraría cuando la estabilidad de la inversión es destruida y su valor se reduce, a pesar de que la inversión físicamente se encuentre intacta, incluso si no hay intención del Estado²⁴⁵.

Recientemente en *Gold Reserve c. Venezuela*, el Tribunal desestimó la invocación de esta cláusula por cuanto en el caso no se encontraron hechos que afectaran la seguridad física de la inversión -

²⁴⁰ SCHREUER, *op. cit.*, p. 1.

²⁴¹ *Saluka Investments c. República Checa*, UNCITRAL, Laudo parcial (17 de marzo del 2016), p. 484. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021). “ (...) the failure to provide protection to an alien who is threatened with violence creates responsibility in the host state”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 359.

²⁴² SCHREUER, *op. cit.*, p. 6.

²⁴³ KLÄGER, *op. cit.*, p. 293. “ (...) when the terms “protection and security” are qualified by “full” and no other adjective or explanation, they extend, in their ordinary meaning, the content of this standard beyond physical security”. *Azurix Corp. c. Argentina*, CIADI, caso No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio del 2006), párr. 408. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021).

²⁴⁴ KLÄGER, *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁵ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 360.

daños físicos²⁴⁶. Una limitación clara en este sentido se encuentra en el Modelo de TBI de Estados Unidos de 2004, el cual añade que la PSP requiere protección policial²⁴⁷.

Claramente, en el caso de las demandas contra Colombia los inversionistas canadienses se enfocan en la interpretación ampliada. Sin embargo, según Sornarajah, esta visión extensiva no tendría origen en los tratados ni en la costumbre internacional, sino en la interpretación de los tribunales de arbitraje, causando confusión respecto al ambiente de inversiones que se ha invocado en el TJE²⁴⁸, pues duplica la protección de los inversionistas. En este escrito no se profundizará respecto de este estándar, pues una visión extensiva de la cláusula de PSP resulta en un TJE, el cual ya fue analizado.

2.3.3. Cláusula de Expropiación

En su artículo 811, el TLC Colombia-Canadá señala que ninguna Parte puede expropiar o nacionalizar una inversión cubierta bajo el tratado, de manera directa o indirecta. En el primer caso, a través de medidas expropiatorias así consideradas por el derecho internacional; y en el segundo, a través de medidas que en la práctica tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización de las inversiones. Como excepción, se tiene que dichas medidas pueden ser tomadas por: (a) razones de utilidad pública, (b) de manera no discriminatoria, (c) mediante una

²⁴⁶ “The Tribunal finds that Claimant’s claim under Article II (2) of the BIT, to the extent that it provides for the duty to accord full protection and security to Claimant’s investments, is to be dismissed. While some investment treaty tribunals have extended the concept of full protection and security to an obligation to provide regulatory and legal protections, the more traditional, and commonly accepted view, as confirmed in the numerous cases cited by Respondent is that this standard of treatment refers to protection against physical harm to persons and property. As noted in *Saluka v Czech Republic*, “[t]he practice of arbitral tribunals seems to indicate, however, that the “full security and protection” clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor’s investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force.”⁵³⁶ This position was confirmed more recently in *AWG v Argentina* where, following an analysis of previous decisions on the subject, the tribunal concluded that the obligation of full protection and security required “due diligence to protect investors and investments primarily from physical injury.” “Accordingly, the Tribunal finds that the obligation to accord full protection and security under the BIT refers to the protection from physical harm”. *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, *op. cit.*, párrs. 622 y 623.

²⁴⁷ KLÄGER, *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁸ *Ídem*.

indemnización pronta, adecuada y efectiva, y (d) de conformidad con el principio del debido proceso²⁴⁹. Si estos requisitos no se cumplen, se estaría frente a una expropiación ilegal²⁵⁰.

En cuanto a la indemnización, en dicho TLC se estableció que esta debe ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión al momento en que se llevó a cabo la expropiación -directa o indirecta-, y para su fijación el tribunal respectivo puede usar el valor de la empresa en marcha, el valor de los activos, entre otros²⁵¹. La indemnización correspondiente debe ser pagada sin demora y debe ser libremente transferible, pudiendo incluir intereses comerciales a tasas razonables desde la fecha de expropiación a la fecha de pago²⁵². Finalmente, el inversionista tendría derecho a que una autoridad judicial revise su caso y valore sus inversiones²⁵³.

Adicionalmente, de acuerdo con el Anexo 811 sobre *Expropiación Indirecta*, las partes llegaron al mutuo entendimiento de que la determinación de si una medida constituye una expropiación indirecta debe ser realizada analizando caso por caso, con base en los hechos y en consideración de:

“(i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta, (ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y (iii) el carácter de la medida o de la serie de medidas”²⁵⁴.

El Anexo 811 indica finalmente que las medidas no discriminatorias de una Parte, que sean adoptadas de buena fe, con el fin de “proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo,

²⁴⁹ Artículo 811: Expropiación “(1). Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto: (a) por razones de utilidad pública⁷; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4; y (d) de conformidad con el principio del debido proceso”. La nota al pie 7 indica: “El término “utilidad pública” es un concepto de derecho internacional público y será interpretado de conformidad con el derecho internacional. El derecho nacional puede expresar este concepto u otros conceptos similares usando diferentes términos, tales como “interés social”, “necesidad pública” o “fin público”. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, art. 811 (1) (a) (7).

²⁵⁰ ATTAR, B. EL, LI, B.-Y., KESSLER, D. y BURNIER, M., 2009. Expropriation Clauses in International Investment Agreements and the Appropriate Room for Host States to Enact Regulation: A Practical Guide for States and Investors. *Graduate Institute of International and Development Studies*, p. 3.

²⁵¹ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, *op. cit.*, Art. 811 (2).

²⁵² *Ibidem.*, Art. 811 (3).

²⁵³ *Ibidem.*, Art. 811 (4).

²⁵⁴ *Ibidem.*, Anexo 811 (2) (a).

la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente”²⁵⁵, no constituyen expropiación indirecta y por lo tanto no darían lugar a compensación²⁵⁶.

El sector extractivista suele ser sensible a expropiaciones indirectas, al ser un sector estratégico para el Estado receptor y debido a los potenciales riesgos ambientales y de derechos humanos que se encuentran involucrados²⁵⁷. Particularmente, la cláusula de expropiación pone en cuestión el balance entre la protección del inversionista y la soberanía del Estado anfitrión²⁵⁸. En el caso de las demandas contra Colombia, los inversionistas señalan que la decisión de la Corte Constitucional de prohibir la minería en páramos constituye una expropiación indirecta, la cual es compensable²⁵⁹; por lo tanto, el siguiente análisis se referirá expresamente a este tipo de expropiación. Así mismo, porque no se trató de una expropiación directa. Frente a una posible defensa del Estado colombiano se analizará la expropiación regulatoria, no compensable, de conformidad con el Anexo 811 antes citado.

2.3.3.1. Expropiación Indirecta

En los Estados modernos, la intervención en áreas de interés público como la protección del medio ambiente, los derechos humanos, del consumidor, entre otros, va incrementándose, afectando la noción estricta que había regido el tema de las expropiaciones en el Derecho Internacional de Inversiones²⁶⁰. Bajo ese panorama, la actual cláusula de Expropiación en los TBI incorpora la noción de medidas del Estado anfitrión equivalentes a expropiaciones²⁶¹ que, de manera contraria

²⁵⁵ *Ibidem.*, Anexo 811 (2) (b).

²⁵⁶ “(b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta”. *Ídem.*

²⁵⁷ COLEN, L., PERSYN, D. y GUARISO, A., 2016. Bilateral Investment Treaties and FDI: Does the Sector Matter? *World Development*, vol. 83, p. 195.

²⁵⁸ ATTAR, et. al., *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁹ Al parecer la misma Agencia Nacional de Minería de Colombia también lo contempla, pues mediante una solicitud de aclaración de la Sentencia C-035 de 2016, solicitó a la Corte Constitucional aclarar qué efectos tendría la sentencia sobre los derechos mineros que se sobreponen con el área de páramo, pues implican inversiones que podrían considerarse indirectamente expropiadas. *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, op. cit.*, párr. 52.

²⁶⁰ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 367.

²⁶¹ ATTAR, et. al. *op. cit.*, p. 3.

a la interpretación tradicional de expropiación, no requieren de la transferencia de la propiedad del inversionista²⁶².

Sornarajah, citando el laudo de *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. Egypt*, señala que la expropiación indirecta corresponde a medidas adoptadas por el Estado anfitrión que, aunque no implican la pérdida de la propiedad, privan al inversionista del uso y beneficio de su inversión²⁶³. En este sentido, la expropiación indirecta es una extensión al sentido tradicional de expropiación y al sentido tradicional de propiedad, pues puede tener lugar en numerosas circunstancias que impliquen la disminución de los derechos e intereses de los inversionistas²⁶⁴.

La determinación de si una medida es indirectamente expropiatoria es complicada, puesto que: 1) No existe tipificación de cuáles medidas implican una expropiación indirecta en los TBI²⁶⁵, lo que impide determinar en qué situaciones específicamente se produce, favoreciendo la interpretación de los árbitros²⁶⁶; y 2) Una expropiación indirecta no implica la afectación de la propiedad del inversionista a través de un “despojo”, sino menoscabos frente a los derechos e intereses que surgen de la propiedad²⁶⁷, tangible e intangible²⁶⁸, que en esa medida conllevan a la disminución del uso y beneficios que pueden tener los inversionistas²⁶⁹.

Los TBI suelen incluir criterios que permiten identificar cuándo una medida es de facto una expropiación indirecta. Entre ellos, el grado de la interferencia, el impacto de la medida, el alcance del daño y su duración, y el carácter de la medida²⁷⁰. Precisamente, algunos elementos determinantes en sede arbitral han sido la disminución en el valor de la inversión y los beneficios esperados, y la pérdida del control del inversionista en la operación de la inversión, cuando se

²⁶² *Ibidem*, pp. 5 y 6.

²⁶³ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 368; “When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment, the measures are often referred to as a “creeping” or “indirect” expropriation or, as in the BIT, as measures “the effect of which is tantamount to expropriation.” *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, CIADI, caso No. ARB/99/6, Laudo (12 de abril del 2002). Párr. 107. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>.

²⁶⁴ MILES, *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁵ MILES, *op. cit.*, p. 156.

²⁶⁶ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 369.

²⁶⁷ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 95; SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 368.

²⁶⁸ ATTAR, B. EI, LI, B.-Y., KESSLER, D. y BURNIER, M., *op. cit.*, p. 4. MERCURIO, B., 2015. Safeguarding public welfare? -Intellectual property rights, health and the evolution of treaty drafting in International Investment Agreements. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, no. 2, P. 257.

²⁶⁹ MILES, *op. cit.*, p. 155; SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 368.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 13.

impiden las actividades lucrativas²⁷¹. De acuerdo con Kläger, la determinación de una expropiación indirecta se ha extendido más allá de la valoración de los efectos y grado de la medida estatal, incluyendo criterios muy parecidos a los que corresponden al TJE, como la no discriminación, el respeto de las expectativas legítimas, el debido proceso, la transparencia y la consistencia y proporcionalidad de la medida²⁷².

Esta noción parece ser acogida por el TLC Colombia-Canadá, en primer lugar, porque una expropiación -sea directa o indirecta- debe efectuarse de manera no discriminatoria y con respeto al debido proceso; además, debe corresponder a un interés público y realizarse mediante compensación. En segundo lugar, porque para que la expropiación se tenga como indirecta, debe analizarse caso por caso el impacto de la medida, los efectos sobre las expectativas legítimas -razonables y distinguibles- de los inversionistas, y el carácter de la misma.

De acuerdo con Sornarajah, la intención de expandir los derechos de propiedad tiene como finalidad otorgar una protección absoluta a la inversión, lo que contradice nociones más limitantes de la propiedad en las legislaciones internas²⁷³, por ejemplo, la noción de *función social* incluida en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 58. Como consecuencia, una visión extensiva de la expropiación y la propiedad implica que el Estado anfitrión vea restringida su capacidad regulatoria, pues existe una delgada línea entre lo que vendría siendo un derecho del Estado a regular y una expropiación indirecta.²⁷⁴ Una interpretación extensiva de la propiedad podría incluir nociones del TJE como las expectativas legítimas respecto de los beneficios esperados con la adquisición de una propiedad, cualquiera sea su tipo.

En contraposición, han surgido limitantes a esa protección absoluta en los TBI mediante el establecimiento de excepciones, por ejemplo, por razones de interés público y seguridad nacional.²⁷⁵ Esta nueva tendencia es atribuible al rechazo por parte de los Estados receptores a una protección absoluta, que significa en la práctica que cualquier medida que afecte el valor de una inversión constituirá expropiación indirecta, como en el caso de *Metalclad c. México*.²⁷⁶

²⁷¹ KLÄGER, *op. cit.*, p. 296; SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 369.

²⁷² KLÄGER, *op. cit.*, p. 296.

²⁷³ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 372.

²⁷⁴ MILES, *op. cit.*, p. 156.

²⁷⁵ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 371.

²⁷⁶ *Ibidem.*, 2013, p. 373. *Metalclad Corporation c. México*, CIADI, caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000), párr. 103. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf> (consultado el

Respecto de las demandas, el hecho de que la medida sea considerada indirectamente expropiatoria no suma ni resta a la consideración del caso colombiano, puesto que la medida de prohibir la minería habría cumplido todos los requisitos para ajustarse al tratado, excepto la compensación. Esto es así, porque la medida corresponde al interés público del Estado de conservar los ecosistemas de páramo, importantes para la garantía de varios derechos humanos de su población; la medida no es discriminatoria, pues es aplicable sin excepción a cualquier actividad minera. Tampoco el hecho de que no haya habido compensación implica de facto un incumplimiento del tratado²⁷⁷, pues en caso de que la medida resulte en una expropiación regulatoria, el Estado no tendría el deber de compensar. Por el contrario, para los inversionistas la expropiación al ser indirecta debía ser compensada, en virtud además del artículo 58 de la Constitución Política, sobre la posibilidad de que haya expropiación mediante compensación previa; ni la Corte ni las entidades del ejecutivo habrían ordenado una indemnización. A continuación, se analiza la posibilidad de que se haya configurado una expropiación regulatoria.

2.3.3.2. Expropiación regulatoria o regulación no compensable

Como consecuencia del *derecho a regular* reconocido por el Derecho Internacional Consuetudinario a los Estados, los TBI suelen incluir cláusulas que establecen que ciertas medidas del Estado anfitrión, 1) tomadas de buena fe, 2) de forma no discriminatoria, y 3) con base en un interés público, no se consideran expropiaciones indirectas y no exigen el pago de compensaciones²⁷⁸. En este sentido, este tipo de cláusulas faculta al Estado a intervenir de manera justificada en la inversión cuando se ocasiona o se prevé un daño a los intereses públicos, por ejemplo, a través de la expedición de normas de protección de la vida y salud humanas, medio ambiente, recursos naturales, derechos del consumidor, planeación y uso de la tierra, entre otros.²⁷⁹

18 de abril del 2021). “En el caso *Metalclad* del año 2000 se produjo la primera muestra del abandono del estándar mínimo internacional y su reemplazo por criterios de buena gobernanza, al considerarse configurada una violación al TJE con base en la ausencia de transparencia por parte del Estado.”. BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁷ *South American Silver Limited c. Bolivia*, CPA, caso No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018), párr. 596. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10364_0.pdf (consultado el 18 de abril del 2021).

²⁷⁸ Estas cláusulas pueden incorporarse como forma de excepciones generales, en las que se establece la inaplicabilidad de ciertas cláusulas del tratado a ciertas áreas de interés público; también como excepciones específicas en cada estándar de protección reduciendo su alcance; o como cláusulas independientes sobre la capacidad regulatoria del Estado anfitrión. ATTAR, *et. al. op. cit.*, p. 22.

²⁷⁹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 374. “To pay compensation would be to reward a wrongdoer or to recognize an absence of overwhelming public interest in the use of property”. (p. 375). “But, increasingly, there will be pressure exerted to

Estos criterios, sin embargo, podrían chocar con los establecidos para la determinación de una expropiación indirecta. Es más, la opción de comparar estos criterios podría resultar errónea, pues mientras unos establecen parámetros de afectación, los referentes a la expropiación regulatoria son absolutos.

Las medidas regulatorias sobre medio ambiente y derechos humanos han sido excluidas expresamente en varios TBI de la noción de expropiación indirecta, a fin de mantener la capacidad regulatoria del Estado en áreas de interés público²⁸⁰. En el caso *Methanex c. Estados Unidos*, el Tribunal señaló que una expropiación regulatoria no genera la obligación de compensar, siempre que se haya originado en un propósito de interés público y haya seguido el debido proceso, con la excepción de que el Estado se haya comprometido específicamente a no expedir una determinada regulación.

Sin embargo, otros tribunales arbitrales han determinado que ciertas medidas, a pesar de tener el carácter de expropiaciones regulatorias, ocasionan el deber del Estado de compensar²⁸¹. En relación con esta postura, el tribunal del caso *Santa Elena c. Costa Rica* señaló que, independientemente de que la medida tomada por el Estado hubiera sido adoptada con fundamento en un interés público, esta vez relacionado con la protección del ambiente, esto no lo exoneraba de la obligación de pagar una compensación al inversionista²⁸². Esta perspectiva considera irrelevante el motivo por el cual el Estado receptor adoptó una medida regulatoria y privilegia el análisis de los efectos de dicha medida en la propiedad del inversionista²⁸³.

Según lo anterior, si bien es reconocido a nivel doctrinal y en controversias sobre inversiones, que el Estado anfitrión tiene el derecho de establecer medidas regulatorias que pueden terminar afectando inversiones, el conflicto se traslada a qué medidas deben ser compensadas y cuáles no²⁸⁴. Para Sornarajah, la regla que tiene respaldo en el Derecho Internacional es la que establece que

include within regulatory takings those takings which are justified on the basis of environmental protection, human rights standards, protection of health and morals, and national security. This is inevitable, as modern treaties clearly identify these instances as providing an exception to liability and also include clear statements to the effect that regulatory takings are not subject to compensation". (p. 375).

²⁸⁰ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 399.

²⁸¹ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 68.

²⁸² SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 374.

²⁸³ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 68. BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, pp. 85, 86.

²⁸⁴ ATTAR, *et. al. op. cit.*, p. 21.

cuando una medida es regulatoria no debe ser compensable²⁸⁵. Incluso, Sornarajah señala casualmente que en virtud del artículo 6 (2) (c) del Modelo de APPRI de Colombia del 2008, que es el que se incluyó en la redacción del capítulo de inversiones del TLC con Canadá, los requisitos allí establecidos dan al traste con la regla del caso *Santa Elena c. Costa Rica*²⁸⁶. Otros tribunales han señalado que el propósito público no debe ser evaluado por los tribunales a menos que se trate de un discernimiento irrazonable, pues esto implicaría una intromisión en las potestades del Estado anfitrión²⁸⁷. Sin embargo, en el TLC Colombia-Canadá el propósito público es un requisito para que la expropiación sea regulatoria.

Finalmente, para Sornarajah, medidas como la cancelación de licencias por motivos ambientales, que tienden a ser frecuentes en virtud de la creciente preocupación por la protección del ambiente y el cambio climático, y que generalmente impiden el desarrollo de la inversión, no dan lugar a compensación. Lo que da lugar a la compensación es el incumplimiento de los requisitos para que la expropiación se entienda regulatoria, es decir, que por ejemplo se falte al debido proceso²⁸⁸.

Este aspecto debe ser analizado minuciosamente por cada tribunal de arbitraje en las controversias de Colombia, puesto que los criterios de los estándares de TJE y expropiación parecieran traslaparse. Empero, los comentarios son los mismos que para el TJE, es decir, que para los inversionistas se faltó al debido proceso tanto en la decisión de la Corte como en sus efectos en sede administrativa, en tanto no fueron escuchados en audiencia, sus derechos mineros adquiridos no fueron considerados, y debido a que la falta de delimitación del páramo les ha impedido conocer el futuro de sus inversiones. Ahora, sobre la excepción de que la medida del Estado no se apareje de un compromiso específico con el inversionista, recobra protagonismo el artículo 46 del Código de Minas de Colombia, sobre estabilidad de los contratos, como argumento a favor de los demandantes canadienses.

²⁸⁵ “The per se rule in the *Santa Elena c. Costa Rica* award has no place in the law, as it is not supported by any authority, either in domestic legal systems or in international law. That presumption against compensation is strengthened in circumstances where the regulation is in areas of environmental protection or cultural preservation which are of significance to the international community”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 396.

²⁸⁶ “Such provisions neatly dispose of the possibility of the per se rule in *Santa Elena c. Costa Rica* ever being applied to expropriation under the treaty. The formulation merely states the obvious, and seeks to restore the balance between expropriation and regulation.125 But, striking an exact balance will prove to be elusive”. *Ibidem.*, p. 397

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 408.

²⁸⁸ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 403.

En conclusión, una posible violación de los estándares de TJE, PSP y expropiación indirecta, son los que mejor sustentan la posición de los inversionistas canadienses en los casos contra Colombia por el Páramo de Santurbán, pese a que no se conocen todos los documentos, y con base únicamente en las solicitudes de arbitraje. Los tres enmarcan obligaciones que limitan la capacidad regulatoria del Estado en diferentes áreas en donde se desarrollan las inversiones²⁸⁹. Esto, como ya se mencionó, ocasiona el llamado fenómeno del enfriamiento regulatorio, el cual se pudo observar ya en el caso de Colombia respecto de la prohibición de minería en páramos bajo excepciones justificadas en los compromisos de Colombia con inversionistas extranjeros, más allá de la urgencia de proteger los páramos²⁹⁰.

Se concluye entonces, que: 1) Por el lado del TJE, a pesar de la discusión acerca de la referencia al Derecho Internacional Consuetudinario como un límite, interpretaciones amplias de este estándar cabrían perfectamente en los argumentos de los demandantes, de cara a la vulneración de sus expectativas legítimas, surgidas con base en el artículo 46 del Código de Minas y el apoyo de los diferentes gobiernos nacionales; así como la falta de transparencia en varias actuaciones del Estado, incluyendo la demora en la delimitación del páramo, que tiene que ver también como la vulneración del debido proceso. 2) En el caso de la PSP, más allá de la discusión sobre si esta aborda únicamente afectaciones físicas del inversionista y la inversión, una interpretación extensa favorecería a los inversionistas, en la medida en que incorpora el deber del Estado de mantener un clima de inversiones estable, económica y jurídicamente hablando. 3) En el caso de la expropiación indirecta, una interpretación extensiva puede aplicarse en el caso de Colombia, respecto de la prohibición para realizar actividades mineras y por ende de obtener beneficios económicos como objetivos principales de las inversiones realizadas, los cuales se perdieron con la decisión de la Corte.

Aun así, de estos estándares el más efectivo pareciera ser el TJE, el cual funciona como cláusula de escape frente a dudas que pudieran surgir respecto de la violación de cláusulas como la de

²⁸⁹ BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 80.

²⁹⁰ “Known as ‘regulatory chill’, there have been several known instances of States either delaying or failing to enact public interest regulation in order to prevent investment arbitration”. CHOUDHURY, B., 2020. Investor Obligations for Human Rights. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, p. 6. MILES, *op. cit.*, p. 180. Viñuales explica el concepto *race to the bottom* así: “The basic idea is that States wishing to attract foreign investment to further their development will have an incentive to lower their environmental protection standards.15 In such a situation, other States may be led to do the same in order to avoid a competitive disadvantage, with a resulting overall decline of environmental protection”. VIÑUALES, *op. cit.*, p. 6.

expropiación, cuyos requisitos son más específicos y que pueden limitar los intereses de los inversionistas, como en el caso de la expropiación regulatoria²⁹¹. El TJE permite la verificación de todas las conductas del Estado y bajo una interpretación amplia incluiría el deber del Estado de garantizar no sólo la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico, sino también de sus políticas públicas²⁹².

3. La protección y conservación del medio ambiente y los derechos humanos en TLC Colombia-Canadá y el Derecho Internacional de las Inversiones- eventuales contraargumentos de Colombia

En la actualidad, el Derecho Internacional de Inversiones se encuentra estructurado sobre una red de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI), pues no existe un sistema que regule y proteja las inversiones extranjeras de manera global²⁹³. Varios esfuerzos en esta dirección han sido abandonados debido al desacuerdo general que existe en cuanto a qué debe contener un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)²⁹⁴. Particularmente, sobre la adopción de un AMI global, se ha debatido de manera central el alcance o límite de los estándares de protección de inversionistas extranjeros y sus inversiones, en oposición al alcance o límite de la facultad regulatoria de los Estados receptores en áreas de interés público²⁹⁵.

²⁹¹ KLÄGER, *op. cit.*, p. 298. “Permite conjugar los efectos legales de todos los estándares de los TBI y que puede ser invocada eficazmente en lugar de la expropiación, no arbitrariedad, discriminación (...).” BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 79.

²⁹² BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 80. “Long ignored (at least until the early 2000’s), in recent years FET has become a standard claim raised in almost every proceeding and one of the most likely avenues for claimants. In fact, quite a number of claims have succeeded in a claim of a breach of FET even when the claim for an expropriation is dismissed”. MERCURIO, *op. cit.*, p. 265.

²⁹³ UNCTAD, 2015. Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible [en línea], p. 17. Disponible

en:[https://investmentpolicy.unctad.org/uploadedfiles/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa de Acuerdos Internacionales de Inversi%C3%B3n para el Desarrollo Sostenible 2015.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploadedfiles/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa%20de%20Acuerdos%20Internacionales%20de%20Inversi%C3%B3n%20para%20el%20Desarrollo%20Sostenible%202015.pdf). (consultado el 12 de marzo del 2021).

“El régimen actual es un sistema de miles de tratados (en su mayoría tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio con disposiciones sobre inversión y acuerdos regionales), muchas negociaciones en curso y múltiples mecanismos de solución de controversias; el cual, sin embargo, ofrece protección a sólo dos tercios de la cartera global de IED y sólo cubre un quinto de las relaciones bilaterales de inversión”. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 93.

²⁹⁴ ZOE ZHANG, 2020, 2020. La negociación de un tratado vinculante sobre derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones. *IISD: Un boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, número 4. tomo 11, p. 24.

²⁹⁵ Tradicionalmente, los TBI contienen cláusulas que establecen garantías a favor de los inversionistas extranjeros en los estados receptores de la inversión bajo la premisa de que, al tratarse de nacionales de otros estados -personas jurídicas o naturales- requieren de salvaguardas que únicamente pueden ser aseguradas mediante la suscripción de tratados internacionales entre el Estado de su nacionalidad y el Estado anfitrión. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 93.

Lo anterior se relaciona con una crítica generalizada, tanto en la doctrina como en foros internacionales, de que los TBI otorgan garantías casi que absolutas a los inversionistas²⁹⁶, a través del establecimiento de cláusulas como la de TJE y la de expropiación, cuyo contenido además, ha sido desarrollado de manera expansiva por tribunales de arbitraje internacional, en contra de la voluntad de los Estados, generando así cuestionamientos sobre la legalidad y legitimidad de las decisiones allí tomadas²⁹⁷, incluyendo laudos condenatorios con sumas exorbitantes, que comprenden ganancias esperadas de los inversionistas y no solo inversiones efectivamente realizadas. En el caso de Colombia se evidenció esta situación, pues los inversionistas solicitan compensaciones por los beneficios esperados durante todo el desarrollo de las concesiones.

Frente a un objetivo como la protección plena de las inversiones en el actual Derecho Internacional de Inversiones²⁹⁸, los Estados receptores verían disminuida en la práctica, e incluso perdida, la facultad de intervenir de manera soberana ciertas áreas que pueden verse afectadas negativamente con el establecimiento y desarrollo de inversiones, tales como los derechos humanos, los derechos laborales, la protección ambiental, los derechos de los consumidores, entre otros²⁹⁹. Esto porque en sede arbitral, incluso medidas del Estado anfitrión tomadas de buena fe y con base en un interés público han exigido del pago de una indemnización, siendo esa defensa poco sólida al enfrentar los altos estándares de protección de inversiones, por ejemplo, respecto del TJE³⁰⁰.

²⁹⁶ Especialmente los de segunda generación, que establecieron amplias garantías a los inversionistas, así como también la generalización de cláusulas de solución de controversias. NOWROT, *op. cit.*, p. 620; FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 88. Al respecto, suele señalarse que los inversionistas no participan en las negociaciones y posterior suscripción de dichos acuerdos, razón por la cual no podrían estos generarles obligaciones más allá de las que respectan al cumplimiento de la legislación interna del Estado receptor en donde realizan sus inversiones. Sin embargo, llama la atención que los TBI casi otorgan “personalidad jurídica” internacional a las empresas multinacionales, pues les permiten demandar Estados -que sí tienen personería jurídica internacional- y en ocasiones argumentan gozar de derechos humanos ante tribunales de derechos humanos.

²⁹⁷ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 373. ECHAIDE, J. 2017. Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. Derechos humanos? *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 31, p. 89.

²⁹⁸ En este escrito se asume el concepto de Derecho Internacional de Protección de Inversiones para referirse a la gama actual de TBI u otros acuerdos sobre inversiones, a los sistemas de arbitraje relacionados y al conjunto de decisiones derivadas de casos -teniendo en cuenta que no existe precedente obligatorio-, pues la idea de la existencia de un sistema internacional es exagerada.

²⁹⁹ “Whereas on the one side the foreign investors have - particularly on the basis of access to effective international legal remedies - experienced in recent years a notable strengthening of their legal status,²³ it is by now well-known that on the other side the issue arose as to the respective consequences resulting from these developments for the regulatory autonomy enjoyed by the host states”. NOWROT, *op. cit.*, p. 620; ATTAR, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁰ “(...) los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados de inversión requieren que los gobiernos paguen una indemnización por las expropiaciones directas e indirectas (incluso si el tratado no se refiere específicamente a la expropiación indirecta), interpretación que puede dar lugar a una potencial responsabilidad significativa por una amplia gama de acciones tomadas por el gobierno para resolver asuntos de interés público. Los tribunales arbitrales no están

Para Schill, el derecho internacional de inversiones -aparejado del sistema de solución de controversias inversionista-Estado- ha venido desmontando el principio de soberanía de los Estados de origen westfaliano, que “se preocupaba exclusivamente por delinear diferentes esferas públicas, hacia un derecho internacional basado en el estado de derecho, que toma en serio a las personas y su protección”³⁰¹.

Con el fin de abordar la problemática respecto de las demandas en contra de Colombia del lado del Estado, se hace necesario, en primer lugar, describir cómo las cuestiones ambientales y de derechos humanos incursionaron en el derecho internacional de inversiones a fin de reestructurarlo. En segundo lugar, se analizará el TLC Colombia-Canadá, de cara a la posibilidad de que cláusulas ambientales y de derechos humanos pudieran ser invocadas en sede arbitral por parte de la defensa del Estado. En seguida, se analizarán medidas ambientales adoptadas por Estados receptores para regular asuntos de interés público, que han sido demandadas en controversias sobre inversiones por afectar derechos de inversionistas extranjeros contenidos en un TBI. Esto último, para contrastarlas con los estándares de protección del TJE y expropiación, por ser los que se consideran con mayor peso para configurar una violación de Colombia del TLC con Canadá.

Finalmente, se enunciarán brevemente algunas formas en las que se ha abordado la protección ambiental y de los derechos humanos desde la relación entre el derecho internacional de inversiones y el DIDH y el DIA, como subsistemas del derecho internacional, frente a la denominada primavera de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones.

3.1. Consideraciones ambientales y de derechos humanos en el Derecho Internacional de Inversiones

obligados a considerar obligaciones o intereses gubernamentales en competencia que puedan haber dado lugar a la toma de ciertas acciones”. JOHNSON, L., SACHS, L., GÜVEN, B. y COLEMAN, J., 2018. Costos y beneficios de los tratados de inversión. Consideraciones prácticas para los Estados. *Columbia Center on Sustainable Investment* [en línea], p. 12. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf>.

³⁰¹ Traducción propia. SCHILL, S.W., 2012. Cross-Regime Harmonization through proportionality analysis: The case of international investment law, the law of state immunity and human rights. *ICSID Review*, vol. 27, no. 1, p. 91.

La protección del ambiente y los derechos humanos -así, unidos estos conceptos³⁰²- en los TBI y en los diferentes sistemas de solución de controversias corresponde a una de las áreas que mayor presión genera en los requerimientos por modificar el Derecho Internacional de Inversiones³⁰³; entre otras causas, gracias al influjo del movimiento ambientalista generado a finales del siglo pasado, que alcanzó foros internacionales importantes³⁰⁴, como consecuencia de: 1) la evidente degradación ambiental de territorios y ecosistemas naturales, producto del desarrollo de actividades de inversión -como la minería-, con bajos niveles de protección ambiental, resultado de la implementación de políticas de apertura económica en los años noventa³⁰⁵; 2) los efectos negativos en las poblaciones locales, respecto del disfrute de sus derechos, como el derecho al agua y a un ambiente sano; 3) la falta de responsabilidad internacional de los inversionistas frente a daños ambientales ocasionados en un territorio extranjero; y 4) las condenas a los Estados receptores por medidas ambientales que terminan afectando inversiones cubiertas³⁰⁶.

En cuanto a este último punto, se considera que los TBI reducen el margen de política nacional de los Estados, incluso a nivel local y en múltiples áreas, incluida la ambiental, pues muy pocos asuntos suelen ser excluidos directamente de la aplicación del tratado, como es el caso de las medidas tributarias o de seguridad nacional. Así mismo, porque interpretaciones arbitrales extensivas otorgan derechos más allá de los reconocidos por las mismas legislaciones nacionales de los Estados receptores³⁰⁷.

³⁰² Algunos autores han preferido orientarse hacia la inclusión de cláusulas que protejan los derechos humanos, o a las que establezcan deberes de proteger el medio ambiente. Otros autores, prefieren analizar esta cuestión de manera conjunta a través de la búsqueda de cláusulas que incorporen el principio del desarrollo sostenible, como lo señaló la UNCTAD en el 2015. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 103. En este caso, se abordarán tanto cláusulas de derechos humanos como de protección ambiental, de cara a la salvaguarda de ecosistemas que garantizan los derechos humanos de poblaciones del Estado receptor.

³⁰³ MILES, *op. cit.*, p. 126, SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 78.

³⁰⁴ MILES, *op. cit.*, p. 100. "(...) social movements have remained intimately connected to attempts to reframe international investment law and responses to those attempts". (p. 101). También es necesario mencionar el papel de las organizaciones no gubernamentales en la promoción de una cultura ambiental internacional: "In essence, NGOs carved out new political space within international environmental relations" (p. 112).

³⁰⁵ GHIOTTO, L., 2016. América Latina y el poder corporativo. *Nueva Sociedad* [en línea]. Disponible en: <https://www.nuso.org/articulo/america-latina-y-el-poder-corporativo/>.(consultado el 14 de marzo del 2021).

³⁰⁶ MILES, *op. cit.*, pp. 101 y 102. "This occurred against a background of growing public concern at increasing rates of Western consumption, critiques of capitalism and modernism, escalating scales of environmental degradation, the occurrence of several major environmental disasters, an appreciation of the interconnectedness of nature's elements, the spectre of nuclear war, a 'counter-culture' of political activism, a dramatic increase in the number of environmental NGOs, and the development of communications technology to publicise concerns globally" (p. 107).

³⁰⁷ JOHNSON, *et. al.*, *op. cit.*, p. 13.

En el caso de la minería, este parece ser un sector en el que constantemente se producen demandas sobre inversiones, debido a: 1) los efectos nocivos en el medio ambiente, lo que requiere de mayor control del Estado; 2) que se trata generalmente de inversiones a largo plazo, mientras que los marcos legales tienden a modificarse; y 3) las sumas involucradas en las controversias son elevadas, pues incluyen expectativas de ganancia³⁰⁸. Para el caso de Latinoamérica, las demandas sobre explotación de recursos naturales y minería se acerca al 23% del total de demandas recibidas³⁰⁹.

Bajo este panorama, en el actual Derecho Internacional de Inversiones las preocupaciones ambientales y de derechos humanos no son debidamente atendidas, pues prevalece como interés principal la protección de las inversiones, mientras que el ambiente y los recursos naturales son considerados instrumentos para su desarrollo³¹⁰. La relación entre la protección de inversiones y la protección ambiental en los TBI y en los sistemas de solución de controversias pone en contradicción no solo normas sino objetivos del Derecho Internacional de Inversiones³¹¹, el cual ha sido forjado de conformidad con los intereses de los Estados exportadores de capital y las grandes empresas multinacionales³¹². Como respuesta, los Estados receptores tenderían a paralizar o reducir la regulación ambiental frente a posibles controversias y condenas económicas³¹³, en perjuicio de la protección del ambiente y los derechos humanos, y desconociendo la agenda política internacional que promueve la sostenibilidad del desarrollo económico³¹⁴.

Varios países considerados “en vía de desarrollo” han sido involucrados en controversias sobre inversiones por medidas ambientales, debido al lugar que ocupan en la economía mundial como proveedores de materias primas. En el caso de Latinoamérica, las estadísticas señalan que los Estados receptores de inversión tienen altas probabilidades de ser demandados y condenados³¹⁵.

³⁰⁸ *Ibidem.*, pp. 13 y 14.

³⁰⁹ TRANSNATIONAL INSTITUTE, 2019. ISDS impactos [en línea]. Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>.(consultado el 12 de marzo del 2021).

³¹⁰ MILES, *op. cit.*, p. 310

³¹¹ *Ibidem.*, p. 131.

³¹² *Ibidem.*, p. 126.

³¹³ *Ibidem.*, p. 127. Miles se refiere a factores que provocarían una parálisis en la regulación ambiental como consecuencia de una demanda sobre inversiones, tales como los costos de la defensa del Estado y el pago de indemnizaciones cuantiosas. “Increasingly, international investment agreements are being invoked to challenge environmental regulation enacted by the host state” (p. 154).

³¹⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 89.

³¹⁵ “Los países de América del Sur, América Central y el Caribe han sido demandados en 282 ocasiones, 206 de las cuales

Argentina, por ejemplo, ha sido demandada 57 veces por inversionistas extranjeros desde el año 2000, en 45 de los cuales el tribunal ya emitió laudo arbitral, habiéndose decidido 40 de ellos a favor de los demandantes³¹⁶; Bolivia, 17 veces demandada, en 13 de cuyos casos el tribunal emitió laudo y todos fueron decididos a favor de los inversionistas demandantes³¹⁷.

Si bien los TBI se plantean desde la lógica según la cual la inversión fluctúa entre las partes contratantes, la realidad económica evidencia asimetría en el flujo de inversiones. Así, Argentina ha sido demandada como Estado anfitrión en 62 oportunidades, mientras que sus nacionales han demandado a otros Estados en 5 ocasiones³¹⁸; México, demandado 35 veces, mientras que sus nacionales sólo han demandado 5 veces; y Colombia, 17 demandas recibidas y sólo 1 presentada por nacionales colombianos³¹⁹. Para el caso de países desarrollados la situación es inversa, por ejemplo, Alemania ha sido demandado 4 veces, mientras que sus nacionales han activado sistemas de solución de controversias en 71 oportunidades³²⁰; el Reino Unido, 1 vez demandado y 87 veces como Estado del demandante³²¹. El mismo Canadá, 30 demandas como Estado anfitrión y 55 como Estado del demandante³²².

se reparten entre Argentina (62), Venezuela (52), México (33), Ecuador (25), Bolivia (17) y Perú (17)⁵². De los 282 casos, en 179 hubo una resolución (por laudo de arbitraje o por acuerdo de las partes), resultando beneficiado el inversor en el 69%

de los casos. En cuanto a las consecuencias económicas, los tribunales de arbitraje han dictaminado el pago por parte de los Estados latinoamericanos de un total de 31.170 millones de dólares”. ARANDA, L.S. de E., 2020. Tratados bilaterales de inversión y derechos humanos: tres posiciones desde América Latina. *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 37, p. 98.

³¹⁶ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Argentina [en línea]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/respondent> (consultado el 12 de marzo del 2021).

³¹⁷ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Bolivia [en línea]. (consultado el 12 de marzo del 2021). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/24/bolivia-plurinational-state-of>.

³¹⁸ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Argentina, op. cit., Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/respondent>.

³¹⁹ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Colombia [en línea]. (consultado el 12 de marzo del 2021). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/45/colombia>.

³²⁰ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Alemania [en línea]. (consultado el 12 de marzo del 2021). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/78/germany>.

³²¹ UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Reino Unido [en línea]. (consultado el 12 de marzo del 2021). Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/221/united-kingdom>.

³²² UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Canadá [en línea]. (consultado el 12 de marzo del 2021). Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/35/canada>.

Por lo anterior, si bien los países latinoamericanos han suscrito una gran cantidad de TBI³²³, desde el 2007 varios de ellos han venido denunciándolos³²⁴, como en el caso de Ecuador, Venezuela y Bolivia, que también han denunciado el Convenio CIADI³²⁵. La consecuencia del retiro de Ecuador de estos convenios podría no ser mayor, en tanto que nueve de los primeros TBI denunciados ni siquiera habían generado inversiones³²⁶. Con todo, la connivencia de los Estados receptores es considerada una causa del estado actual de la relación entre la protección de inversiones y la protección ambiental y los derechos humanos³²⁷; varios estados siguen suscribiendo tratados, por ejemplo, en el caso de México este suscribió la convención del CIADI en el 2018 y ahora es parte del TLCAN 2.0 o Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)³²⁸.

Ahora, también “países desarrollados” han estado involucrados en controversias similares, como es el caso de Estados Unidos y Canadá, demandados por medidas ambientales en el marco del TLCAN³²⁹. El desarrollo de estos casos ha permitido incorporar consideraciones ambientales y de derechos humanos como limitantes a la protección de la inversión, con mejores resultados para la defensa del Estado demandado, probablemente a causa de su peso político y económico a nivel internacional. Particularmente, estos Estados han modificado sus políticas de inversión en los

³²³ “De acuerdo a estadísticas que lleva la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), de un total de 2947 TBI actuales a nivel mundial, 414 corresponden a países latinoamericanos, además de 280 tratados de libre comercio (TLCs) que también contemplan disposiciones vinculadas al tratamiento de inversiones”. ROFFINELLI, G., MARCHINI, J. y MORALES, J., 2018. Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales: Los desafíos de la región frente a tratados de inversión asimétricos. *International Institute for Sustainable Development* [en línea]. (consultado el 12 marzo de 2021). Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/conflicts-between-latin-american-countries-and-transnational-corporations-the-challenges-of-the-region-in-the-face-of-asymmetrical-investment-treaties-jorge-marchini-josefina-morales-gabriela-roffinel/#_ftnref2.

³²⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 97. Cabe señalar que, en términos generales, los estados que han sido demandados por inversionistas extranjeros en virtud de una medida ambiental corresponden a países en vía de desarrollo. Se destaca también la alineación de países exportadores de capital en la construcción del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) de la OCDE, archivado en 1999, entre otras causas, debido al rechazo de los movimientos ambientalistas respecto de la pérdida del control de las inversiones. MILES, *op. cit.*, pp. 115 y 118.

³²⁵ GARCÍA MATAMOROS, *op. cit.*, p. 88. Ver: CASTRO PEÑA, M.N., 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*, no. 38, pp. 23-66. En el caso de Ecuador, la nueva constitución del vecino país del 2008, prohibió la suscripción de tratados que cedieran la soberanía del Estado a instancias de arbitraje internacional. ARANDA, *op. cit.*, p. 101.

³²⁶ ARANDA, *op. cit.*, p. 101.

³²⁷ Miles considera la posición de los gobiernos de países en vía de desarrollo como legado del colonialismo; incluso el mismo régimen internacional de protección de inversiones se considera basado en las asimetrías de poder derivadas del colonialismo. MILES, *op. cit.*, p. 81. Para Cotula, los legados del colonialismo han condicionado los sistemas legales hacia “modelos de integración económica basados en la extracción de recursos” (traducción propia). COTULA, 2020b, (Dis)integration in global resource governance: Extractivism, Human Rights, and Investment Treaties. *Journal of International Economic Law*, vol. 23, no. 2, p. 433.

³²⁸ ARANDA, *op. cit.*, p. 99.

³²⁹ SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 78, 356 y 357.

modelos de TBI, de conformidad con su experiencia en procesos de arbitraje, influenciando así las políticas de otros Estados.

Como resultado, TBI recientes han incorporado redacciones específicas acerca de la protección de los derechos humanos y del ambiente, y el uso sostenible de los recursos naturales y del suelo, en diferentes dimensiones: 1) como intereses a proteger por parte del tratado, por ejemplo en el preámbulo; 2) como áreas de interés público en donde se manifiesta la capacidad regulatoria del Estado anfitrión, como en la cláusula de medidas excluidas; 3) como límites al alcance de los estándares de protección de inversionistas; 4) como límites a la aplicación del tratado en las cláusulas sobre excepciones específicas o generales, en el caso de los TLC³³⁰; y 4) como deberes a cargo de los inversionistas.

Otros intentos por armonizar las inversiones extranjeras con la protección del ambiente se han dado en el marco de organizaciones internacionales como la ONU, la OCDE y el Banco Mundial; este último ha condicionado la financiación de proyectos de inversión a la observancia de regulaciones ambientales. En el caso de la ONU, consideraciones sobre la incorporación de asuntos ambientales y derechos humanos en los TBI se encuentran en los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos. Así mismo, actualmente se pretende la estructuración de un acuerdo vinculante sobre empresas y derechos humanos, según el cual “los TBI (...) ya existentes deberán ser siempre interpretados e implementados de forma que no se vea socavada la capacidad estatal de cumplir con las obligaciones estipuladas en las convenciones e instrumentos de derechos humanos”. Varias orientaciones internacionales se han dado también en el marco de organizaciones de entidades privadas de las cuales se destacan los Principios de Ecuador. De todas maneras, estos intentos resultan en disposiciones que suelen criticarse como laxas y favorables a intereses económicos de empresas de países exportadores de capital; una forma en que pueden hallar fuerza normativa sería precisamente a través de la inclusión de obligaciones de las empresas respecto los derechos humanos en los TBI.

La inclusión de estos objetivos se dirige a fortalecer la potestad de los Estados de interferir cuando los inversionistas, particularmente corporaciones multinacionales, violan derechos humanos o

³³⁰ Este tipo de cláusulas suelen incorporarse con mayor frecuencia en los TLC que en los TBI. VIÑUALES, *op. cit.*, p. 50.

generan daños al medio ambiente en el desarrollo de sus inversiones³³¹. A continuación, se va a verificar su presencia o ausencia en el TLC Colombia- Canadá, asumiendo que se trata de un tratado negociado en el 2008 y entrado en vigor en el 2011.

3.2. Cláusulas ambientales en el TLC Colombia- Canadá

Como lo señala Barnes, la inclusión en los TBI de cláusulas sobre derechos humanos, desarrollo sostenible, responsabilidad de las empresas, la participación de la sociedad civil, la publicidad de la información, entre otras, apenas se remonta al 2008³³², es decir, después de la firma del TLC Colombia- Canadá. Para Aranda, es hasta el 2010 que se promueve la firma de nuevos tratados, cuando los firmados en los noventa cumplieron su término de vigencia para esas fechas. Todo esto apoyado también por la misma UNCTAD, la cual propondría que los nuevos TBI se ajustasen a las nuevas políticas mundiales sobre el desarrollo sostenible³³³, con el fin de brindarle a los Estados receptores la posibilidad de implementarlas sin que ello implique la violación a los TBI, que tradicionalmente privilegiaban la protección de las inversiones por encima de los intereses de los Estados³³⁴.

El interés de los negociadores representantes de los Estados estaría en lograr, a través de declaraciones específicas en los TBI, dar mayor peso a la interpretación que se le da en sede arbitral a asuntos de interés público, como los derechos humanos y la protección del ambiente³³⁵. Así, en los TBI de *tercera generación* se observan esfuerzos por recuperar espacios de política pública de

³³¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 77. “The creation of competing objectives of protecting human rights and the environment from the abuse of multinational corporations leads to a recognition of the regulatory right of the state to interfere in circumstances where the multinational corporate investor abuses human rights such as labour rights or causes environmental damage. The increasing recognition of such a regulatory right will undermine the aim of investment protection and require the recognition that a state has the right to intervene in an investment that poses a danger to the environment or involves an abuse of human rights” (p. 78).

³³² BARNES, M.M., 2019. The ‘social license to operate’: An emerging concept in the practice of international investment tribunals. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, no. 2, p. 348.

³³³ ARANDA, *op. cit.*, p. 88.

³³⁴ “La UNCTAD señaló que los acuerdos firmados principalmente en los años noventa constriñen de forma excesiva la capacidad nacional de legislar a favor del desarrollo sostenible y se enfocan de manera exclusiva en proteger a los inversores sin hacer lo suficiente para promover la inversión para el desarrollo. De esta forma, la UNCTAD define una dicotomía clara entre el antiguo modelo de TBI, cuyo único objetivo era proteger las inversiones, y el nuevo: proteger las inversiones, pero de forma coherente con el resto de políticas públicas”. ARANDA, *op. cit.*, p. 88.

³³⁵ NOWROT, *op. cit.*, p. 629.

los Estados receptores³³⁶. En general, estos permiten “apuntar al refuerzo del desarrollo sostenible con el objeto de mejorar el equilibrio entre derechos y obligaciones de los Estados y los inversores”³³⁷, así como también evitar la exposición a litigios de inversión³³⁸, evidenciando así que el Derecho Internacional de Inversiones puede aportar en la protección del ambiente y los derechos humanos, de tal modo que se establezca una relación de apoyo mutuo entre estos dos intereses, en lugar de una antagónica³³⁹.

La incorporación de cláusulas ambientales en tratados internacionales sobre comercio o inversiones tuvo su auge para el Estado colombiano en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos³⁴⁰. Probablemente esta experiencia ha marcado el rumbo de las negociaciones de otros tratados. Ahora bien, ¿Cómo se encuentran incluidos los asuntos ambientales y de derechos humanos en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá? Al respecto, el asunto es considerado en varias partes del tratado, incluso el TLC contiene un capítulo específico referido al medio ambiente y de manera paralela se suscribió también un acuerdo sobre cooperación ambiental.

³³⁶ *Ibidem.*, p. 624. De acuerdo con Mercurio, las tres generaciones de TBI corresponden: la primera a los TBI firmados antes de los dos mil, los cuales mantienen el interés en proteger los derechos de los inversionistas sobre cualquier otro; los de segunda generación firmados después de los dos mil cuentan con referencias más o menos estructuradas sobre la capacidad regulatoria de los Estados en asuntos de interés público, y la tercera generación de TBI, generalmente, regionales, que incluyen disposiciones más precisas, exclusiones e incluso deberes de los inversionistas. MERCURIO, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

³³⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 95.

³³⁸ NOWROT, *op. cit.*, p. 35.

³³⁹ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 7.

³⁴⁰ El TLC Colombia- Estados Unidos contiene un capítulo ambiental completo en el que se establecen como objetivos armonizar y fortalecer las políticas comerciales y ambientales y promover la utilización óptima de los recursos naturales desde la perspectiva del desarrollo sostenible, y se reconoce que las partes no sólo tienen derechos soberanos respecto de la protección y conservación del ambiente sino también obligaciones, pudiendo determinar sus niveles de protección ambiental internos, así como sus propias prioridades en dicha materia. Adicionalmente, en el TLC se estableció que las partes no deben dejar de aplicar efectivamente su legislación ambiental mediante actos u omisiones que afecten el comercio entre ellas, sin embargo, se entiende que la parte está cumpliendo con dicha obligación si las acciones u omisiones permanentes o reincidentes derivan de un ejercicio razonable de dicha potestad. Las partes también reconocieron que es inapropiado promover el comercio o la inversión a través del debilitamiento o desmote de su legislación ambiental, así la legislación ambiental no puede ser modificada o reducida en aras de promover el comercio, ni esto debe ser prometido para lograr el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Estos objetivos, sin embargo, son planteados desde la cooperación internacional y los derechos y obligaciones no son expresados de manera que pudieran referirse a obligaciones adquiridas por los estados a partir de la suscripción de tratados internacionales sobre protección ambiental. Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, Washington (22 de noviembre de 2006).

3.2.1. En el preámbulo

En el preámbulo del TLC Colombia- Canadá las partes decidieron incorporar nociones sobre la protección del ambiente y los derechos humanos, comprometiéndose a aplicar y mejorar las normas ambientales, promover el desarrollo sostenible y motivar a las empresas a realizar sus actividades de conformidad con los principios de responsabilidad social empresarial. Adicionalmente, se señaló que las partes tenían el propósito de “preservar sus flexibilidades para salvaguardar el bienestar público” y así afirmaron sus compromisos sobre el respeto de los valores y principios de la democracia y la promoción de los derechos humanos, “como lo proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Según Santacroce, esta es la forma más común para referirse a los derechos humanos en un TBI, sin embargo, se limita al establecimiento de promesas y no de obligaciones específicas. En todo caso, el preámbulo sirve de parámetro de interpretación de los tratados al establecer los propósitos y fines de las partes con su suscripción³⁴¹.

3.2.2. En el capítulo uno sobre decisiones iniciales

En el artículo 103 del capítulo 1, se aborda la relación entre el TLC y acuerdos multilaterales de medio ambiente. Para tal efecto, señala el TLC que, en la medida de la incompatibilidad, prevalecerán los últimos, “con tal de que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente efectivos y razonablemente disponibles para cumplir con dichas obligaciones, la Parte escoja la alternativa que sea menos incompatible con las otras disposiciones de este Acuerdo”. Esta cláusula, sin embargo, se reduce a los acuerdos multilaterales con obligaciones comerciales, de allí que dentro de los acuerdos enlistados por el Anexo 103 se encuentren aquellos relativos al tráfico de especies³⁴² y a los movimientos transfronterizos de desechos³⁴³.

3.2.3. En el capítulo de Inversiones del TLC (capítulo 8)

³⁴¹ SANTACROCE, F.G., 2019. The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes. *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, p. 145.

³⁴² Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington (3 de marzo de 1973, enmendada 22 de junio de 1979)

³⁴³ Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Basilea (22 de marzo de 1989).

En cuanto a la sección A del capítulo 8 del TLC, según el artículo 815, las partes han reconocido que no es adecuado fomentar la inversión a través de la disminución de estándares de protección ambiental y que, por lo tanto, no pueden dejar de aplicar u ofrecer dejar de aplicar medidas nacionales en ese sentido³⁴⁴. Esto implicaría que, en virtud del interés de las partes por fomentar las inversiones sin disminuir los estándares de protección respecto de asuntos como el medio ambiente, en el TLC con Canadá se reconoció la potestad del Estado receptor para mantener la aplicación de medidas respecto de este tema, así como también sobre salud y seguridad.

Sin embargo, dos observaciones son necesarias respecto de este artículo: 1) en primer lugar, el artículo no señala directamente que pudiera tratarse de medidas nuevas de política ambiental y derechos humanos, más exigentes, sino de su disminución, desconociendo que los estándares de protección de estas áreas tienden a incrementarse conforme los intereses de la sociedad por conservar el ambiente y los recursos naturales; y 2) en el anexo 837, sobre exclusiones en materia de solución de controversias, se menciona este artículo, de modo que no puede ser invocado en sede arbitral³⁴⁵. Precisamente, la crítica a este tipo de cláusulas es que no disponen de mecanismos procesales para solicitar su cumplimiento, más que comunicaciones y consultas entre las partes, lo que hace este TLC³⁴⁶, reiterando que el objeto central de los sistemas de arbitraje internacional Inversionista-Estado es la protección de inversiones, pues a pesar del reconocimiento hecho en el artículo 815 en favor de la protección del ambiente, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no parecen claras en contra de la parte que incurra en su vulneración.

Adicionalmente, en el artículo 816 sobre “Responsabilidad Social Corporativa” se establece que las partes contratantes deberán alentar a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción, a que incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social

³⁴⁴ Art. 815: “Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus estándares en medidas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto, u ofrecer dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista”.

³⁴⁵ Anexo 837 (3): “El Artículo 815 no estará sujeto a las disposiciones sobre solución de controversias de la Sección B de este Capítulo o del Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias)”.

³⁴⁶ COTULA, L., 2016. Foreign investment, law and sustainable development A handbook on agriculture and extractive industries. International Institute for Environment and Development [en línea], p. 98. Disponible en: <http://pubs.iied.org/pdfs/12587IIED.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021). En el caso del TLC Colombia- Canadá, este señala en su artículo 815 que: “si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con la otra Parte. Las Partes harán todo intento de ocuparse del asunto a través de consultas e intercambio de información”.

corporativa, incluidos en su legislación nacional, así como también en declaraciones aprobadas o respaldadas por las partes, incluyendo principios sobre medio ambiente, derechos humanos, relaciones con la comunidad, entre otros³⁴⁷. Así, en esta cláusula los Estados se comprometen a alentar comportamientos socialmente responsables de los inversionistas sin establecer obligaciones específicas o directas a su cargo, ni formas mediante las cuales puedan hacerse efectivas dichas obligaciones³⁴⁸. Esto tiene que ver con la discusión sobre la falta de responsabilidad de las empresas multinacionales en el Derecho Internacional de Inversiones por daños ambientales en los Estados receptores³⁴⁹.

Finalmente, en el Anexo 811 de esta misma sección (A), se establece que:

“(b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta”³⁵⁰.

En el derecho internacional estas cláusulas también conocidas como justificativas tienen el efecto de “desviar” o dejar sin aplicación estándares de protección sustantivos en circunstancias extraordinarias, como la protección del ambiente o el derecho humano a la salud, en las que es permitida la intervención del Estado anfitrión bajo la premisa de que no se trate de medidas discriminatorias o que encubran obstáculos a las inversiones³⁵¹. En el caso del TLC Colombia-Canadá, para que una medida ambiental y de derechos humanos no se tenga como expropiación

³⁴⁷ El tratado señala que se incluyen principios en asuntos como “derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción” (art. 816).

³⁴⁸ Nowrot menciona el artículo 72 del Acuerdo de Asociación Económica entre los países del CARIFORUM y la Unión Europea, de 2008, en donde las partes se comprometieron a orientar el comportamiento de los inversionistas a través de mecanismos como medidas legislativas, para garantizar que los inversionistas en su territorio no operen sus inversiones eludiendo obligaciones ambientales, que surjan de acuerdos firmados y ratificados por las partes. Aunque en forma de responsabilidad indirecta y a cargo del Estado anfitrión, esta cláusula evidencia que los TBI o acuerdos sobre inversiones sí pueden incluir disposiciones que inserten obligaciones surgidas de otros tratados, como los ambientales. NOWROT, *op. cit.*, p. 638.

³⁴⁹ *Ibidem.*, p. 619. ONU. 2001. Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

³⁵⁰ En el proceso arbitral sería importante también la presentación de material e información científica acerca de las posibles consecuencias de la minería en el Páramo, sin embargo, aunque algunos tribunales han tendido a considerar estos argumentos por sí mismos, o por medio de la asistencia de peritos especializados, otros los han desestimado con base en la ausencia de formación, entre otros. VIÑUALES, *op. cit.*, p. 31.

³⁵¹ *Ibidem.*, p. 52.

indirecta sino regulatoria, es necesario que cumpla con todos los requisitos allí establecidos o, por lo contrario, la medida se tendría como compensable.

Al respecto, es claro que 1) la medida del Estado colombiano no es discriminatoria, pues es aplicable en general a todas las concesiones y demás derechos mineros ubicados en áreas de páramo en Colombia, incluso respecto de áreas diferentes a la minería; 2) fue tomada con base en el interés público de proteger los ecosistemas de páramo ubicados en Colombia por su importancia ecosistémica; 3) se adoptó de buena fe, y en virtud de una decisión judicial objetiva e independiente; y 4) ocurrió en circunstancias extraordinarias, en tanto que la decisión de la Corte se basó en el estado de desprotección de estos ecosistemas en el ordenamiento jurídico y a nivel institucional. Ahora, la buena fe no es un requisito para que se configure una expropiación regulatoria, pues como lo señala el artículo, esta puede incluso parecer ausente, teniendo en cuenta la dureza de la medida a la luz de su objetivo.

No obstante, al tratarse de una excepción aplicable únicamente a la cláusula de expropiación, su peso en sede arbitral es limitado, en tanto que las demandas en los casos estudiados incluyen la vulneración del TJE y la PSP. Así mismo, porque los criterios correspondientes al TJE suelen ser semejantes a los incluidos en la cláusula de expropiación, desde la perspectiva que las medidas deben ser tomadas de forma no discriminatoria, de buena fe, siguiendo el debido proceso, etc. Al ser invocados ambos estándares respecto de las mismas conductas del Estado, los criterios del TJE pueden llegar a sumarle obligaciones al Estado en función de una acusación de expropiación.

En cuanto a la Sección B del capítulo de inversiones, sobre Solución de Controversias Inversionista - Estado (SCIE o *ISDS*), como ya se señaló, el artículo 819 (a) establece que los inversionistas no pueden someter al arbitraje una presunta violación del artículo 815 sobre “medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente” y del artículo 816 sobre la “Responsabilidad social corporativa”. Así, de las cláusulas ambientales y de derechos humanos en el capítulo de inversiones, solo es factible que se debata en sede arbitral la que se refiere a medidas del Estado que el inversionista acuse de ser una forma de expropiación indirecta, frente a lo cual el Estado demandado podría argumentar haberla tomado en consideración de la protección del ambiente, como un objetivo legítimo de bienestar público, y de forma no discriminatoria, de conformidad con el artículo 811.

Mientras tanto, cláusulas como la de responsabilidad social corporativa apenas alcanzan a ser manifestaciones de intenciones, en continuas ocasiones desvirtuadas a falta de una personalidad

jurídica internacional de las empresas multinacionales, razón por la cual el control de sus actividades se reserva a las legislaciones nacionales³⁵².

3.2.4. En el capítulo XXII sobre Excepciones Generales

En el Capítulo XXII sobre Excepciones, el artículo 2201, numeral 3 del TLC Colombia- Canadá establece que dicho tratado no puede interpretarse de modo que impida a las partes adoptar o aplicar medidas necesarias para “a) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal” y “(c) para la conservación de recursos naturales agotables vivo o no vivos”, siempre que dichas medidas no constituyan una “discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión”³⁵³.

Esta disposición reitera la posibilidad de adoptar medidas legítimas de interés público en materia ambiental sin que se consideren una infracción a la sección A del capítulo 8 del tratado, y sin que sea necesario otorgar una compensación, como ya lo regulaba el Anexo 811 sobre la expropiación regulatoria. A diferencia de la anterior disposición, el alcance de esta excepción es más amplio, pues 1) se refiere también a medidas para proteger la vida, la salud humana, animal o vegetal y para proteger los recursos naturales agotables, no solo para proteger el medio ambiente, la salud o la seguridad nacional; y 2) se dirige a todo el TLC, abarcando todo el capítulo de inversiones, es decir, excepciona bajo sus reglas la aplicación de todos los estándares de protección allí señalados.

Frente al alcance de las excepciones, se entiende que este tipo de cláusulas busca autorizar al Estado receptor para adoptar una medida de política pública y evitan que se considere ilícita, razón por la cual no sería necesario compensar cuando se actúa en el marco y bajo los requisitos regulados en ellas; empero, para que ello ocurra deberá tenerse en cuenta si la medida es necesaria, no arbitraria, ni discriminatoria, si se relaciona con la cláusula alegada por el inversionista y si no implica una restricción encubierta al comercio o las inversiones³⁵⁴. En el caso de la excepción planteada en el TLC Colombia- Canadá, no se excluye su aplicación a cláusulas como la de TJE o expropiación;

³⁵² SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 78.

³⁵³ Art. 2201, numeral 3. “Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión); sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o aplicar medidas necesarias: (a) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal (...). (c) para la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos”.

³⁵⁴ MERCURIO, *op. cit.*, p. 270.

no obstante, el hecho de que hubieran sido incluidas específicamente para el TJE y la PSP podría aumentar su fuerza en sede arbitral.

3.2.5. En el Capítulo Diecisiete sobre Medio Ambiente

Este capítulo es probablemente uno de los más cortos del TLC, sin embargo, contiene disposiciones que permiten acoger como su propósito la protección del ambiente. En primer lugar, este capítulo señala que las partes contratantes reconocen que: 1. Cada una tiene derechos derivados de su soberanía y responsabilidades en torno a la conservación y protección del medio ambiente; y 2. Que tienen también *obligaciones ambientales* de conformidad con su legislación interna y *obligaciones internacionales* de conformidad con los acuerdos multilaterales ambientales de los que son parte³⁵⁵. A renglón seguido, señala que las partes reconocen que debe existir un mutuo apoyo entre las políticas comerciales y ambientales, de modo que la implementación del TLC debe realizarse de forma “compatible con la protección y conservación ambiental y el uso sostenible de sus recursos”³⁵⁶. Adicionalmente, las partes dispusieron como principio en el artículo 1702 sobre *No derogación*, que ninguna de ellas “estimulará el comercio o la inversión a través del debilitamiento o reducción de los niveles de protección contemplados en sus respectivas legislaciones ambientales”³⁵⁷, de forma similar al artículo 815 del capítulo sobre inversiones.

La desventaja de este tipo de cláusulas sigue siendo igual, no disponen de mecanismos para hacerlas efectivas, quedando como simples intenciones. A pesar de ello, es necesario destacar la afirmación de las partes de sus obligaciones ambientales derivadas de tratados multilaterales, sin exigir que sean suscritos por ambas, respetando las prioridades de política ambiental de los Estados. Así mismo, señala el apoyo mutuo que debe haber entre las políticas ambientales y comerciales, sin darle prioridad a los intereses económicos.

³⁵⁵ Art. 1701 (1): “Afirmaciones. 1. Las Partes reconocen que cada Parte tiene derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales de conformidad con su legislación nacional, así como sus obligaciones internacionales de conformidad con los acuerdos multilaterales ambientales de los cuales sean parte.

2. Las Partes reconocen el apoyo mutuo entre políticas comerciales y ambientales y la necesidad de implementar este Acuerdo de una forma compatible con la protección y conservación ambiental y el uso sostenible de sus recursos”.

³⁵⁶ Art. 1701 (2).

³⁵⁷ Art. 1702.

Finalmente, sobre la relación entre el TLC y el Acuerdo Ambiental Paralelo, señala el artículo 1704 que:

“1. Las Partes reconocen la importancia de balancear las obligaciones comerciales y ambientales, y afirman que el Acuerdo sobre Medio Ambiente complementa este Acuerdo y que los dos se apoyan mutuamente”³⁵⁸.

Esta disposición es muy importante para el Estado colombiano, porque no subordina el acuerdo ambiental a las disposiciones del TLC, es decir, no señala que prevalece el TLC sobre el Acuerdo Ambiental.

3.2.6. En el Acuerdo sobre Medio Ambiente Colombia-Canadá³⁵⁹

En los acuerdos paralelos sobre medio ambiente las Partes acuerdan ajustar las obligaciones del tratado a consideraciones ambientales³⁶⁰. En el caso del Colombia- Canadá, el preámbulo del acuerdo materializa el compromiso de las partes de implementar el TLC “de manera consecuente con la conservación y protección ambiental y el uso sostenible de los recursos”, propendiendo por el mejoramiento y aplicación de la legislación ambiental³⁶¹, el fortalecimiento de la cooperación ambiental y la promoción del desarrollo sostenible. Así, también reconoce la importancia de la participación pública y la transparencia en la definición de las políticas ambientales. Teniendo en cuenta este preámbulo, mediante el Acuerdo Ambiental las partes buscarían equilibrar la relación entre la protección del ambiente y el crecimiento económico a través de inversiones y comercio,

³⁵⁸ Art. 1704 (1).

³⁵⁹ De acuerdo con el Ministerio de Ambiente de Colombia, el acuerdo sobre medio ambiente fue suscrito de manera paralela con el TLC el 21 de noviembre de 2008 y entró en vigencia el 15 de agosto de 2011. Esto también teniendo en cuenta el artículo 18, según el cual el acuerdo entró en vigor con la entrada en vigor del TLC. MINISTERIO DE AMBIENTE. 2021. Ambiente y desarrollo en los TLC [en línea]. Disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/asuntos-internacionales/negociacion/ambiente-y-desarrollo-en-los-tlc> (consultado el 18 de abril del 2021). Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales de Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia.

³⁶⁰ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 13.

³⁶¹ En el Acuerdo, el concepto “legislación ambiental” se define como “toda ley o reglamento de una de las Partes, o una disposición contenida en los mismos, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana mediante: (...) (c) la conservación de la diversidad biológica, que incluye la protección de la flora y fauna silvestres, las especies amenazadas, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial en el territorio de la Parte”.. Así mismo, para el caso de Colombia, ley o regulación significa toda ley promulgada por el Congreso, o resoluciones promulgadas por el sector ejecutivo central en desarrollo de las leyes y que sean ejecutadas por este (Art. 1).

reconociendo incluso que esto es posible, entre otras cosas, mediante el mejoramiento de las leyes y reglamentos ambientales y su aplicación efectiva, cuyo papel le corresponde precisamente al Estado³⁶².

En su artículo 2, sobre Disposiciones generales, se reconoce que las partes tienen la potestad soberana para establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas de desarrollo ambiental, y por ende de adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales para alcanzar altos niveles de protección ambiental³⁶³. Este artículo es importante pues, a diferencia de lo establecido dentro del TLC, la protección ambiental no sólo no debe reducirse para atraer la inversión, sino desarrollarse y mejorarse con la adopción o modificación de medidas ambientales, en las que el Estado es autónomo³⁶⁴.

En virtud de este acuerdo, las partes se comprometieron además a mantener procedimientos ambientales de conformidad con su legislación que sean adecuados para evaluar los impactos ambientales que pueden generar algunos planes y proyectos³⁶⁵. De manera muy representativa, las partes señalan que nada en el acuerdo se debe interpretar en el sentido de “afectar los derechos y obligaciones existentes de cada Parte en virtud de otros acuerdos ambientales internacionales de los cuales dicha Parte sea Parte”³⁶⁶. Entre ellos, destacan expresamente la importancia del Convenio sobre Diversidad Biológica derivado de la Convención de Río de 1992, y se comprometen a trabajar conjuntamente en el logro de sus objetivos³⁶⁷.

En cuanto al acceso a mecanismos judiciales o administrativos, dispone el acuerdo que las partes se obligan a garantizar que las personas interesadas -residentes o establecidas en una parte- puedan

³⁶² Art. 2 (2). “2. En consecuencia y con el objeto de alcanzar altos niveles de protección ambiental, cada Parte deberá observar y hacer cumplir su legislación ambiental a través de la acción gubernamental y sus leyes ambientales”.

³⁶³ Art. 2 (1). “1. Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental nacional y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, al igual que de adoptar o modificar consiguientemente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas ambientales establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir desarrollando y mejorando esas leyes y políticas”.

³⁶⁴ *Idem*.

³⁶⁵ Art. 2. (5). “5. Cada Parte se asegurará de que mantiene procedimientos apropiados para evaluar los impactos ambientales, de conformidad con las leyes y políticas nacionales, de proyectos y planes propuestos, que puedan causar efectos adversos en el ambiente, con miras a evitar o minimizar tales efectos adversos”.

³⁶⁶ Art. 2 (9).

³⁶⁷ Art. 2 (8) “8. Las Partes afirman la importancia del Convenio sobre la Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (convenio sobre la Diversidad Biológica) y acuerdan trabajar en forma conjunta para avanzar en los objetivos de ese Convenio”. Por su parte, el artículo 5 somete varias consideraciones a lo establecido en dicho convenio, como la importancia de la participación y consulta del público, el respeto y conservación de conocimientos y prácticas tradicionales,

solicitar ante las autoridades competentes la investigación de la presunta violación de normas ambientales. Los procedimientos administrativos o judiciales empleados deben corresponder con los principios de transparencia y debido proceso³⁶⁸. Con todo, estos principios no sólo amparan la protección del ambiente a partir de la participación ciudadana, sino que también contribuyen a la garantía de los derechos de los inversionistas inmiscuidos en procedimientos ambientales.

Con respecto a la publicidad de la información, señala el acuerdo que las normas ambientales deben ser de conocimiento público, como también los procedimientos para su aplicación y cumplimiento³⁶⁹. En este caso, la publicidad de la información también protege a los inversionistas en la medida en que se le exige al Estado la publicidad y disposición de todas las normas ambientales, entre ellas, leyes, reglamentaciones y demás disposiciones normativas³⁷⁰.

Finalmente, como factor limitante, se tiene que el mecanismo por excelencia que plantea el Acuerdo para desarrollar estos compromisos es la cooperación internacional³⁷¹, y para la solución de controversias entre las partes respecto del acuerdo se plantea en principio las consultas³⁷².

3.2.7. Participación de terceros en las disputas sobre inversiones

Uno de los asuntos controversiales en las disputas sobre inversiones tiene que ver con la invisibilización en los escenarios de arbitraje de comunidades locales afectadas por el desarrollo de las actividades de inversión que generan degradación ambiental³⁷³. Los TBI recientes también han incluido, con mayor frecuencia y amplitud, la participación de *partes no contendientes* en las controversias sobre inversiones, a través de la presentación de documentos *amicus curiae*, con el fin de que provean al tribunal consideraciones de hecho y de derecho -aunque en menor proporción- necesarias en la solución de la controversia³⁷⁴. La intervención de partes no contendientes como organizaciones no gubernamentales, defensores de derechos humanos, ambientalistas y poblaciones afectadas puede traer transparencia al proceso de arbitraje y legitimidad a las

³⁶⁸ Art. 3 (1, 2, 3, 4).

³⁶⁹ Art. 4 (1).

³⁷⁰ Art. 4 (2): 2. Cada Parte se asegurará de que sus leyes, regulaciones y disposiciones administrativas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Acuerdo sean prontamente publicadas o estén de otra forma disponibles en tal forma que las personas interesadas puedan conocerlas”.

³⁷¹ Art. 7.

³⁷² Art. 12.

³⁷³ MILES, *op. cit.*, p. 114.

³⁷⁴ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 27.

decisiones allí tomadas, sin embargo, en la práctica la participación suele ser restringida según las reglas que disponga cada tratado³⁷⁵. Estas reglas, generalmente son restrictivas y no les permite a los *amicus* actuar como partes, sino únicamente brindar al tribunal argumentos que le permitan deliberar sobre el objeto de la disputa, de ahí que dichos argumentos deban basarse en el fondo de la controversia, la cual se centra en la protección de inversiones³⁷⁶.

Frente a la participación de terceros en el procedimiento arbitral, el artículo 831 de la sección B del capítulo de inversiones señala que es el Tribunal el encargado de decidir si acepta o no la presentación de un escrito de una parte no contendiente, siempre que esta tenga un “interés significativo” en el arbitraje. Sin embargo, no establece la utilización de un parámetro específico, dejándole al tribunal un amplio margen de decisión. La participación de terceros se limita además a que esta no obstaculice las actuaciones del proceso y que no “moleste” o “perjudique” injustificadamente a una de las partes contendientes. Estos parámetros son subjetivos y abiertos, dificultando así la participación del público, por ejemplo, mediante escritos *amicus curiae* de organizaciones civiles. Adicionalmente, en el anexo 831, se establece que en la solicitud de autorización debe demostrarse un interés significativo³⁷⁷, mediante el señalamiento de los asuntos de hecho o de derecho en el arbitraje al que hará referencia en el escrito³⁷⁸. En cuanto al escrito, este debe únicamente hacer referencia “a los asuntos contenidos dentro del alcance de la controversia”³⁷⁹.

En conclusión, se tiene que la participación ciudadana en el marco del capítulo de inversiones del TLC, y específicamente en cuanto a la solución de controversias, presenta serias limitaciones al tratarse de disputas en las que se evalúa una medida ambiental y de derechos humanos del Estado anfitrión de la inversión. Precisamente, una de las críticas al derecho internacional de inversiones es que en su estructuración se ha buscado *despolitizar* los escenarios de solución de controversias³⁸⁰, de allí que alegatos de los Estados respecto de intereses públicos han sido

³⁷⁵ *Ibidem.*, p. 28. JOSHI, op. cit., p. 565.

³⁷⁶ COTULA, 2020b, op. cit.: “(...) tribunals enjoy wide discretion on whether to accept the submissions and what use, if any, to make of the arguments they contain” p. 448.

³⁷⁷ Anexo 831 (f)

³⁷⁸ Anexo 831 (1) (f).

³⁷⁹ Anexo 831 (2) (d).

³⁸⁰ “Con su sistema de reglas e instituciones altamente tecnificado, el ISDS da la impresión de ser apolítico, pero el estrecho marco en el que opera refleja decisiones profundamente políticas sobre los derechos y expectativas protegidos legalmente, y sobre cómo se equilibran los intereses comerciales y públicos.” COTULA, 2020a, op. cit., “In the face of the NIEO and increasing environmental and human rights- based activism within host states, capital-exporting states

considerados como “políticos”, y las acciones como causales de violación del TJE. Así mismo, la participación de movimientos sociales como defensores de intereses “sociopolíticos” se considera irrelevante a la hora de determinar los derechos de los inversionistas³⁸¹, mientras que, en ocasiones las acciones de estos movimientos se consideran causales del reclamo del inversionista, como en el caso de *Aguas del Tunari c. Bolivia*³⁸².

En el procedimiento arbitral del caso *Eco Oro Minerals c. Colombia*, el Tribunal rechazó el escrito *amicus curiae* firmado por varias organizaciones civiles, argumentando que no existía una relación entre la disputa y el derecho humano al ambiente sano, y que por ello no existía un interés legítimo en el proceso arbitral por parte de dichas organizaciones, al tratarse de un litigio dirigido a determinar principalmente la responsabilidad o no del Estado frente a la afectación de las inversiones extranjeras independientemente del origen de la medida, es decir, otorgando menor peso jurídico a disposiciones como las contenidas en los artículos 811 y 815, y en desmedro de los esfuerzos de la comunidad internacional por garantizar la participación pública en asuntos ambientales, los cuales se reflejan por ejemplo en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente de 1992, o recientemente en el Acuerdo de Escazú³⁸³, el cual no ha sido ratificado por Colombia.

En conclusión, 1) el TLC Colombia- Canadá cuenta con disposiciones expresas sobre derechos humanos y medio ambiente, las cuales deben leerse e interpretarse de manera integral, incluso respecto del Acuerdo Ambiental suscrito de manera paralela por las partes. 2) Tanto las disposiciones del preámbulo, las contenidas en el capítulo ambiental y en el acuerdo paralelo, como las relativas a la responsabilidad social corporativa y la no disminución de estándares ambientales, deberían ser al menos tenidas como criterios de interpretación del tratado en su conjunto, pues manifiestan la voluntad de las partes por incorporar la protección del medio ambiente y los derechos humanos como intereses dentro del tratado, más allá de la sola protección de inversiones. Así mismo, al estar incorporadas de manera expresa en el tratado deben servir de parámetro a las

and their investing nationals were able to frame these circumstances as requiring a ‘depoliticised’ environment in which to resolve investment disputes”. MILES, *op. cit.*, p. 103.

³⁸¹ *Ibidem.*, p. 104.

³⁸² *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia*, CIADI, caso No. ARB/02/3, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción del demandado (21 de octubre de 2005), párr. 16, 17 y 73. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10958_0.pdf (consultado el 18 de abril del 2021).

³⁸³ BAS VILIZZIO, *op. cit.*, p. 136.

expectativas legítimas de los inversionistas, a pesar de no establecer obligaciones específicas³⁸⁴. Si el TLC fuera más allá, por ejemplo, restringiría la aplicación del TBI a inversiones que dañan el medio ambiente en la misma cláusula que define las inversiones cubiertas.

Adicionalmente, 3) las disposiciones que establecen excepciones generales sobre la capacidad regulatoria del Estado en asuntos de derechos humanos y medio ambiente, incluso respecto de los estándares de protección de los inversionistas -específicas-, deben ser aplicadas directamente a la controversia. Entre ellas, las de mayor peso en sede arbitral pueden ser las correspondientes a: 1) el Anexo 811 del Capítulo 8, sobre Expropiación, que de manera expresa excluye de la configuración de una expropiación indirecta, las medidas ambientales tomadas en circunstancias excepcionales, con un objetivo público y no discriminatorias; y 2) El artículo 2201 (3), del capítulo de Excepciones Generales, que reitera dicha exclusión de manera general, es decir, aplicable a otros estándares de protección de inversionistas como el TJE y la PSP.

De conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los tratados internacionales deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto de los términos, el cual se compone, además del mismo texto del tratado, de su preámbulo y anexos de: “a) Todo acuerdo al que se refiera el tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”³⁸⁵, como el Acuerdo Ambiental Paralelo; y “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, como el Convenio sobre Diversidad Biológica³⁸⁶. Por lo anterior, 4) también estos instrumentos y sus disposiciones deben ser tenidos en cuenta por los tribunales de arbitraje conformados a la hora de definir las disputas.

Sin embargo, 5) las disposiciones del TLC siguen siendo vagas respecto del interés de proteger el medio ambiente y los derechos humanos, pues la gran mayoría se disponen como propósitos de política pública y no cuentan con mecanismos para hacerlas cumplir, ni tampoco se establecen

³⁸⁴ “When concepts such as human life and health, safety or due process are included in the investment treaty, it may be argued that there is an implied reference to international human rights principles and instruments protecting those rights. They may thus become applicable as an interpretative tool. “. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 147. “In practice, both kind of reference should lead the tribunal to favour a balanced interpretation of the terms of the treaty in order to make sure that they are consistent with relevant human rights instruments. Moreover, the presence of such express references to human rights instruments and principles should presumably inform the legitimate expectations of a foreign investor”. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 145.

³⁸⁵ Convención de Viena, art. 31, 2 (a).

³⁸⁶ *Ibidem.*, art. 31, 3 (c).

obligaciones de las empresas, más que la simple voluntad de acoger prácticas sociales y ambientales adecuadas³⁸⁷, manteniendo el desequilibrio entre las obligaciones a cargo del Estado y los derechos concedidos a los inversionistas que caracteriza a los TBI anteriores a 2008³⁸⁸. Así, este TLC podría incluirse en la crítica de la UNCTAD a los tratados firmados antes de 2010:

“Antes de 2010 se celebraron más de 2.500 AII (el 95% de los tratados en vigor). Mientras tanto, hay unos 700 tratados que todavía no han entrado en vigor. b) Los tratados de primera generación “muerden”. Casi todos los casos actuales conocidos de solución de controversias entre inversores y Estados se basan en tratados celebrados antes de 2010, que en su mayor parte contienen formulaciones generales y vagas. c) Los tratados de primera generación perpetúan incoherencias. El hecho de que sigan existiendo provoca superposiciones y fragmentación en las relaciones entre tratados, así como problemas de interacción”³⁸⁹.

Reciente doctrina mantiene esa postura respecto de los TBI antiguos, pues sus disposiciones, propensas a amplias interpretaciones, ocasionan falta de predictibilidad del Estado a la hora de determinar qué medidas pueden ser consideradas como violatorias del TBI³⁹⁰.

Habiendo descrito las cláusulas ambientales del TLC Colombia- Canadá que pueden ser importantes a la hora de definir las disputas analizadas, a continuación se analizará cómo se ha abordado en la doctrina y en sede arbitral la vulneración de las cláusulas de TJE y expropiación por medidas ambientales y de derechos humanos, buscado debatir aspectos que podrían ser abordados en las demandas en contra de Colombia.

3.3. Violación de las cláusulas de TJE y expropiación por medidas ambientales en el derecho internacional de inversiones y la casuística arbitral

³⁸⁷ ARANDA, *op. cit.*, p. 93. Las disposiciones destacan por ser vagas y poco concisas, circunstancia que, como veremos posteriormente, ha demostrado ser muy problemática, debido al amplio margen de interpretación que suscitan”.

³⁸⁸ BARNES, *op. cit.*, p. 349. CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 7.

³⁸⁹ UNCTAD. 2017. Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2. Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible, Quinto período de sesiones (Ginebra, 9 a 11 de octubre de 2017). p. 3.

³⁹⁰ ARANDA, *op. cit.*, p. 93.

Respecto de la adopción de medidas sobre medio ambiente y derechos humanos, los inversionistas suelen invocar en sus demandas la violación de las cláusulas del TJE y de expropiación, ya sea por la expedición de una ley por parte del legislativo, o actuaciones del ejecutivo, bajo las siguientes acusaciones: 1) como causales de violación de los deberes de transparencia y respeto por las expectativas legítimas del inversionista, que conforman el TJE en su interpretación extensiva, en la que se tiene en cuenta la invocación de *cláusulas de estabilización* como la contenida en el Código de Minas de Colombia en su artículo 46; o 2) como una expropiación indirecta que requiere ser compensada. A continuación, se analiza en la doctrina y en la casuística arbitral, cómo han sido abordadas estas cláusulas frente a medidas ambientales y de derechos humanos de los Estados receptores.

3.3.1. Violaciones del TJE por medidas ambientales y de derechos humanos

Tradicionalmente, en el Derecho Internacional de inversiones el TJE ha exigido del Estado anfitrión la obligación de evitar medidas irrazonables, discriminatorias o arbitrarias en contra de inversionistas extranjeros y sus inversiones, en virtud de los principios de buena fe, debido proceso y no denegación de justicia. El Estado anfitrión vulneraría el TJE como consecuencia de una actuación o conducta arbitraria, groseramente injusta, discriminatoria, como una falla manifiesta al debido proceso o una falta total de transparencia en un proceso administrativo³⁹¹. No obstante, bajo una noción extensiva del TJE, como un estándar autónomo que debe analizarse caso por caso, tribunales arbitrales han recurrido además al análisis de las expectativas legítimas o básicas de los inversionistas como elemento central, teniendo como punto de partida la regulación vigente al momento del ingreso de las inversiones, y disposiciones o declaraciones específicas del Estado en favor del inversionista y/o la inversión³⁹².

Con base en los principios de buena fe y transparencia, las expectativas legítimas implicarían el deber del Estado receptor de garantizar la estabilidad del marco regulatorio vigente -incluso el de negocios-, al ingreso de la inversión y durante todo su desarrollo, pues este habría sido un factor determinante para los inversionistas a la hora de establecer una inversión. Habiendo conocido las reglas de juego, los inversionistas esperarían una conducta coherente, consistente y ausente de

³⁹¹ *Waste Management Inc. c. México (II)*, op. cit., párr. 98.

³⁹² MILES, op. cit., p. 168. *El Paso Energy International Company c. Argentina*, op. cit., párr. 356.

ambigüedades por parte del Estado, libre de medidas arbitrarias o discriminatorias contra sus derechos³⁹³. Este sería el argumento principal de los demandantes canadienses en contra de Colombia, en relación con el TJE, pues la decisión de prohibir la minería en páramos se adoptó después de establecidas las inversiones, lo que implica que los inversionistas habrían logrado los permisos legales requeridos. Además, habrían contado con el apoyo de los diferentes gobiernos de Colombia, los cuales enarbolaron la existencia de un marco jurídico beneficioso para las inversiones en minería, teniendo en cuenta la cláusula de estabilización en el Código de Minas³⁹⁴.

Lo anterior es problemático, debido a que la noción contemporánea del Estado supone el deber y la potestad para intervenir en actividades desarrolladas en su territorio, que afecten intereses públicos, como es el caso de la conservación de los recursos naturales y la biodiversidad, la protección del ambiente y la garantía de los derechos humanos, como el derecho al agua, a la salud, al ambiente sano. De acuerdo con Aranda, una interpretación del TJE a partir de las expectativas legítimas del inversionista “genera un riesgo para los Estados, ya que pueden ver constreñida su capacidad regulatoria y de generación de nuevas políticas en materias relacionadas con las inversiones”³⁹⁵, entre ellas las referidas a la protección del ambiente y los derechos humanos.

Los efectos de las actividades de inversión en el medio ambiente son de vital importancia para los Estados receptores y, en general, para la comunidad internacional, de cara al cambio climático y al agotamiento de los recursos naturales para la existencia humana³⁹⁶. Particularmente, en el área de la minería, es la legislación nacional la que establece cuáles son los trámites y requisitos exigidos para que empresas, incluidas las extranjeras, inicien actividades en su territorio, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental y la consecución de permisos, aplicables a todos los interesados³⁹⁷. Sin el cumplimiento de estos requisitos, las actividades mineras no pueden realizarse. Así, si un estudio ambiental evidencia un daño probable al medio ambiente, también en relación con los derechos humanos, el permiso debe ser denegado, y con ello el ingreso y

³⁹³ *Id. Medioambientales Tecmed c. México*, *op. cit.*, párrs.154, 173.

³⁹⁴ *Galway Gold Inc. c. Colombia*, *op. cit.*, párr. 23.

³⁹⁵ ARANDA, *op. cit.*, p. 95.

³⁹⁶ De allí que no sólo normas nacionales puedan resultar incompatibles con los tratados de protección de inversiones, sino también disposiciones de carácter internacional, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Protocolo de Kioto, MILES, *op. cit.*, p. 191.

³⁹⁷ Ley 685 de 2001, art. 85.

estabilización del capital extranjero³⁹⁸. Estas normas van a ser las que observen los inversionistas al ingresar la inversión, por lo que su claridad es indispensable.

Sin embargo, suele considerarse -con fundamento- que en los países “en vía de desarrollo” los estándares de protección ambiental y derechos humanos establecidos en las legislaciones internas no suelen ser igual de rigurosos que en los “países desarrollados”³⁹⁹; de allí que, una actividad en un país “en vía de desarrollo” pueda ser permitida mientras que en un país desarrollado no, o sea más difícil alcanzar un permiso debido a los requisitos ambientales, o sociales, e incluso culturales⁴⁰⁰. Existe una preocupación al respecto, de que los gobiernos de países “en vía de desarrollo” disminuyan o mantengan bajos estándares de protección ambiental y de derechos humanos con la finalidad de atraer inversión extranjera, lo que se ha denominado “carrera hacia el fondo” –*race to the bottom*- y/o “enfriamiento regulatorio”⁴⁰¹.

Lo anterior se manifiesta en la regulación minera de Colombia, en la medida en que se introdujeron excepciones a la prohibición total de minería en páramos, con la intención de no impedir el desarrollo de concesiones mineras de empresas que ya contaban con contrato o título minero y licencia ambiental, entre ellas las empresas canadienses. Esto, por encima del deber del Estado de proteger estos recursos tan importantes para la supervivencia de su población. Curiosamente, los intereses económicos de los Estados harían que el Derecho Internacional de Inversiones condicione con mayor fuerza las legislaciones nacionales -normas jurídicas y administrativas-⁴⁰², que otras áreas del Derecho Internacional como el DIA o el DIDH.

Los estándares de protección ambiental y de derechos humanos se han ido -y *deben irse*- incrementando conforme a los debates en espacios locales, regionales e internacionales, generados a partir de preocupaciones sobre la degradación cada vez mayor del medio ambiente, la pérdida de biodiversidad y recursos naturales vitales a escala mundial, y a la creciente preocupación por las

³⁹⁸ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 109.

³⁹⁹ “(...) even investments made in compliance with national law can dispossess local actors, because—as discussed above— many national laws fail adequately to recognize local resource rights, conceptions, and use”. COTULA, 2020a, *op. cit.*, p. 450.

⁴⁰⁰ En el caso del fracking, por ejemplo, o la emisión de gases de CO2.

⁴⁰¹ Para Solórzano, “esto ha implicado que los Estados hagan un recorte progresivo de derechos de tipo social, como son las prestaciones laborales o de protección del medio ambiente, todo con el propósito que las grandes empresas puedan ejercer su actividad sin problema alguno y con la mayor cantidad de ganancias”. SOLÓRZANO, 2017, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁰² NOWROT, *op. cit.*, p. 621.

consecuencias devastadoras del cambio climático para las futuras generaciones. Es preciso mencionar que las normas ambientales no son estáticas y se manejan por principios que propenden por una protección cada vez mayor, particularmente debido a su relación con la satisfacción de derechos humanos. En consecuencia, si bien a la entrada de una inversión extranjera los estándares de protección ambiental que regulan una materia pueden no ser tan exigentes o rigurosos y un inversionista puede iniciar sus actividades de conformidad con la legislación nacional vigente-entendiendo por legislación leyes y reglamentos-, estos pueden incrementarse y consolidarse con el tiempo, lo que puede afectar el desarrollo de una inversión, incluso impedirlo en su totalidad, por ejemplo, como resultado de innovaciones y descubrimientos científicos como los que evidencian peligros latentes para el medio ambiente o la salud humana, o los que proponen mejores prácticas ambientales en diferentes proyectos⁴⁰³.

Ahora bien, en el marco de un TBI, las obligaciones allí contenidas que pudieran derivarse además de una interpretación arbitral extensiva, limitan en la práctica la capacidad de intervención del Estado, a nivel ejecutivo, legislativo y judicial, y en diferentes áreas en las que se relacionen los derechos humanos y el medio ambiente con el desarrollo de inversiones⁴⁰⁴, en la medida en que cualquier decisión deberá satisfacer las obligaciones incluidas en el TBI y las que el Tribunal reconozca como principios del derecho internacional de inversiones, entre ellas, la de mantener un entorno jurídico estable como elemento del TJE⁴⁰⁵. Aunque casos más representativos en este sentido se encuentran en laudos anteriores, como son *Waste Management Inc. c. México*⁴⁰⁶ y *Metalclad c. México*⁴⁰⁷, las expectativas legítimas se consolidan cada vez más en la práctica arbitral, siendo señaladas como: 1) un interés del tratado dispuesto en el preámbulo, cuando los TBI son promocionados como mecanismos para garantizar un marco comercial y jurídico predecible para la inversión; 2) como principio del derecho internacional de inversiones; o incluso

⁴⁰³ MILES, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁰⁴ *Ídem*.

⁴⁰⁵ *Bear Creek Mining Corporation c. Perú*, CIADI, caso No. ARB/14/21, Laudo, párr. 376. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf> (consultado el 12 de abril del 2021).

⁴⁰⁶ *Waste Management Inc. c. México*, *op. cit.*, párr. 99.

⁴⁰⁷ “México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN” *Metalclad c. México*, *op. cit.*, párr. 99.

3) como criterio para determinar sin una medida configura una expropiación indirecta, debido a que los requisitos para su configuración suelen traslaparse⁴⁰⁸.

Las demandas sobre medidas ambientales del Estado receptor como causales de violación del TJE han involucrado actuaciones administrativas que interfieren en el desarrollo de inversiones extranjeras, como por ejemplo: a) la negativa a conceder un permiso, b) la cancelación de una licencia, o c) un cambio normativo -que también puede ser causado por la actividad legislativa y judicial-⁴⁰⁹, las cuales se han considerado como formas de contrariar las expectativas legítimas de los inversionistas, a pesar de ser tomadas en virtud del interés de los Estados por proteger el ambiente y los derechos humanos, materializado en sus políticas públicas e impulsado por las poblaciones afectadas con el desarrollo de la minería, incluso en los que tribunales nacionales han tenido que contrariar la política del gobierno de turno.

Para Miles, una interpretación extensiva del TJE de origen arbitral -*arbitral law-making*-, si bien no implica que las normas serán inmodificables a futuro, pues esto es un absurdo, como lo determinó el tribunal de *El Paso c. Argentina*⁴¹⁰, sí genera reticencia por parte del Estado receptor a intervenir en áreas de interés público, pues cada medida debería estar acorde con las obligaciones del TJE⁴¹¹. A continuación, se mencionan algunos de los argumentos que puede utilizar el Estado para objetar la violación del TJE en el caso de la adopción de medidas ambientales o de derechos humanos.

Sornarajah afirma que, como principios del derecho internacional, los Estados tienen soberanía sobre sus recursos naturales y la prerrogativa de legislar y hacer cumplir la Ley en su territorio⁴¹².

⁴⁰⁸ *Bear Creek Mining Corporation c. Perú*, *op. cit.*, párrs. 415 y 490. *Bilcon of Delaware et al c. Canadá*, CPA, Caso No. 2009-04, Laudo (17 de marzo de 2015), párrs. 282, 603, 604. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>. (consultado el 12 de abril del 2021).

⁴⁰⁹ *Ídem*.

⁴¹⁰ “(...) si se admitiera la fórmula frecuentemente reiterada que postula que “la estabilidad del marco jurídico y de negocios es un elemento esencial del trato justo y equitativo”, las leyes jamás podrían modificarse: este simple enunciado demuestra su irrelevancia. Este estándar de conducta -el TJE-, aplicado estrictamente, no resulta realista, ni tampoco es el objeto de los TBI que los Estados garanticen que las condiciones jurídicas y económicas en las que se realiza una inversión se mantendrán inalterables *ad infinitum*”. *El Paso c. Argentina*, CIADI, caso No. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre del 2011), párr. 350.

⁴¹¹ “Although the obligation to maintain a stable legal and business environment does not mean that regulation can never change, it does have the potential to constrain host state policy space. At its worst, the requirement to ‘know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments could certainly preclude the accommodation of advances in scientific knowledge or shifts in social values through the enactment of more stringent forms of regulation”. MILES, *op. cit.*, p. 169.

⁴¹² SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 388, 389.

Como resultado, la función de regular ciertas áreas corresponde a un derecho del Estado y no conllevaría el deber de compensar⁴¹³. Aun habiendo ingresado la inversión, el Estado tendría el *derecho* de cancelar un proyecto o acuerdo si se demuestra mediante estudios objetivos que estos generan daños irreversibles al medio ambiente, o impactos que superan los beneficios esperados⁴¹⁴. Esto es que, en circunstancias excepcionales, los derechos de un inversionista extranjero pueden suspenderse, bajo la premisa de que en el Derecho Internacional Consuetudinario los Estados tienen el derecho de controlar no solo el ingreso y establecimiento de las inversiones extranjeras sino toda la vida de la inversión en su territorio, y que al ingresar su inversión los inversionistas extranjeros se someten a la legislación del Estado receptor. Ahora, para Sornarajah, existe un deber del Estado de proteger el medio ambiente o preservar los recursos naturales como intereses de la humanidad⁴¹⁵. Al respecto, se puede valorar también el hecho de que el ambiente sano es considerado en la actualidad un derecho humano, al menos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su estrecha conexión con la vida⁴¹⁶.

En la práctica arbitral, los Estados demandados han intentado limitar de diferentes formas el alcance del estándar de TJE. La forma más recurrente -como resultado de la experiencia arbitral en el TLCAN, plasmada también en políticas de inversión de Estados influyentes como Estados Unidos y Canadá-, es la sujeción del TJE al derecho internacional consuetudinario, como un techo, de modo que las obligaciones del Estado anfitrión únicamente se midan en comparación con lo reconocido por la costumbre internacional respecto de la protección de inversionistas extranjeros⁴¹⁷. Bajo este enfoque, el deber de señalar la norma consuetudinaria vulnerada, junto

⁴¹³ *Ibidem.*, párr. 389.

⁴¹⁴ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 109 y 110.

⁴¹⁵ *Ibidem.*, p. 110.

⁴¹⁶ Mediante Opinión Consultiva 23 del 2017, precisamente impulsada por Colombia, la Corte IDH aclaró que el derecho al ambiente sano es un derecho humano autónomo, que desborda el componente ambiental inmerso en otros derechos, y que “a diferencia de otros derechos, protege componentes del ambiente tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales” (párr. 62). En este sentido, el ambiente y sus componentes no sólo se protegen por su importancia para la supervivencia del ser humano y el conjunto de sus derechos -utilidad-, sino por la importancia del mismo “para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017. Opinión Consultiva 23 [en línea]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

⁴¹⁷ *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador (Petroecuador)*, CIADI, caso No. ARB/08/6, Decisión sobre cuestiones restantes de jurisdicción y responsabilidad (12 de septiembre de 2014), párr. 559. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf> (consultado el 12 de abril del 2021).

con sus respectivas bases legales, recaería sobre el inversionista demandante⁴¹⁸. Sin embargo, esta defensa, que suele derivar en el análisis del trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario y su estipulación en el caso *Neer*, según tribunales recientes resulta poco aplicable al presente, teniendo en cuenta que los requisitos del caso *Neer* no representan el panorama actual del derecho internacional consuetudinario, el cual no se congeló en el tiempo⁴¹⁹. Así mismo, algunos tribunales consideran que los laudos que obligan al inversionista a demostrar la norma consuetudinaria vulnerada son disidentes, y, por lo tanto, no pueden ser observados por otros tribunales arbitrales.

Ahora, aunque es frecuente que las expectativas legítimas se tengan como elemento central del TJE, los Estados han alegado en sede arbitral que: 1) no todas las expectativas de los inversionistas son legítimas⁴²⁰; y que, 2) en virtud de su definición, los inversionistas deberían tener en cuenta los intereses del Estado anfitrión⁴²¹. Sobre el primer punto, el Tribunal de *South American Silver Limited c. Bolivia* señaló que las expectativas legítimas deben ser razonables, es decir, basadas en las circunstancias del caso, y que a los inversionistas les es exigible un nivel de diligencia. Así, el inversionista tiene el deber de conocer no solamente las circunstancias de carácter legal que rodean la inversión, sino también el entorno político, económico y social que prevalece en el Estado receptor⁴²². Sobre el segundo punto, el mismo tribunal señaló que el estándar del TJE no implica para el Estado receptor “una renuncia al ejercicio de sus facultades regulatorias en favor del interés público y la necesidad de adaptar su legislación a los cambios y necesidades emergentes”⁴²³. Por el contrario, las expectativas legítimas de los inversionistas deben ponderarse con las expectativas legítimas del Estado y de su población, como lo señaló el tribunal del caso *Cooper Mesa c. Ecuador*⁴²⁴. Entre esas expectativas legítimas estatales se encontrarían las de poder decidir

⁴¹⁸ La inclusión es necesaria pues tribunales arbitrales han considerado su no inclusión como la voluntad de las partes de constituir un TJE autónomo o no ligado al derecho internacional consuetudinario. *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador (Petroecuador)*, *op. cit.*, párr. 557.

⁴¹⁹ *Bilcon of Delaware et al c. Canadá*, *op. cit.*, párr. 433, 435.

⁴²⁰ *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador (Petroecuador)*, *op. cit.*, párr. 569.

⁴²¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania*, CIADI, caso No. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), párr. 602. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf> (consultado el 12 de abril del 2021).

⁴²² *South American Silver Limited c. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 648.

⁴²³ *Ibidem.*, párr. 649.

⁴²⁴ *Cooper Mesa c. Ecuador*, CPA, caso No. 2012-2, Laudo (15 de marzo de 2016), párr. 6.81.

libremente y sin consecuencias perjudiciales la protección de ecosistemas naturales dentro de su territorio.

Otros tribunales han optado por analizar la conducta del inversionista, por ejemplo, frente a sus compromisos medioambientales y de derechos humanos, haciendo más factible que la intervención del Estado pueda tenerse por necesaria. Para Sornarajah, es deber y facultad del Estado intervenir cuando terceros en su territorio vulneran derechos humanos o generan daños al medio ambiente, para que dichas conductas cesen⁴²⁵. Sin embargo, con ocasión de la falta de responsabilidad internacional de los inversionistas y la falta de cláusulas en los TBI que otorguen al Estado la posibilidad de contrademandar, esta postura puede ser ineficaz cuando el inversionista no ha actuado negativamente⁴²⁶. Este es el caso aquí analizado, pues la prohibición derivó de la aplicación del principio de prevención.

Con mayor preocupación, más allá de la presencia de la buena fe en la medida adoptada por el Estado, algunos tribunales han considerado prevalente el deber objetivo de mantener un ambiente jurídico y de negocios estable, como componentes de las expectativas legítimas correspondientes al TJE⁴²⁷. Si la mala fe no es un elemento para que se determine la violación del TJE, entonces el interés público que motivó al Estado para tomar una decisión deja de ser importante a la hora de analizar una afectación a una inversión⁴²⁸.

Respecto de las cláusulas de estabilización o congelamiento, como la contenida en el Código de Minas y que también puede encontrarse en TBI o contratos específicos entre un inversionista y el Estado anfitrión⁴²⁹, se discute si un compromiso de que leyes futuras no afectarían una inversión ya establecida limita la capacidad regulatoria del Estado a nivel legislativo y administrativo⁴³⁰, en este caso en materia ambiental y de derechos humanos⁴³¹. Algunos doctrinantes han señalado, por un lado, que una cláusula de estabilización no tiene el efecto de impedir al Estado anfitrión adoptar medidas regulatorias, particularmente en torno a asuntos de interés público en donde la inversión

⁴²⁵ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 78.

⁴²⁶ MILES, *op. cit.*, p. 174.

⁴²⁷ *Ibidem.*, p. 170. *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, *op. cit.*, párr. 280.

⁴²⁸ *Ibidem.*, p. 171.

⁴²⁹ Estas cláusulas son utilizadas de manera recurrente en áreas como la industria extractiva.

⁴³⁰ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 91.

⁴³¹ MILES, *op. cit.*, p. 205: “Stabilisation clauses are essentially a tool to preserve the legal and business environment in which the investment has been established”.

debe ser controlada, sin que deba compensar al inversionista por ello⁴³². De otro lado, algunos autores manifiestan que no es que se encuentre prohibido el cambio del marco jurídico, sino que cualquier pérdida ocasionada debe ser compensada⁴³³. Lo anterior, con mayor razón en el caso de existir un acuerdo expreso de estabilización que haya inducido al inversionista a realizar una inversión⁴³⁴.

Un matiz a esta interpretación, en favor del Estado demandado, puede darse en virtud de la debida diligencia de los inversionistas frente a la posible evolución de las normas ambientales⁴³⁵. Aunque en sede arbitral esta haya estado encaminada a que el inversionista conozca el marco regulatorio y lo cumpla evitando la ilegalidad de la inversión⁴³⁶, este podría ser un argumento en el caso estudiado, particularmente al tratarse de ecosistemas de importancia ambiental y social como los páramos, para los que la minería significa una amenaza directa que requeriría de protección más allá de cualquier garantía de estabilidad. La debida diligencia del inversionista exige que este mínimamente determine el ambiente de inversiones del Estado en el que va a invertir, incluyendo conocer las políticas y regulaciones ambientales y de derechos humanos. Sin embargo, hay laudos que establecen que el deber de diligencia del inversionista no exculpa al Estado de actuar de manera coherente respecto de sus políticas⁴³⁷. En el caso de Colombia, con los avances científicos y las preocupaciones acerca del agotamiento de los recursos naturales, especialmente los hídricos, un

⁴³² “The stabilisation clause, being a contractual device, cannot fetter the legislative sovereignty of a state to extend its control over the investment and to ensure that later standards are applied to the investment”. SORNARAJAH, *op. cit.*, p 53.

⁴³³ Otras posturas señalan que: “These provisions have a ‘freezing’ effect on host state regulation – they freeze the law applicable to the investment to that which was in force when the investor entered into the contract.512 In this way, foreign investors are able to insulate their investments from the effect of more stringent environmental regulation or social law reform”. MILES, *op. cit.*, p. 205.

⁴³⁴ *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador (Petroecuador)*, *op. cit.*, párr. 562.

⁴³⁵ VIÑUALES, *op.cit.*, p. 60.

⁴³⁶ Este fue el argumento de Bolivia, en el caso *Quiborax c. Bolivia*, en donde señaló que: “When the mining concessions were acquired, the Claimants were aware of the controversies that surrounded the granting of the concessions within the fiscal reserve of the Salar de Uyuni and of the illegalities that affected the concessions”. *Quiborax S.A. c. Bolivia*, CIADI, caso No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015), párr. 282.

⁴³⁷ *Ibíd.*; *MTD v Chile*, CIADI, caso No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo del 2004), párr. 165: “The Tribunal agrees with this statement as a matter of principle, but Chile also has an obligation to act coherently and apply its policies consistently, independently of how diligent an investor is. Under international law (the law that this Tribunal has to apply to a dispute under the BIT), the State of Chile needs to be considered by the Tribunal as a unit”. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021).

cambio normativo respecto de la protección de páramos era presumible, e incluso, se enmarca en la agenda pública internacional⁴³⁸.

Adicionalmente, tribunales como el de *Occidental Casualty Property c. Argentina*, han señalado que las declaraciones políticas no generan expectativas legítimas a los inversionistas, ni tampoco lo hacen disposiciones generales en leyes o normativas nacionales, pues es necesario que el compromiso del Estado sea específico en “otorgar una garantía efectiva de estabilidad al inversionista”⁴³⁹. Las expectativas legítimas surgirían sólo entonces de compromisos contractuales entre el Estado y el inversionista⁴⁴⁰. En el TLC Colombia- Canadá, el artículo 839 dispone de un esquema de solución de controversias cuando existe un contrato de estabilidad jurídica entre el Estado colombiano y un inversionista canadiense, sin embargo, esa no fue la vía tomada por los inversionistas, de lo cual se colige que no existía dicho contrato como instrumento generador de las expectativas legítimas.

Ahora, aún sin la existencia de un compromiso de dicha naturaleza, los estándares de protección como el TJE y la expropiación indirecta implican por sí mismos una gran limitación a la capacidad regulatoria del Estado. El grado de la limitación según Sornarajah sigue siendo relativo, que es lo más preocupante⁴⁴¹. Claramente, se presenta un “choque” entre los intereses de los inversionistas protegidos bajo un TBI y los intereses del Estado anfitrión de salvaguardar asuntos de interés público. A continuación, se realizarán unas reflexiones respecto de las demandas de Colombia y los hechos narrados en la primera parte de este documento.

- a) Una interpretación extensiva del TJE bajo el elemento de las expectativas legítimas es perjudicial para los intereses del Estado colombiano, en tanto que estas le exigen el deber de mantener el entorno jurídico y de negocios estable a fin de que los inversionistas pudieran beneficiarse durante todo el tiempo de desarrollo de sus inversiones. En los casos

⁴³⁸ “Although the reasoning of the tribunals in *Metalclad c. Mexico*, *MTD c. Chile* and *Methanex c. United States* would seem to prioritize the latter, some remarks appearing in these awards tend to nuance this conclusion, by pointing to the legitimate environmental concerns of the host State as well as to the need, for the investor, reasonably to anticipate the evolution of environmental regulation. In other words, not any specific assurance could be reasonably relied upon by an investor who, at the same time, should be aware of the growing demands of environmental protection. VIÑUALES, *op. cit.*, p. 60.

⁴³⁹ *El Paso c. Argentina*, *op. cit.*, p. 376.

⁴⁴⁰ *Continental Casualty Property c. República Argentina*, CIADI, caso No. ARB/03/9, Laudo (5 de septiembre del 2008), párr. 261.

⁴⁴¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 91 y 94.

estudiados, el Estado colombiano habría afirmado tanto en la legislación como en sus políticas de gobierno y en manifestaciones públicas y privadas, que los proyectos mineros de inversionistas canadienses se iban a realizar en su totalidad, y que la normativa aplicable no se iba a modificar.

- b) La invocación del TJE en las demandas analizadas no sólo recoge la decisión de la Corte Constitucional de prohibir la minería en Páramos, sino también, del legislativo, que introdujo la prohibición con excepciones, pero sin la posibilidad de prórroga, e incluso de las entidades del ejecutivo, las cuales debieron poner en marcha la decisión de la Corte respecto de sus títulos mineros y realizar la delimitación del páramo, la cual no se ha finalizado. Así, al poder acumularse las acusaciones, todas las actuaciones podrían implicar una violación al TJE.
- c) Si se acude a la limitación según la cual el TJE en el TLC Colombia-Canadá corresponde al estándar mínimo de tratamiento ofrecido por el derecho internacional consuetudinario a los inversionistas extranjeros y sus inversiones (derechos materiales e inmateriales), esta no parece ser del todo eficaz, pues como ya se señaló, las expectativas legítimas se han consolidado como criterio del TJE, junto con el típico deber de no actuar de manera injustificada, grosera, arbitraria. Esto incluso dentro del TLCAN. De forma favorable al Estado colombiano, algunos tribunales han establecido que la limitación al derecho internacional consuetudinario obligaría a los inversionistas a señalar la norma consuetudinaria vulnerada por el Estado receptor, sea la del caso *Neer* u otra actualizada al panorama actual, respecto de la protección de inversionistas e inversiones, y no respecto de la protección de las personas naturales y propiedades físicas únicamente. Empero, estos laudos como el de *Glamis Gold c. Estados Unidos* suelen considerarse disidentes y por lo tanto no suelen ser seguidos por la mayoría de los árbitros.
- d) Con todo, los estándares de protección deben ir evolucionando de conformidad con la legislación nacional e instrumentos de derecho internacional, los cuales plantean el deber de progresividad en la protección de los derechos humanos y el medioambiente. Esto es fundamental en el caso de los Estados que no han logrado garantizar efectivamente la conservación del ambiente y los recursos naturales y los derechos humanos de su población, como es el caso de Colombia. El derecho internacional de inversiones desde la perspectiva del TJE ampliado, implicaría la limitación de la capacidad regulatoria del Estado de

intervenir asuntos de interés público. Esto es así, a pesar de que los tribunales arbitrales y en la doctrina se diga que el TJE no tiene esa capacidad, pues al final los Estados receptores de inversiones han sido condenados, lo que ha generado el efecto del enfriamiento regulatorio, que se confirma en las demandas contra Colombia.

- e) Algunos argumentos mediante los cuales se ha intentado evitar dicha limitación corresponden a la esfera del derecho internacional, como los construidos por Sornarajah respecto de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, la posibilidad de hacer cumplir sus leyes y de regular inversiones extranjeras para que se acompañen con sus intereses de política pública. Así mismo, el deber del Estado de evitar daños ambientales en su territorio por parte de terceros, así como la vulneración de los derechos humanos de su población.
- f) Como argumentos dentro del derecho internacional de inversiones, se han señalado la debida diligencia del inversionista, la cual le obliga a tener en cuenta el entorno legal, político, social y cultural en el que se desarrolla la inversión. En el caso de Colombia, los inversionistas no debieron basar sus expectativas solamente en el artículo 46 del Código de Minas, pues este cuerpo normativo debe ser interpretado de manera integral, incluyendo disposiciones como la de que ciertas zonas pudieran ser declaradas excluidas por completo de la minería. La protección de páramos y humedales es uno de los temas de la agenda política internacional no desde hace algún tiempo sino desde décadas atrás.
- g) La no consideración de la buena fe para que se configure una violación al TJE tira al traste el interés de cualquier Estado por modificar su legislación interna, pues así el TJE correspondería a un estándar objetivo.

3.3.2. Violación de la Cláusula de Expropiación Indirecta

En este caso, las acusaciones involucran medidas ambientales y de derechos humanos adoptadas por parte del Estado receptor, que en cuanto a sus efectos son consideradas por los inversionistas como expropiaciones indirectas y, por lo tanto, requerirían del pago de una compensación. Cabe recordar que los TBI disponen que solo se puede expropiar con un propósito público, de manera no discriminatoria y con una compensación adecuada⁴⁴². Al respecto, tribunales de arbitraje en

⁴⁴² ARANDA, *op. cit.*, p. 96.

diferentes decisiones han oscilado entre: 1) Reconocer el derecho de compensación a favor del inversionista demandante, a pesar de tratarse de una medida ambiental y de derechos humanos legítima del Estado receptor; o 2) Reconocer que dichas medidas -bajo ciertas condiciones-⁴⁴³ no configuran expropiaciones indirectas sino expropiaciones regulatorias no compensables como cuestión de derecho internacional. A continuación se analizan algunos casos representativos en sede arbitral sobre la materia.

En cuanto a la primera postura, en *Santa Elena c. Costa Rica*, el Tribunal debió decidir si una expropiación por decreto presidencial que amplió un parque nacional en Costa Rica, con la finalidad de proteger especies de fauna y flora que hacían del ecosistema una zona ambiental y ecológicamente importante, configuró o no el deber del Estado de compensar al inversionista. En este caso, el Tribunal asumió la postura de no tomar en cuenta los argumentos sobre obligaciones internacionales medioambientales invocadas por el Estado, pues a pesar de considerar que la medida era legítima y que observaba un fin público que era la protección del ecosistema, al final señaló que el interés del inversionista a ser compensado se encontraba por encima de cualquier norma internacional ambiental, al tratarse de una expropiación directa regulada en el derecho internacional⁴⁴⁴. Así, para el tribunal, medidas ambientales que impliquen una expropiación, sin importar lo loables y beneficiosas que sean para sociedad, generan la obligación del Estado de compensar⁴⁴⁵.

De igual forma, en el caso *Metalclad c. México*, la no renovación de un permiso de funcionamiento y la negativa a conceder un permiso de construcción para la ampliación de una planta de tratamiento de residuos peligrosos, por parte de un gobierno provincial, fue considerada por el Tribunal como una violación al deber de transparencia y a la protección de las expectativas legítimas del inversionista, como elementos del TJE, así como también una forma de expropiación indirecta. Esto, a pesar de que la medida se dirigió a evitar que la ubicación de la planta de tratamiento de

⁴⁴³ Como las que se establecen en el TLC Colombia. Canadá, tanto para la cláusula de expropiación (art. 811 y Anexo 811), como para la cláusula excepciones generales (art. 2201 (3)).

⁴⁴⁴ MILES, *op. cit.*, p. 167. “As mentioned above, the Respondent’s right to expropriate the Property is not in dispute, nor (for the purposes of this Award) are matters such as the size or the boundaries of the Property. 56. Thus, the sole issue in the present arbitration could not be more simply stated: What is the amount of compensation now owed to CDSE for the expropriation of the Property by Costa Rica?”. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, CIADI, caso No. ARB/96/1, Laudo (17 de febrero del 2000), párrs. 55 y 56. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>. (consultado el 18 de abril del 2021).

⁴⁴⁵ *Ibidem.*, párr. 72.

desechos pudiera afectar los arroyos subterráneos que suministraban agua a poblaciones cercanas; además, teniendo en cuenta actuaciones propias del inversionista en contra del medio ambiente, como el almacenamiento de desechos no autorizados o el desconocimiento de los topes máximos de almacenamiento; así mismo debido a la presión social en contra del proyecto⁴⁴⁶.

En este caso, el Tribunal señaló que la privación de los derechos y beneficios de la inversión deben haber cesado a fin de configurarse una expropiación indirecta y no una regulatoria, como un primer requisito⁴⁴⁷. En ese sentido, se consideraron con mayor importancia los efectos de las medidas estatales en los derechos y beneficios esperados por los inversionistas, y no el interés por el cual el Estado mexicano decidió adoptarlas⁴⁴⁸. Según el Tribunal, la negativa por parte de México para renovar el permiso requerido habría afectado en su totalidad el derecho del inversionista a desarrollar la inversión y recibir los beneficios esperados, el valor en el mercado de la inversión se redujo a cero (\$) ⁴⁴⁹. Así, si bien reconoció la deferencia al Estado anfitrión de definir las razones sobre las que actúa como un interés público, el tribunal acogió la postura de que el inversionista no debe soportar una carga excesiva, como la de quien sufrió la medida, con mayor razón si no fue compensada por el Estado⁴⁵⁰.

En *Azurix c. Argentina*, las medidas sancionatorias del Estado argentino a la empresa que administraba el suministro de agua potable en Buenos Aires, debido a la contaminación del agua y cobros a los usuarios, se consideraron una expropiación indirecta. En este caso, el Tribunal señaló que no importaba en el debate el interés público como justificante de la medida, sino si había o no lugar a compensación, debido al efecto que tuvo sobre las inversiones⁴⁵¹. Aunque al final encontró que la medida no generó una afectación que pueda considerarse expropiatoria por los efectos sobre la inversión, el tribunal encontró vulnerado el TJE, a partir de una interpretación expansiva, en la

⁴⁴⁶ *Metalclad c. México, op. cit.*, párrs. 100, 106 y 108.

⁴⁴⁷ *Ibidem.* “Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto”. párr. 115

⁴⁴⁸ *Ibidem.*, párr. 116.

⁴⁴⁹ *Ibidem.*, párr. 117: “Finalmente, la destrucción del valor económico debe evaluarse, en este caso, desde el punto de vista de las expectativas del inversor al realizar su inversión. (...) La Resolución, al poner fin a dicha operación o actividad en el predio de Las Víboras, destruyó de manera irreversible todo valor económico o comercial directa o indirectamente asociado con tal operación y actividad y con los bienes afectados e indisolublemente ligados a ella”.

⁴⁵⁰ *Ibidem.*, párrs. 122 y 149.

⁴⁵¹ MILES, *op. cit.*, p. 161. *Azurix Corp. c. Argentina, op. cit.* párr. 310.

que incluyó las expectativas legítimas del inversionista, la falta de transparencia y una disposición normativa que favorecía la inversión extranjera⁴⁵².

Por otro lado, en cuanto a la segunda postura, en el caso *Methanex c. Estados Unidos* el Tribunal encontró justificada una medida del Estado de California que restringía el uso de una sustancia química en aras de proteger la salud y el ambiente, a pesar de que indirectamente había afectado la comercialización de metanol por parte de Methanex. El Tribunal consideró la medida como una forma de expropiación regulatoria no compensable, bajo el argumento de que, como una cuestión de derecho internacional general, una medida tomada con base en un interés público, que no sea discriminatoria y que siga el debido proceso, no se tiene como una expropiación compensable. Así mismo, porque el TLCAN contaba con disposiciones sobre la capacidad regulatoria del Estado, particularmente sobre el medio ambiente pues el TLCAN ha sido reconocido como un tratado “verde”. Esto a menos que el Estado haya hecho compromisos específicos a favor del inversionista⁴⁵³.

La presencia entonces de cláusulas ambientales y de derechos humanos sería un factor a favor del Estado, así como el hecho de que la medida se dirija a proteger ecosistemas sensibles, como los páramos, en el caso de Colombia. Sin embargo, habría que sopesar esta decisión con el peso político y económico que representa Estados Unidos frente a los Estados demandados en los casos anteriores, así mismo, que se tomó en el marco del TLCAN, y que un laudo no soluciona problemas estructurales del sistema, particularmente en ausencia de un sistema centralizado de solución de controversias, de precedentes, o de apelaciones, lo que le quita coherencia al régimen de inversiones⁴⁵⁴. Finalmente, en el caso *Saluka c. República Checa*, el tribunal consideró que una medida ambiental no configuraba una expropiación, al tratarse de una competencia policial del Estado como Regla del Derecho internacional Consuetudinario⁴⁵⁵.

⁴⁵² *Ibidem.*, p. 162.

⁴⁵³ *Methanex Corporation c. Estados Unidos*, UNCITRAL, Laudo, (3 de agosto de 2005). párr. 15 (Parte IV - Capítulo D). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (consultado el 2 de mayo del 2021).

⁴⁵⁴ ARANDA, *op. cit.*, p. 98. BAS VILIZZIO, 2017, *op. cit.*: “De esta manera, se permite que los tribunales puedan utilizar las normas jurídicas que les plazca pues lo único que tienen que hacer es fundar el laudo sin estar constreñidos a la aplicación de normas de fondo y de citar los antecedentes que consideren convenientes, con el agravante además que en muchos de los Estados que son demandados, las precedentes judiciales incluso no son una fuente vinculante para el juez”. p. 53.

⁴⁵⁵ *Saluka c. República Checa*, *op. cit.*, párr. 262: “In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in *Methanex Corp. c.*

Con el interés de determinar si tribunales arbitrales recientes han adoptado posturas diferentes, se recurrirá a los casos de *Quiborax c. Bolivia*, cuyo laudo arbitral fue proferido a finales del 2015, y *Copper Mesa c. Ecuador*, cuyo laudo se profirió en marzo del 2016. Cabe mencionar que los procesos de arbitraje internacional de inversiones son demorados y en muchas ocasiones los laudos no son de conocimiento público, al menos no los más recientes.

En el primer caso, el tribunal analizó si Bolivia había incumplido el TBI con Chile respecto de la cláusula de expropiación, al revocar una concesión minera de boratos, potasio y litio, debido -entre otros argumentos- a los efectos negativos en el medio ambiente, en virtud de una ley que facultó al Gobierno para revisar concesiones mineras anteriores y revocarlas, lo cual no se encontraba disponible en el Código de Minas anterior⁴⁵⁶. De manera destacable, el Tribunal analizó *en principio* si dicha actuación había configurado una expropiación regulatoria con base en el ejercicio legítimo de los poderes policiales del Estado⁴⁵⁷. Sin embargo, al final el tribunal decidió que Bolivia 1) había actuado de manera desproporcionada frente al inversionista, pues en la legislación nacional la revocación o anulación de una concesión no era la mejor vía frente a incumplimientos menores del inversionista⁴⁵⁸; y 2) desconoció el debido proceso, al no garantizar la posibilidad del inversionista de activar mecanismos mediante los cuales su caso pudiera ser revisado por un tribunal⁴⁵⁹. En este sentido, la actuación de Bolivia no habría estado conforme a los poderes policiales del Estado, al 1) no ajustarse al debido proceso, independientemente de si había estado o no sustentada en un interés público⁴⁶⁰; 2) ser discriminatoria⁴⁶¹ y 3) no haber reconocido y pagado una compensación⁴⁶².

USA said recently in its final award, “[i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required”; y párr. 275: “The CNB’s decision is, in the opinion of the Tribunal, a lawful and permissible regulatory action by the Czech Republic aimed at the general welfare of the State, and does not fall within the ambit of any of the exceptions to the permissibility of regulatory action which are recognised by customary international law.

⁴⁵⁶ *Quiborax c. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 219.

⁴⁵⁷ *Ibidem.*, párr. 200. “The Tribunal agrees with the Respondent that, if the Revocation Decree was the legitimate exercise of its sovereign right to sanction violations of the law in its territory, it would not qualify as a compensable taking. International law has generally understood that regulatory activity exercised under the so-called “police powers” of the State is not compensable” (párr. 202).

⁴⁵⁸ *Ibidem.*, párr. 219.

⁴⁵⁹ *Ibidem.*, párrs. 221 y 222.

⁴⁶⁰ *Ibidem.*, párr. 243.

⁴⁶¹ *Ibidem.*, párr. 254.

⁴⁶² *Ibidem.*, párrs. 255 y 256.

En el segundo caso, el tribunal debió analizar si la revocación de una concesión minera por parte de Ecuador constituyó una expropiación indirecta que no fue compensada, y por lo tanto ilegal frente a las obligaciones del Estado en virtud del TBI con Canadá, o un legítimo ejercicio de la autoridad regulatoria del Ecuador. La decisión de revocar la concesión minera habría derivado de un mandato minero de la Asamblea Nacional Constituyente, que le ordenó al Gobierno declarar la caducidad de las concesiones, que, entre otros aspectos, no hubieran presentado estudios de impacto ambiental que requerían de la consulta a las poblaciones afectadas con el desarrollo de la concesión⁴⁶³. Lo anterior, con base en el interés público de reducir los impactos ambientales negativos por la realización de actividades mineras y ajustarlas a requisitos legales más estrictos, lo que ocurrió de forma no discriminatoria y de acuerdo con el debido proceso.

En este caso, el tribunal también consideró necesario para que se configurara una expropiación indirecta, que la medida debía: 1) haber privado al inversionista de su inversión de forma permanente; 2) que no estuviera justificada en los poderes policiales o reglamentarios del Estado; y 3) que no fuera aplicable el artículo 17, numeral 3 del TBI, sobre Excepciones Generales, que facultaba al Estado para tomar medidas que se consideren apropiadas para asegurar que las inversiones se desarrollen de modo que se respete el medio ambiente, como las dirigidas a proteger la vida humana, animal o vegetal, la salud humana, y las relativas a la conservación de recursos naturales no renovables vivientes y no vivientes⁴⁶⁴. Esta cláusula es semejante a la del TLC Colombia-Canadá en su artículo 2201 (3).

Respecto de la justificación de la medida en los poderes policiales del Estado, el Tribunal estableció como determinante analizar si esta se produjo de conformidad con el debido proceso y no de una forma arbitraria⁴⁶⁵. En este caso, el tribunal reconoció la soberanía de Ecuador de decidir su política

⁴⁶³ En total, Ecuador habría declarado la caducidad de más de mil concesiones, de conformidad con el Mandato Minero de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁴⁶⁴ “Nada de lo contenido en este Convenio se interpretará de forma que impida que las Partes Contratantes adopten, mantengan o apliquen cualquier medida que esté en armonía con este Convenio y que consideren apropiada para asegurar que las actividades inversionistas en su territorio se ejecutan de modo que respeten la causa del medio ambiente. Siempre y cuando tales medidas no se apliquen arbitraria o injustificadamente, o no constituyan una restricción encubierta del comercio o inversión internacional, nada de lo previsto en este Convenio se interpretará para impedir que cualquiera de las Partes Contratantes adopte o mantenga medidas, incluidas medidas de protección al medio ambiente: (a) necesarias para asegurar el cumplimiento con las leyes y reglamentos que no estén en desacuerdo con lo dispuesto en este Convenio; (b) necesarias para proteger la vida humana, animal y vegetal o la salud; y (c) relativas a la conservación de recursos naturales finitos vivientes o no vivientes”. TBI Bolivia- Chile, artículo XVII (3).

⁴⁶⁵ *Ibidem.*, párr. 6.63.

de Estado conforme a sus intereses nacionales⁴⁶⁶; sin embargo, encontró que esta había sido arbitraria y disconforme con el debido proceso, razón por la que además no podía ser aplicable el artículo XVII (3) sobre excepciones generales anteriormente citado⁴⁶⁷. Al no haber sido compensada y revisada judicialmente, la medida terminó siendo ilegal⁴⁶⁸.

Bajo este panorama, los casos antes señalados evidencian que, si bien se reconoce la potestad del Estado anfitrión de regular asuntos relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos, en sede arbitral esta es supeditada al cumplimiento de las reglas sobre inversiones incluidas tanto en los TBI como en el derecho internacional, las cuales funcionarían como límites entre el ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado y medidas que implican una expropiación compensable⁴⁶⁹. Uno de los factores determinantes sería la afectación económica que la medida ocasione a la inversión, de allí que una afectación total podría considerarse expropiatoria indirectamente y ser compensable. Lo que prima entonces es la protección de la inversión sobre las medidas de bienestar público, como las relacionadas con la protección del ambiente y los derechos humanos, de allí que la compensación sea obligatoria a pesar del interés por el que son tomadas y sin atención a la existencia o ausencia de buena fe del Estado. Todas las medidas que resulten expropiatorias serían compensables.

Ahora, a pesar de que los tribunales son propensos a fallar a favor de los inversionistas como consecuencia del interés absoluto de proteger las inversiones frente a cualquier interferencia⁴⁷⁰, en estos últimos casos los tribunales han estado abiertos a debatir la facultad regulatoria del Estado con base en los poderes policiales del derecho internacional consuetudinario, así como en virtud de las disposiciones dentro del mismo tratado, por ejemplo, la cláusula de excepciones generales que se encuentra presente en el TLC Colombia-Canadá.

El derecho a regular del Estado anfitrión se ha reconocido en sede arbitral respecto de la expropiación regulatoria, sin embargo, los tribunales arbitrales han señalado que este debe ser ejercido bajo ciertos requisitos, establecidos en los mismos TBI, como que la medida regulatoria haya sido tomada con base en razones objetivas, es decir, que se haya tomado en relación con

⁴⁶⁶ *Ibidem.*, párr. 6.64.

⁴⁶⁷ *Ibidem.*, párr. 6.67.

⁴⁶⁸ *Ídem.*

⁴⁶⁹ MILES, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁷⁰ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 111.

preocupaciones ambientales y de derechos humanos, y no con la finalidad de excluir al inversionista⁴⁷¹. Muchas veces las acusaciones de los inversionistas no atacan los fundamentos de la decisión sino la forma en que esta fue adoptada⁴⁷², de allí que en los casos analizados los laudos hayan dedicado tiempo a analizar el debido proceso, la no discriminación, la necesidad de la medida y la posibilidad de que el inversionista haga revisar su caso, entre otros. Estos criterios se asemejan a los requeridos en el caso del TJE. En el caso de Colombia, un análisis sobre el debido proceso en el marco de las decisiones que implementaron la decisión de la Corte podría darse en sede arbitral, en donde los inversionistas acusarían al Estado de no ser notificados o de no poder haber accedido a un tribunal que revisara su caso; sin embargo, estos datos se desconocen.

En conclusión, sí se cumple con los requisitos descritos en cada tratado, como el debido proceso⁴⁷³, la no discriminación, el interés público, la intervención del Estado como una forma de expropiación regulatoria no es compensable⁴⁷⁴, aunque las normas sobre protección al inversionista parecieran primar.

4. La primavera de los derechos humanos en las controversias sobre inversiones

En la práctica arbitral, tanto los Estados como los inversionistas, e incluso partes no contendientes, han invocado argumentos sobre derechos humanos y protección ambiental. Actualmente se considera que estas temáticas viven una “*primavera silenciosa*” en las controversias sobre inversiones debido a nuevas consideraciones arbitrales⁴⁷⁵. Los inversionistas, por un lado, han invocado la violación de derechos humanos para reforzar sus acusaciones en contra del Estado receptor por la afectación de sus inversiones, por ejemplo, respecto del derecho a la propiedad como un derecho humano atribuible también a las empresas⁴⁷⁶; el Estado los ha usado para justificar la adopción de medidas o regulaciones específicas acusadas por los inversionistas

⁴⁷¹ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁷² MILES, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷³ SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 403.

⁴⁷⁴ *Ibidem.*, p. 111.

⁴⁷⁵ “Increasingly, however, Tribunals have been compelled to reflect on matters arising out of a human rights narrative”. JOSHI, R.D. y GURPUR, S., 2020. The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory. *Arbitration International*, vol. 36, no. 4, p. 557.

⁴⁷⁶ “the investor’s due process rights or its entitlement to protection against denial of justice under an FET provision must be interpreted consistent with any notion of due process or denial of justice under any relevant human rights norms binding upon those States”. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 143.

extranjeros de vulnerar sus derechos bajo un TBI, por ejemplo, respecto del deber de proteger el derecho humano al agua, a la salud, o a través de contrademandas⁴⁷⁷ cuando el inversionista ha vulnerado los derechos humanos de su población⁴⁷⁸; y los terceros, principalmente comunidades y ONG, para apoyar la defensa del Estado, como una forma de avanzar en la garantía efectiva de los derechos humanos⁴⁷⁹.

Estos argumentos sustentan la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda conocer dentro de su jurisdicción asuntos relativos a derechos humanos, y la posibilidad de que deba tener en consideración estos argumentos para decidir el fondo de las controversias. En el presente escrito se analizará la postura de la protección de los derechos humanos como argumento para defender las actuaciones del Estado colombiano, partiendo de la premisa de que los tribunales arbitrales en las controversias sobre inversiones analizan actuaciones del Estado receptor dirigidas a la protección de los derechos de su población, ya sea el agua, el medio ambiente sano, la salud, entre otros; es decir, en las controversias sobre inversiones internacionales se debaten asuntos sobre derechos humanos, que el Estado está obligado a proteger⁴⁸⁰.

4.1. Derecho internacional de inversiones y derecho internacional público.

Especial consideración requiere la discusión sobre si en controversias internacionales sobre inversiones los tribunales arbitrales pueden o deben tener en consideración disposiciones de tratados relativos a áreas de interés público, como los que componen el Derecho Internacional Ambiental (DIA) o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH); los cuales generan diferentes tipos de compromisos y obligaciones a los Estados y en general a toda la comunidad internacional. Lo anterior, de cara a una presunta independencia, autonomía o fragmentación del Derecho Internacional de Inversiones frente al Derecho Internacional Público⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ JOSHI, *op. cit.*, p. 560.

⁴⁷⁸ BEGIĆ-ŠARKINOVIĆ, T., 2020. Human rights issues in investment arbitration cases: A new perspective? *Pravni zapisi*, vol. 11, no. 2, p. 541

⁴⁷⁹ JOSHI, *op. cit.*, p. 558.

⁴⁸⁰ “(...) states that regulate the market and/or take expropriation action (ostensibly or not) to progressively fulfil its human rights obligations which result in a breach of the obligations owed to investors under a specific treaty”. JOSHI, *op. cit.*, p. 560.

⁴⁸¹ NOWROT, *op. cit.*, p. 621. Según Echaide, la fragmentación del derecho internacional público se genera debido a la producción de normas y la creación de instituciones internacionales que regulan un bien jurídico, sin consideración de “actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional.”, cuyo resultado es el choque de normas. ECHAIDE, *op. cit.*, p. 95.

Para algunos autores, estos sistemas protegen intereses (bienes jurídicos) y objetivos contrapuestos, pues mientras que el DIDH es progresista al fomentar una protección cada vez mayor de los derechos humanos, lo que implica la toma de medidas de cambios legislativos, de políticas públicas, etc., el derecho internacional de inversiones apoya la conservación del *statu quo*, y para ello, las cláusulas de los TBI se dirigen a reducir la capacidad del Estado de implementar cambios⁴⁸².

En el caso del DIDH, cuya estructura sistémica es superior a la del DIA, cuando los Estados se someten a convenciones sobre derechos humanos están condicionando todas sus actuaciones y normas nacionales a los postulados allí contenidos, que incluyen también pisos que el Estado no debe vulnerar, y cuyo incumplimiento también le genera la posibilidad de ser demandado ante un tribunal internacional⁴⁸³. Más precisamente, el DIDH obliga al Estado -entre otros asuntos- a prevenir que terceros (obligación de protección) interfieran en el disfrute de los derechos humanos de su población, incluidas las empresas multinacionales⁴⁸⁴. Esta encrucijada en la que se ubica el Estado al estar sometido a normas que buscan objetivos diferentes conlleva a la falta de garantía de los derechos humanos y la protección ambiental⁴⁸⁵, pues para que los derechos sean respetados es necesaria la actuación de los diferentes poderes públicos, ya sea el legislativo, el ejecutivo o las autoridades judiciales⁴⁸⁶, sobretodo en el caso de los países más pobres donde los derechos humanos no han podido realizarse, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales⁴⁸⁷.

Ahora, es interesante la teoría recientemente acogida por Cotula respecto de la gobernanza de los recursos naturales, según la cual, los estados dependientes de la explotación de sus recursos

⁴⁸² ARANDA, *op. cit.*, p. 89. BOHOSLAVSKY, JUSTO, *op. cit.*, p. 67: “Eso es lo que sucede con el régimen de protección de inversiones –cuyo funcionamiento actual parece tener por meta asegurar la *estabilidad* del entorno jurídico y económico de las inversiones extranjeras- frente al régimen de tutela de los derechos humanos -que implica asumir el deber de *transformar* muchos aspectos de ese entorno para alcanzar las metas de satisfacción de los derechos consagrados en los tratados, en especial en aquellos países más alejados de las condiciones mínimas de disfrute de tales derechos-”.

⁴⁸³ BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸⁴ *Ibidem.*, p. 72.

⁴⁸⁵ ARANDA, *op. cit.*, p. 91. “Si los TBI limitan la capacidad regulatoria del Estado en materias relacionadas con los intereses de los inversores, directamente limitan la capacidad estatal de legislar en materia de derechos humanos”.

⁴⁸⁶ SOLÓRZANO, 2017 *op. cit.*, p. 225.

⁴⁸⁷ “Las obligaciones internacionales en este campo poseen, así, un contenido dinámico e incremental que responde tanto a la interpretación evolutiva que es inherente a toda categoría de derechos humanos, como al principio de realización progresiva específico de los económicos, sociales y culturales (DESC)2.” BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 72.

naturales *enclavan* sus territorios mineros con el fin de integrar sus economías a la cadena global de producción de materias primas y así generar desarrollo económico. El efecto de dicha integración, auspiciada tanto por normas de la legislación nacional como de tratados internacionales, es la desintegración de estos territorios y recursos naturales de la gobernanza de los recursos al nivel local, junto con la de las poblaciones asentadas y los principios, valores y costumbres sociales.⁴⁸⁸

Desde lo nacional se propician espacios jurídicos para que capitales transnacionales se inserten en los territorios mineros ocupando los recursos naturales y ocasionando una especie de *contrarreforma agraria*, en la que participan instituciones del Estado, las elites nacionales y las empresas transnacionales⁴⁸⁹. Las legislaciones nacionales podrían incorporar entonces: 1) normas que establecen regímenes especiales para apartar la regulación de un área -como la minería- de la evolución del resto de la regulación nacional, tal y como se estipuló en el artículo 46 del Código de Minas⁴⁹⁰; y 2) requisitos fáciles de cumplir para los inversionistas, en virtud de ese interés del Estado de promover las inversiones, sin embargo, eso no significa que tales inversiones no puedan afectar los territorios y los recursos⁴⁹¹.

Desde lo internacional, el desarraigo se evidencia en el sometimiento de estas problemáticas a foros como los sistemas de arbitraje internacional de inversiones, que aplican reglas particulares en función del interés de proteger inversiones, desconociendo normas del derecho internacional que pueden concurrir en las controversias planteadas, como las referidas al medio ambiente y los derechos humanos. Estas normas, sin embargo, también generan desequilibrios entre las obligaciones a las que se someten los Estados respecto de otros sujetos, que participan incluso con

⁴⁸⁸ “More fundamentally, economic integration is itself facilitated by a fragmented legal regime that sustains dis-integration patterns in natural resource governance—including with regard to relations between state-based and traditional resource governance systems, between extractive enclaves and national territories, and between different spheres of international regulation”. COTULA, 2020a, *op. cit.* p. 433. “More fundamentally, integration of resource-rich locations into global commodity chains can entail the creation, in law and in practice, of ‘extractive enclaves’ that are partly dis-integrated from the wider national territory”. *Ibidem.*, p. 435.

⁴⁸⁹ *Ibidem.*, p. 437. Según Cotula, este tipo de cláusulas es más frecuente que sea dispuesta por países de ingresos bajos y medios, y en ello se denota autoritarismo. p. 441.

⁴⁹⁰ *Ibidem.*, pp. 440 y 441.

⁴⁹¹ *Ibidem.*, p. 438.

mayor peso económico y político en la esfera internacional, como son las empresas multinacionales⁴⁹².

En caso de que las normas de DIDH o DIA sean aplicables, lo que a continuación se va a analizar, el riesgo regulatorio que implica la adopción de medidas para el respeto, garantía y protección cada vez mayor de los derechos humanos y el medio ambiente, tanto en aspectos del marco regulatorio y de las actividades administrativas y judiciales, debería ser asumido por los inversionistas en su deber de diligencia, particularmente en el caso donde el Estado receptor no ha llegado a garantizar efectivamente los derechos humanos⁴⁹³. Aquí viene la parte difícil, respecto de la aplicabilidad de normas de estos sistemas a las controversias sobre inversiones.

La relación entre estos subsistemas legales se ha fundamentado en la doctrina en el principio de integración sistémica⁴⁹⁴, según el cual el derecho internacional de inversiones es parte del derecho internacional, un *corpus iuris* más amplio, que contiene además normas del DIDH y del DIA⁴⁹⁵. El derecho internacional sería aplicable a las controversias inversionista-Estado al ser señalado en casi todos los tratados, como en el TLC Colombia-Canadá, o incluso si el tratado no lo menciona, partiendo de la premisa del derecho internacional como un sistema al que pertenecen los TBI⁴⁹⁶.

Las normas del derecho internacional dispuestas en tratados sobre DIDH o DIA, las del derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho⁴⁹⁷, podrían servir como herramientas de interpretación o ser aplicables directamente al fondo de la controversia, dependiendo de la invocación que realice el mismo TBI⁴⁹⁸. La doctrina todavía no avanza más allá

⁴⁹² “Most investment treaties focus on protecting foreign investment and say little or nothing about the investors’ responsibilities, let alone their obligations.120 Also, human rights treaties bind states rather than businesses, though businesses have the responsibility to respect human rights”. *Ibidem*, p. 452.

⁴⁹³ “(...) es natural que los crecientes condicionamientos de los Estados como resultado de sus obligaciones de respeto, garantía y protección -de los derechos humanos- involucren la necesidad de adecuar su derecho interno para que resulte consistente con los tratados y de adoptar aquellas medidas regulatorias necesarias para su efectivización”. BOHOSLAVSKY, *op. cit.*, p. 73. Así mismo “si el Estado receptor se encuentra lejos de ciertas metas en ese campo -derechos humanos-, no sólo es razonable sino también deseable esperar que se vayan produciendo medidas encaminadas a su logro”. *Ibidem.*, p. 82.

⁴⁹⁴ COTULA, 2020a, *op. cit.*, 448.

⁴⁹⁵ SANTACROCE, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁹⁶ *Ibidem.*, p. 141.

⁴⁹⁷ “the fact that international law is the law governing investment treaty disputes may justify an even bolder operation of international human rights law, i.e. its direct application to the substance of the dispute without the filter of the interpretative process”. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 144 y 148.

⁴⁹⁸ “International human rights norms may certainly operate as an interpretive aid. Thus, such norms can assist investment tribunals in construing the standards of protection set out in the investment treaty in a way that is consistent

de la literalidad de los TBI, de allí que para la aplicación de normas del derecho internacional sea necesario que el TBI las señale, en este caso en la cláusula de ley aplicable o, como se verá más adelante, mediante una norma de conflicto⁴⁹⁹. La necesidad de la literalidad es recurrente en la doctrina, pues a pesar de los argumentos que se pueden plantear de cara a la aplicabilidad de normas internacionales, los tribunales deben ser precavidos de no traspasar el mandato otorgado en los TBI. Así, la incorporación de redacciones expresas y claras sobre los derechos humanos o la protección del ambiente son determinantes, so pena de que un laudo pueda ser anulado⁵⁰⁰. Es por esta razón que, para Cotula, la integración de subsistemas del derecho internacional deja a la determinación de los tribunales arbitrales qué normas internacionales son relevantes y cuáles tomará en consideración⁵⁰¹.

TBI recientemente negociados disponen de cláusulas que aseguran la capacidad del Estado de regular objetivos legítimos de política pública como los derechos humanos, más allá de la sola protección de inversiones, empero el TLC Colombia Canadá no se acompasa con estos adelantos, por ejemplo, no somete la definición de inversión a la legislación nacional, al no señalar que se entiende como una inversión a la luz del tratado la realizada de conformidad con la ley del Estado anfitrión, que podría contener elementos de derechos humanos y protección del ambiente como ya se señaló; tampoco impone obligaciones a los inversionistas; y no dispone, en principio, de la posibilidad de que el Estado contrademande al inversionista que ha violado derechos humanos o ha ocasionado daños en el medio ambiente.

Como parámetros de interpretación, las normas de otros tratados sitúan el TBI en el universo de normas al que pertenece y que no puede contradecir sin mayor problema, como se ha pretendido sostener⁵⁰². El principio de integración sistémica de la Convención de Viena sobre Derecho de los

with the human rights obligations of the host State under other sources of international law". SANTACROCE, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁹⁹ Las controversias cuyos TBI no cuenten con una cláusula en ese sentido, también deben ser resueltas de conformidad con el derecho internacional como lo señala el artículo 42 del convenio de Washington, incluso la legislación nacional de la parte demandada.

⁵⁰⁰ SOLÓRZANO, 2017, *op. cit.*, P. 239.

⁵⁰¹ COTULA, 2020a, *op. cit.*, p. 448.

⁵⁰² "En virtud de este método de interpretación, los tratados internacionales de derecho público no deben ser analizados de manera separada y aislada; por el contrario, deberán tener en cuenta las demás normas que eventualmente tengan que ver con el asunto a resolver. En este sentido, las normas que hacen parte de un asunto de inversiones no serán exclusivamente las referidas a los procedimientos arbitrales que se caracterizan por ser normas que se encuentran bastante distanciadas con la protección de los derechos humanos, ya que su fuente de inspiración es el derecho mercantil". SOLÓRZANO, 2019, *op. cit.*, p. 152.

Tratados, como ya se mencionó, establecido en su artículo 31 (3) (c), indica que los tratados deben interpretarse en virtud, además del contexto⁵⁰³, “de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁵⁰⁴. Acorde con ello, para que una norma de derecho internacional sea traída a una controversia de inversiones es necesario que sea: 1) pertinente, es decir que los temas abordados se relacionen con la controversia; y 2) aplicable, es decir que sea exigible internacionalmente a las partes contratantes del TBI⁵⁰⁵. Para el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho, no sería necesario en tanto que de por sí son aplicables a las partes⁵⁰⁶.

Como nota adicional, los tribunales arbitrales también considerarían las normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens*, como lo señala la misma Convención de Viena en sus artículos 53 y 64 y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, de modo que si un TBI contraría dichas normas debe dejar de ser aplicado⁵⁰⁷. En este último caso, la relación entre la protección de los derechos humanos y el medio ambiente se limita a la existencia de una norma imperativa, de modo que debe tratarse de una norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁵⁰⁸. El problema radica en que no todas las normas sobre derechos humanos han alcanzado ese estatus y es menos claro respecto de normas sobre DIA, pero al menos “los principios de

⁵⁰³ Conformado por: “a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”. Convención de Viena, *op. cit.*, art. 31 (2) (a) y (b).

⁵⁰⁴ Convención de Viena, *op. cit.*, art. 31 (3) (c).

⁵⁰⁵ SANTACROCE, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁰⁶ SANTACROCE, *op. cit.*, p. 148. “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ha sido la norma a la que ha arribado la comunidad internacional para clarificar el alcance de los tratados y convenios internacionales, su interpretación y aplicación”. BAS VILIZZIO, 2017, *op. cit.*, p. 46

⁵⁰⁷ “(...) una categoría normativa sobre la cual no se puede aplicar ningún tipo de derogación, debido a su carácter de fundamental, y en el derecho internacional estas normas son conocidas como el *ius cogens* internacional al que hacen referencia los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, como una norma imperativa del derecho internacional general”. ECHAIDE, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁰⁸ Convención de Viena, *op. cit.*, art. 53. “los Estados unilateralmente no pueden excepcionarse de las normas imperativas del derecho internacional ni de las obligaciones que dimanen de ellas, apelando a sus normas internas o por vía de acuerdos contrarios entre Estados pues están serán nulos *ab initio*”. BAS VILIZZIO, 2017, *op. cit.*, p. 47.

prevención, precautorio y de cooperación internacional en temas de medio ambiente han sido declarados judicialmente como normas internacionales consuetudinarias”⁵⁰⁹.

Ahora, también se puede acudir a la jerarquización de normas dentro del derecho internacional (*lex superior*), acudiendo a la invocación de normas *erga omnes*, definidas por Echaide como obligaciones de los Estados que van más allá de obligaciones recíprocas, que se asumen frente a toda la comunidad de Estados y que por “su carácter fundamental y la importancia de los derechos involucrados, a todos los Estados les incumbe velar por los intereses jurídicos protegidos por tales obligaciones (...)”⁵¹⁰. Las normas *erga omnes*, a las cuales pertenecen algunas normas de derechos humanos, tendrían mayor rango que las normas de derecho internacional de inversiones⁵¹¹.

Disposiciones específicas sobre la aplicabilidad directa de normas internacionales de derechos humanos y medio ambiente también pueden ser halladas en diferentes TBI, sobretodo en los más recientes. Las más destacables son las incluidas en *normas de conflicto*, que establecen cuál es la relación a observar entre un TBI y un tratado sobre protección ambiental o de derechos humanos, sin embargo, su incorporación suele ser poco recurrente⁵¹². Por ejemplo, el artículo 104 del TLCAN señala qué ocurre cuando se presenta una incompatibilidad entre dicho tratado y tratados internacionales ambientales⁵¹³. Esta norma de conflicto dispone que priman los últimos cuando son aplicables a las partes y en la medida en que la parte involucrada aplique la medida menos inconsistente con el TLCAN. Otros TBI son menos abiertos a dicha idea, pues señalan en sus normas de conflicto que las obligaciones derivadas de tratados internacionales ambientales deben tenerse como orientaciones para la interpretación de las obligaciones del tratado de inversiones o comercio, como el artículo 17.12.1 del CAFTA-DR. Finalmente, otros exigen la armonización entre las obligaciones derivadas de distintos regímenes⁵¹⁴. En el caso del TLC Colombia - Canadá

⁵⁰⁹ LORENZO, P. (2020) La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*), *Revista de Derecho*, 19 (37), p. 62. Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/693> (consultado el 22 de abril del 2021).

⁵¹⁰ ECHAIDE, *op. cit.*, p. 100.

⁵¹¹ *Ibidem.*, p. 104.

⁵¹² SANTACROCE, *op. cit.*, 153.

⁵¹³ VIÑUALES, *op. cit.*, p. 39.

⁵¹⁴ Viñuales coloca de ejemplo el artículo 104 del TLCAN que señala qué ocurre cuando se presenta incompatibilidad entre el TLC y tratados ambientales, priman estos últimos cuando son aplicables a las partes y en la medida en que la parte aplique la medida menos inconsistente con el TLCAN -cuando existan medidas alternativas para cumplir con las obligaciones del tratado ambiental. Otros tratados abordan la relación de manera que no se establece que unas obligaciones primen sobre otras, sino apenas se deben tener en consideración, como el artículo 17.12.1 del CAFTA-DR. *Ídem.*

esta cláusula se encuentra en el artículo 103, en el que se establece que las normas de tratados multilaterales ambientales prevalecen frente a las del tratado, pero sólo las que señala el mismo tratado y las que correspondan a obligaciones comerciales.

Con todo, la asimilación de consideraciones sobre derechos humanos en instrumentos de derecho internacional no implica discrecionalidad del Estado para actuar y tomar decisiones que resulten de mala fe, discriminatorias, o desproporcionadas⁵¹⁵, pero le concede un margen de acción mayor al que le otorgaría el TBI considerado aisladamente⁵¹⁶. En el caso de que el tratado relacione normas de derecho internacional de derechos humanos en su parte dispositiva implicaría directamente la aplicación de dichas normas a la controversia⁵¹⁷.

En el caso de Colombia, el Estado ha suscrito una serie de tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos y del ambiente, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se compromete a adoptar medidas de cualquier carácter con el fin de garantizar los derechos y las libertades allí establecidas. Sin embargo, como la aplicación de una norma de DIDH o de DIA debe fundamentarse en la obligatoriedad para la otra parte contratante del TBI, para el caso de Canadá la no ratificación de la convención hace que esta no pueda ser aplicable, ni siquiera como parámetro de interpretación, pues tampoco se menciona en el TLC. Consecuentemente, importantes avances en el sistema interamericano de derechos humanos se pierden. La falta de ratificación de tratados como los de derechos humanos ocasionan también la fragmentación del derecho internacional⁵¹⁸.

En el punto de coincidencia respecto de instrumentos de derecho internacional que podrían ser aplicables a las partes, se tendría el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual fue ratificado por Canadá en 1976 y por Colombia en 1969. El pacto señala en su artículo 2 el principio de progresividad que exige del Estado una protección cada vez mayor de los DESC, de allí que una regresión debería ser justificada por el Estado⁵¹⁹. En su artículo 12 también indica que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para garantizar

⁵¹⁵ “the impugned measure must: (i) be suitable to achieve the relevant human rights objective; (ii) be the least burdensome for the investor among those available to the host State; and (iii) cause harm to the investor that is proportionate to the public interest underlying it”. SANTACROCE, *op. cit.*, 143.

⁵¹⁶ *Ibidem.*, p. 144.

⁵¹⁷ *Ibidem.*, p. 146.

⁵¹⁸ BAS VILIZZIO, 2019, *op. cit.*, 131.

⁵¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976).

en su territorio el derecho a la salud física de sus habitantes, por ejemplo, a través del mejoramiento del medio ambiente⁵²⁰. Para Echaide, en medio del derecho de inversiones y del de los derechos humanos debe haber como mínimo normas de *hard law* que puedan servir de puentes para volver aplicables las normas de un subsistema al otro; según el autor estas se pueden encontrar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵²¹.

Para el caso de los instrumentos del DIA, el TLC señaló en el artículo 103 la relación exclusiva con ciertos acuerdos multilaterales ambientales, de los cuales sólo se incluyen los que requieren de obligaciones comerciales. De allí que la aplicabilidad del Convenio sobre Diversidad Biológica se reduzca, en tanto el TLC señaló específicamente cuáles debían relacionarse, incluso listándolos en un Anexo, como ya se señaló.

4.2. Casos arbitrales

A continuación, se van a analizar casos en los que obligaciones sobre derechos humanos han sido debatidas en sede arbitral.

En el caso *Urbaser c. Argentina* el tribunal reconoció su jurisdicción y competencia para analizar una contrademanda del Estado argentino en contra del inversionista, por la presunta vulneración del derecho humano al agua potable de su población, es decir, reconoció su jurisdicción para abordar contrademandas sobre violación de derechos humanos por parte de los inversionistas⁵²². El tribunal consideró que las provisiones del TBI Argentina-España sobre jurisdicción resultaban ser amplias y la contrademanda se relacionaba con los hechos de la disputa sobre inversiones⁵²³. En todo caso, el tribunal acogió la postura de que un tribunal de arbitraje puede conocer sobre

⁵²⁰ *Ibidem.*

⁵²¹ ECHAIDE, *op. cit.*, p. 104.

⁵²² *Urbaser c. Argentina*, CIADI, caso No. ARB/07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016), párr. 1234. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf> (consultado el 18 de abril del 2021). SANTACROCE, *op. cit.*, p. 139.

⁵²³ *Ibidem.*, párrs. 1143, 1150, 1151 y 1153. “De estas disposiciones resulta claramente que tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quien someta a arbitraje una controversia en relación con inversiones. Las decisiones arbitrales invocadas por las Demandantes, al argumentar que las demandas reconconvencionales suelen ser desestimadas en la práctica actual, se basan en cláusulas de arbitraje de alcance más restringido o en la ausencia de una conexión íntima de las demandas reconconvencionales, fundamentadas en el derecho interno del Estado correspondiente”. *Ibidem.*, párr. 1143. SANTACROCE, *op. cit.*, pp. 139, 140.

reclamaciones que de una u otra manera recojan argumentos sobre derechos humanos por parte del mismo Estado⁵²⁴. Precisamente, los requisitos para una contrademanda vendrían siendo el consentimiento y la conexión con la reclamación principal, ya sea fáctica o jurídica⁵²⁵.

En la etapa de fondo de la demanda de reconvencción, el tribunal señaló que, si bien las empresas no son sujetos de derecho internacional como lo sostenía la demandante, lo cierto es que, si en los TBI son presentados como titulares de derechos en el derecho internacional, no es posible negar del todo que también pueden ser sujetos de obligaciones internacionales⁵²⁶. Así mismo, en virtud de la responsabilidad social empresarial como estándar aceptado en derecho internacional, las empresas tienen el deber de actuar en el marco del respeto de los derechos humanos, como lo han señalado diferentes instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en documentos de entidades internacionales financieras y en la propuesta de tratado sobre empresas y derechos humanos⁵²⁷.

Ahora, al analizar el tribunal algunos tratados sobre derechos humanos, basado en la premisa de que el DIDH pertenece al derecho internacional y por lo tanto era aplicable a la controversia⁵²⁸, llegó a la conclusión de que estos no sólo generan deberes a los Estados, sino en general a múltiples sujetos que se desenvuelven en el entramado social. Efectivamente, estos instrumentos prohíben a cualquier sujeto u organismo “emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos”, lo que incluye a las empresas⁵²⁹.

⁵²⁴ “For instance, the investor may argue that the State measure that he is challenging also amounts to a breach of his human rights and that, as a result, the relevant investment treaty provision that he is invoking should be interpreted in accordance with applicable human rights norms. Or the host State may attempt to fend off the investment claim by putting up a human rights defence— for instance, by arguing that the challenged measure was necessary in light of its international human rights obligation. There is no reason to prevent investment tribunals from exercising jurisdiction over these incidental issues and arguments”. *Ibidem.*, p. 140.

⁵²⁵ CHOUDHURY, *op. cit.*, 14. En otros casos, también los tribunales han decidido admitir contrademandas del Estado demandado en contra del inversionista demandante, como el de *Perenco c. Ecuador*. En este caso, las contrademandas prosperaron por los daños ambientales ocasionados por las empresas demandantes.

⁵²⁶ “Si el TBI no está basado en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional”. *Urbaser c. Argentina*, *op. cit.* párr. 1194: SOLÓRZANO, 2019, *op. cit.*, p. 152.

⁵²⁷ “The idea that businesses should respect human rights has now become a well defined global expectation. It arises from a long history of international initiatives attempting to articulate global norms for business responsibility for human rights,14 and is espoused most definitively in the UN Guiding Principles for Business and Human Rights (UNGPs)”. CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 3. *Urbaser c. Argentina*, párr. 1195.

⁵²⁸ Como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵²⁹ Declaración Universal, art. 30; Pacto Internacional, art. 5 (1).

Bajo ese panorama, el tribunal señaló que el TBI debía ser interpretado de conformidad con todas las normas de derecho internacional aplicables a las partes como lo señalaba el mismo tratado, más no de forma aislada como lo pretendía la demandante, pues a pesar de que el TBI promueve las inversiones, no lo puede hacer en contra de normas que se encuentran dentro de un cuerpo jurídico más amplio al que este pertenece, y que incluye las relativas a la protección de derechos humanos⁵³⁰. En este caso, el tribunal halló que la cláusula que determinaba el derecho aplicable (Artículo X (5)) a la controversia, incluía la referencia al derecho internacional, tanto respecto de obligaciones internacionales de ambas partes contratantes del TBI, como de sus principios rectores⁵³¹.

Al final el tribunal rechazó la contrademanda argumentando que el actual DIDH no establece obligaciones positivas de proteger los derechos humanos a cargo de las empresas, particularmente el derecho humano al agua, lo cual se acompasa con la falta de incorporación de este tipo de disposiciones en el TBI aplicable⁵³². Por lo anterior, el tribunal llegó a la conclusión de que la demandante no tenía ninguna obligación de garantizar el derecho al agua, al menos no en el derecho internacional⁵³³, ni tampoco el deber de indemnizar o compensar por tal razón.

Curiosamente, lo anterior implicaría que el camino para la consideración de tratados de derechos humanos se encuentra allanado en el derecho internacional de inversiones, mientras que, sería el mismo DIDH o el DIA los que impedirían el sometimiento de las empresas a obligaciones positivas, pues no son establecidas así en sus instrumentos, los cuales podrían ser considerados en su mayoría como instrumentos de *soft law*⁵³⁴. Esto se confirma, según Echaide, pues “el estándar

⁵³⁰ *Urbaser c. Argentina*, párr. 1200.

⁵³¹ *Ibidem.*, párr. 2001. Incluso si las partes no hubieran determinado la ley aplicable a las controversias, en el caso de la Convención del CIADI, esta señala que un tribunal constituido bajo esta institución debe considerar normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables (art. 42 (1)).

⁵³² “Para que una obligación exista y sea relevante en el marco del TBI, debería ser parte de otro tratado (no aplicable al presente caso) o debería representar un principio general de derecho internacional. De ser así, tal obligación sería aplicable como parte del marco legal del derecho internacional, que rige la inversión en el caso particular o, ya sea en forma acumulativa o alternativa, sobre la base de la disposición sobre derecho aplicable contenida en el Artículo X (5)”. *Urbaser c. Argentina*, párr. 1207. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 138.

⁵³³ BARNES, *op. cit.*, pp. 350, 351. Para Santacroce, si bien el tribunal llegó a dicha conclusión, este dejó abierta la posibilidad de que el Estado presente efectivamente contrademandas en contra de inversionistas que vulneren derechos humanos. SANTACROCE, *op. cit.*, p. 138. “El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua potable y saneamiento a su población”. *Urbaser c. Argentina*, párr. 1208.

⁵³⁴ CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 2.

de protección proveído por los instrumentos jurídicos de derechos humanos es más bajo que el contenido en los tratados de inversiones y en los contratos”⁵³⁵.

En el caso de Colombia, no se trata de una obligación de hacer, sino la de evitar interferencias en el goce de los derechos de las poblaciones cercanas o beneficiadas por el Páramo de Santurbán, las cuales se verían en riesgo con el desarrollo de actividades mineras. Esta obligación puede ser compartida entre el Estado y los inversionistas. Estos vacíos en las normas de derecho internacional serían utilizados por las empresas para fomentar la postura de su falta de responsabilidad internacional, sin embargo, en la actualidad es claro que las empresas deben actuar en el marco del respeto por los derechos humanos y el medio ambiente. Así, continuando con el caso *Urbaser c. Argentina*, el tribunal aclaró que cuando se trata de obligaciones negativas dispuestas en tratados sobre derechos humanos, estas pueden “ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares”⁵³⁶.

Respecto de las contrademandas, el TLC Colombia- Canadá no señala expresamente esa posibilidad, aunque en el artículo 826 se establece que “cualquier parte contendiente” puede lograr la acumulación de reclamaciones cuando “planteen una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos hechos o circunstancias”. Quienes rechazan la posibilidad de una contrademanda advierten que los inversionistas no han dado el consentimiento para ser contrademandados, lo que contribuye a mantener el desequilibrio entre las obligaciones de los Estados y las de los inversionistas⁵³⁷. Sin embargo, en los casos de la prohibición de minería en páramos, los inversionistas no habrían atentado contra los derechos humanos, aunque la obligación de respetarlos sigue latente, al igual que la obligación del Estado colombiano de evitar interferencias de terceros.

Otro caso es *Bear Creek c. Perú*, donde el Estado peruano fue demandado por haber presuntamente expropiado indirectamente a la empresa Bear Creek Mining Corporation, como consecuencia de la promulgación de un decreto que prohibió la realización de minería en una zona en la que el demandante habría obtenido derechos mineros, a raíz de la fuerte oposición de comunidades indígenas Aimara, asentadas en cercanías de la zona de concesión; entre otras causas, por las dudas

⁵³⁵ ECHAIDE, *op. cit.*, p. 102.

⁵³⁶ *Ibidem.*, párr. 1210.

⁵³⁷ CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 14.

sobre las consecuencias del proyecto en el territorio -incluyendo lugares sagrados indígenas- y respecto de la garantía del derecho al agua.

En este caso el tribunal propuso como objeto del debate determinar si el Estado podía justificar la anulación de los derechos de la demandante en virtud de la obligación de una mayor divulgación del proyecto con las comunidades indígenas afectadas, con el fin de evitar la protesta social. Es decir, en este caso el tribunal tuvo en consideración si los inversionistas propiciaron el deterioro de la situación de derechos humanos de la población indígena. Para ello, el tribunal analizó varios instrumentos de derecho internacional, en especial, los relacionados con los derechos de las comunidades indígenas, como los referidos al derecho de consulta previa (como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Comunidades Indígenas y el Convenio 169 de la OIT).

A la final el tribunal decidió que Perú había expropiado indirectamente al inversionista a través de la adopción del decreto que derogó al decreto que originó los derechos del inversionista, pues anteriormente había avalado las actividades de “socialización” de la empresa, por lo que entendió que la demandante había cumplido con los requisitos establecidos en la legislación nacional; así mismo, porque la agitación social no era suficiente para dar por terminados los derechos del inversionista; y porque el convenio 169 de la OIT no impone obligaciones a las empresas sino al Estado⁵³⁸.

En todo caso la demandante omitió en dichas actividades particularidades de las comunidades asentadas, como lo son el lenguaje, el respeto por las creencias sagradas, entre otros, es por ello que desconoció normas de DIDH. En este sentido, la posición disidente del árbitro Sands en el laudo se dirige a reconocer la falta de la demandante respecto del establecimiento de una comprensión mutua con las comunidades indígenas o la falta de la licencia social para operar⁵³⁹, la cual, si bien es exigida del Estado en instrumentos como el Convenio 169 de la OIT, en consideración al caso *Urbaser c. Argentina* también debe ser complementada mediante las acciones propias de la empresa que va a realizar el proyecto. De allí que, para este árbitro, la empresa también tenía responsabilidad respecto de la oposición al proyecto, por lo que la compensación debía disminuir.

⁵³⁸ *Bear Creek c. Perú*, op. cit., párr. 664.

⁵³⁹ *BAS VILIZZIO*, op. cit., p. 143.

La importancia de este caso radica en que el tribunal accedió a analizar normas de DIDH, hallando que las obligaciones allí dispuestas se encontraban a cargo del Estado, no de la empresa. Más importante aún es la posición disidente del árbitro Sands que, en consideración del caso *Urbaser c. Argentina*, señaló que las empresas también tienen obligaciones respecto de la protección de los derechos humanos, en este caso de comunidades indígenas, cuyo incumplimiento también debe tener consecuencias en sede arbitral, como mínimo la disminución en el monto de la compensación, como lo han establecido varios TBI⁵⁴⁰. En el caso de Colombia, en el TLC con Canadá no aparecen disposiciones en el sentido de que se condicione a los inversionistas acceder al arbitraje cuando han vulnerado derechos humanos, mientras que en el modelo de TBI de Colombia de 2017 sí⁵⁴¹.

Este caso también es importante porque hace hincapié en la necesidad de que en los TBI se incorpore el derecho a la consulta, que abarque más grupos humanos, y que su ausencia genere limitaciones en las expectativas legítimas de los inversionistas. Se trataría de la obligatoriedad en los TBI de que los inversionistas logren una “licencia social para operar”, la cual va más allá del otorgamiento de permisos de las autoridades estatales, y se concentra en la posición social respecto de la realización de un proyecto de inversiones. Parte de la lógica, según la cual, si un proyecto no cuenta con respaldo, al final resultaría en una oposición que dirigiría a los inversionistas al arbitraje. La inclusión de una licencia social permitiría incorporar en el TLC las expectativas legítimas de la sociedad y no sólo las de los inversionistas⁵⁴².

A nivel más general, este argumento apoya la idea de que los derechos humanos deberían servir como legitimadores de las expectativas legítimas de los demandantes, pues estos generan obligaciones del Estado e incluso de la misma empresa⁵⁴³. Los estados deberían incluir los derechos humanos o el desarrollo sostenible en los TBI como limitantes a los derechos reconocidos a los inversionistas que sirvan de espacios para que el Estado pueda regular asuntos de interés público y fomentar la responsabilidad de las empresas⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 13. “the Tribunal may also alter the compensation due to the Claimant investor on the grounds of competing human rights obligations of the Host State”. *Continental Casualty c. Argentina*, *op. cit.*, párr. 305.

⁵⁴¹ *Ídem*.

⁵⁴² CHOUDHURY, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴³ ECHAIDE, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁴⁴ BEGIĆ-ŠARKINOVIĆ, *op. cit.*, p. 535.

Se confirma entonces que los tribunales deben y pueden conocer y considerar normas de DIDH o normas ambientales, empero, el tránsito hacia una consideración integral todavía es lento⁵⁴⁵. La consideración de normas de derecho internacional como las referidas a derechos humanos o a la conservación del medio ambiente facilitarían el diálogo entre tribunales internacionales que se concentre en la protección de los derechos humanos⁵⁴⁶.

La participación de *amicus curiae* en controversias sobre inversiones es fundamental para que los tribunales tomen en consideración los derechos de las personas afectadas por la realización de proyectos con altos impactos al medio ambiente y los derechos humanos, pero la dificultad para que un tribunal admita un escrito de este tipo limita la consideración de estos asuntos⁵⁴⁷.

Finalmente, en el caso *Philip Morris c. Uruguay* el Estado uruguayo fue demandado por la empresa suiza de cigarrillos Philip Morris, al presuntamente haber expropiado sus inversiones a través de medidas dirigidas a asegurar el derecho a la salud de su población, en contra de las consecuencias del tabaquismo. Estas medidas consistieron en la prohibición del consumo de tabaco en ciertos lugares como los cerrados abiertos al público y áreas laborales; la obligatoriedad de una presentación única del producto por marca comercial con el fin de evitar descripciones engañosas en los empaques (light, suave); y la obligatoriedad en el uso de advertencias sobre el efecto del consumo de tabaco en la salud⁵⁴⁸. De acuerdo con la argumentación del tribunal, el TBI que permitía a las partes negarse a admitir inversiones por razones de seguridad, orden público, salud pública y moral, también les permitía hacerlo de manera posterior, es decir, en su ejecución. Según el tribunal, el Estado ejerció sus poderes policiales a fin de proteger la salud pública⁵⁴⁹. En el caso de Colombia, el derecho humano a la salud se presenta como un interés a proteger en virtud de la prohibición de la minería en Páramos.

⁵⁴⁵ ECHAIDE, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴⁶ SOLÓRZANO, 2019, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁴⁷ COTULA, 2020a, *op. cit.*, p. 449.

⁵⁴⁸ JOSHI, *op. cit.*, p. 563. BAS VILIZZIO, 2019, *op. cit.*, p. 33. Esto en virtud del el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco.

⁵⁴⁹ *Philip Morris c. Uruguay*, CIADI, caso No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016), párr. 307. Aunque en este caso, también debe señalarse que no había un compromiso de estabilización. *Ibidem.*, párr. 481.

5. Conclusiones

5.1. Capítulo I

En Colombia, las políticas minera y de inversiones han sido dirigidas por parte de los distintos gobiernos nacionales hacia el establecimiento de un marco normativo favorable al ingreso de capitales extranjeros. De lo anterior, no solo dan cuenta la promulgación de distintas leyes de planes nacionales de desarrollo, en los que se confía a la minería el crecimiento económico y la disminución de la pobreza, la realización de eventos en los que se promocionó el potencial minero del país o las reformas institucionales encaminadas a fortalecer el sistema minero; sino también la estipulación del deber de compensación previa a una expropiación en el artículo 58 de la Constitución Política, la incorporación de una cláusula de estabilización de la normativa aplicable a los contratos mineros en el artículo 46 del Código de Minas y la misma suscripción y ratificación de TBI, que conceden prerrogativas extensas a favor de los inversionistas extranjeros y sus inversiones -como el TJE y la cláusula de expropiación-, y que disponen de mecanismos de solución de controversias que les permiten demandar directamente al Estado ante tribunales de arbitraje internacional.

5.2. Capítulo II

La existencia de un TBI es un factor positivo a considerar por parte un inversionista a la hora de establecer una inversión en un país extranjero, pues este define la protección que el Estado receptor está dispuesto a ofrecer, a cambio de los beneficios derivados de la inversión en su desarrollo económico y social. Dentro de esas prerrogativas en los TBI a favor de los inversionistas extranjeros se encuentran comúnmente el TJE y la cláusula de expropiación, los cuales son invocados en las demandas en contra de Colombia.

El primero, generaba tradicionalmente la obligación del Estado receptor de evitar tratamientos arbitrarios, discriminatorios e injustos en contra de los inversionistas extranjeros, como una falla manifiesta al debido proceso o la denegación de justicia en un proceso administrativo, civil o penal. Sin embargo, interpretaciones extensivas en sede arbitral, debido también a disposiciones vagas, han erigido un TJE que obliga al Estado a respetar y proteger las expectativas legítimas de los

inversionistas, mediante el establecimiento de un marco jurídico y de negocios transparente y predecible.

En este sentido, las conductas que podrían causar una violación al TJE se incrementan de manera poco predecible, teniendo en cuenta que los TBI no suelen incluir las expectativas legítimas dentro del TJE y por lo tanto no condicionan su aplicabilidad en sede arbitral. Una limitación en el sentido de que el TJE tiene su techo en el Derecho Internacional Consuetudinario pareciera ser una discusión poco productiva, en la medida en que las expectativas legítimas se consolidan incluso como principio del derecho internacional de inversiones, según tribunales como *Bear Creek c. Perú*. En general, una violación del TJE visto desde una perspectiva ampliada, ha surgido de la negativa a conceder o renovar un permiso, por ejemplo, un permiso ambiental, la cancelación de una licencia o un cambio normativo, administrativo o judicial.

En los casos de Colombia ante tribunales arbitrales del CIADI, los demandantes acusan al Estado de haber contradicho sus expectativas legítimas, al faltar al compromiso del artículo 46 del Código de Minas, de que la normativa aplicable a los contratos mineros no se iba a modificar en perjuicio suyo, no solo por la decisión de la Corte de prohibir la minería en páramos en el 2016, sino también por la inclusión de prohibiciones a esta actividad desde el 2010 en las normas sobre planes nacionales de desarrollo, las cuales son consideradas contrarias al tratado, incluso con las excepciones que les favorecían. Así mismo, los inversionistas acusan haber recibido el apoyo de los gobiernos de turno para desarrollar sus actividades en diferentes declaraciones, públicas y privadas, y mediante la determinación de un proyecto como de interés nacional; adicionalmente, los inversionistas tuvieron que obtener los permisos legales requeridos en el ordenamiento jurídico, que abarcan aspectos de orden ambiental y social. Adicionalmente, arguyen la demora en la delimitación del páramo, lo que les ha impedido hasta la actualidad conocer el futuro de sus inversiones. Todas estas conductas habrían contradicho el comportamiento esperado del Estado y los motivos que condujeron a la inversión.

Ahora, en sede arbitral se permite que, si bien una conducta del Estado individualmente considerada no implica la violación del TJE, varias medidas consideradas de manera conjunta sí puedan hacerlo. De allí que, además de aumentar las actuaciones del Estado que puedan considerarse una violación al TJE, estas pueden ser tomadas en conjunto. Para el caso de Colombia,

los demandantes alegan como violaciones no sólo la decisión de la Corte Constitucional, sino también actuaciones de las distintas entidades del ejecutivo, como el Ministerio de Minas -que debió delimitar el Páramo-, y la Agencia Nacional de Minería -respecto de los efectos de la decisión en los derechos mineros adquiridos-. Incluso, se podría considerar sí hubo una violación al TJE por parte del el Congreso, por cuanto este habría aprobado las leyes de planes nacionales de desarrollo con prohibiciones a la minería en ciertas zonas. Finalmente, algunos tribunales arbitrales han decidido que la buena fe del Estado no es suficiente para excusar una violación del TJE, por lo que, al analizar el TJE desde las expectativas legítimas, el interés del Estado por proteger intereses más allá de las inversiones no es debidamente considerado.

Con respecto al estándar de PSP, una interpretación extensiva que proteja las inversiones más allá de los bienes materiales y la persona del inversionista y sus empleados, genera la obligación del Estado de garantizar un marco jurídico y de negocios estable para la inversión. Teniendo en cuenta que para el caso de los inversionistas canadienses las inversiones no se constituyen en bienes materiales, sino en derechos mineros, una interpretación extensa de la PSP les resultaría muy favorable, en tanto que sus derechos mineros no pueden ser ejercidos, y debido a que el valor de su inversión en el mercado se redujo a cero. El estándar de PSP así visto, pareciera asemejarse a un TJE, de modo que estos dos estándares invocados en conjunto pueden favorecer las acusaciones de los inversionistas, frente a unos hechos además tan complejos.

Ahora, frente a la cláusula de expropiación, una visión extensiva del derecho de propiedad ha generado que medidas del Estado receptor que no sean directamente expropiatorias, puedan ser consideradas así de manera indirecta. La expropiación indirecta se configuraría cuando a través de una medida se prive al inversionista del uso y beneficio de la inversión, a pesar de que el Estado no anule el derecho de propiedad del inversionista. Los parámetros para determinar una expropiación indirecta estarían en el impacto, duración y carácter de la medida, respecto de la disminución del valor de la inversión y de los beneficios esperados por el inversionista. Ahora, una expropiación sea directa o indirecta, requiere que se haya tomado por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria, siguiendo el debido proceso y mediante compensación previa; en caso contrario, la medida se entendería ilegal. Estos requisitos se asemejan a los establecidos para el TJE, lo que beneficia a los inversionistas y dificulta la defensa del Estado.

Para el caso de Colombia, las concesiones mineras son consideradas por los inversionistas como derechos intangibles que también pueden ser objeto de expropiación, y que además son tenidas como inversiones cubiertas por el TLC Colombia- Canadá. Así, como ya se señaló, la medida de prohibir la minería en páramos habría reducido a cero el valor de la inversión y negado al inversionista la posibilidad de recibir beneficios, entre los que se reclama el lucro cesante. Respecto de criterios como el debido proceso, se desconoce si los inversionistas fueron notificados del proceso y escuchados en audiencia, empero el proceso de control de constitucionalidad que prohibió la minería en páramos no incluyó referencias a los derechos mineros. Así mismo, se desconoce si los inversionistas impugnaron la decisión al menos en sede administrativa.

Como se pudo evidenciar, los tres estándares de protección pueden implicar para el Estado receptor una limitación excesiva a la capacidad de regular inversiones extranjeras en virtud de un interés público, por ejemplo, frente a la protección del ambiente y los derechos humanos. Esta es una crítica que se aborda ampliamente por la doctrina, donde se evidencia el desequilibrio entre los derechos concedidos a los inversionistas por el TBI y la posibilidad del Estado de intervenir sin que ello implique la vulneración a un estándar de protección. El “sistema” internacional de protección de inversiones pareciera centrarse principalmente en la protección de inversiones, desconociendo áreas en las cuales estas se desenvuelven y que en la práctica corresponden también a deberes del Estado, determinados en la legislación interna y con orígenes también en obligaciones internacionales de derechos humanos o medio ambiente.

5.3. Capítulo III

Lo anterior ha ocasionado en la práctica el denominado enfriamiento regulatorio, que se confirma para el caso colombiano, en tanto la prohibición de actividades mineras en diferentes leyes de planes nacionales de desarrollo incluyó siempre excepciones a favor de los inversionistas extranjeros, más específicamente de los inversionistas canadienses, más allá de la necesaria protección de los ecosistemas de páramo por su importancia ambiental. Pese a ello, la protección del ambiente y los derechos humanos se constituye en un interés especial del Estado, a raíz de la disminución de recursos naturales esenciales para la supervivencia humana, el cambio climático y la pérdida de la biodiversidad, y la presión social de comunidades afectadas o en riesgo por el

desarrollo de la minería y de diferentes organizaciones defensoras del medio ambiente y derechos humanos, académicos, entre otros.

TBI recientes han incluido en sus disposiciones diferentes referencias a la protección del ambiente y los derechos humanos, ya sea como intereses del tratado en el preámbulo, deberes a cargo de los inversionistas, medidas excluidas, o como límites a los estándares de protección de inversiones mediante excepciones específicas, es decir, aplicables a cada estándar, o generales, aplicables a todos los estándares, las cuales son más frecuentes en el caso de los TLC.

Para el caso de Colombia, una revisión del TLC con Canadá, suscrito en el 2008, arroja importantes consideraciones sobre cómo las partes definieron que debería darse la relación entre la protección de inversiones y la protección del ambiente y los derechos humanos. Empero, varias de las disposiciones encontradas se proponen apenas como propósitos de política pública, voluntarios, que no generan obligaciones a las partes o a los inversionistas, y por lo tanto no cuentan con mecanismos para garantizar su cumplimiento. Entre estas disposiciones se tienen el Preámbulo, el Capítulo Ambiental del TLC y el Acuerdo Ambiental Paralelo. Así ocurre también en el caso de las cláusulas de no disminución de estándares ambientales incluida en el capítulo de inversiones y la de responsabilidad social corporativa.

Con todo, este tipo de disposiciones deben ser tenidas en cuenta por los tribunales arbitrales en cada caso, en virtud del artículo 31 (2) (a) de la Convención de Viena, según el cual todo tratado interpretarse en virtud -además del texto del acuerdo, del preámbulo y los anexos-, de todo acuerdo posterior al que se refiera el tratado y que haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del mismo, como el Acuerdo Ambiental Paralelo en el caso de Colombia. Así mismo, en virtud del artículo 31 (3) (c) de la misma Convención, señala que un tratado debe interpretarse además del contexto, junto con toda norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, que menciona el mismo TLC en el capítulo ambiental y en el Acuerdo Ambiental Paralelo.

Por otro lado, se encontraron también cláusulas que establecen excepciones sobre la capacidad regulatoria del Estado en asuntos de derechos humanos y medio ambiente, incluso respecto de los estándares de protección de los inversionistas -específicas-. Entre ellas, se tiene la excepción específica en el Anexo 811 del Capítulo 8, sobre Expropiación, que de manera expresa excluye la

configuración de una expropiación indirecta por la adopción de medidas tomadas en circunstancias excepcionales, no discriminatorias, y con un objetivo público, como la protección del ambiente o la salud. Con mayor relevancia, el artículo 2201 (3) del capítulo 22 sobre Excepciones Generales, reitera dicha exclusión con un alcance general, es decir, aplicable a otros estándares de protección de inversionistas como el TJE y la PSP.

Finalmente, respecto del TLC Colombia- Canadá, es necesario señalar que el artículo 832, en su nota 10, señala que un tribunal puede tomar en consideración la legislación de la Parte contendiente, cuando sea pertinente y apropiado. En este sentido, al retomar las consideraciones del marco normativo de inversiones y minería de Colombia, se encontraron también disposiciones ambientales y de derechos humanos, que condicionan la realización de actividades mineras al cumplimiento de ciertos requisitos y se considera la posibilidad de excluir de pleno derecho ciertas áreas por su importancia ecosistémica, incluso cuando el concesionario ya está realizando actividades de extracción a través de la declaración de caducidad. Al ser aplicable la normativa nacional a las controversias sobre inversiones, deberían estas disposiciones, que también hacen parte del sistema normativo aceptado por los inversionistas a la hora de ingresar sus inversiones, limitar la configuración de las expectativas de los inversionistas, quienes no solo debieron confiar en disposiciones favorables sino también en el interés del Estado de proteger áreas específicas por su importancia ecológica, como es el caso del Páramo de Santurbán.

Al revisar laudos arbitrales en los que se han debatido medidas ambientales y de derechos humanos del Estado anfitrión por la vulneración de estándares como los del TJE y expropiación, se encontraron importantes consideraciones que podrían ser utilizadas por parte de la defensa de Colombia. Entre ellas, por ejemplo, se destaca la limitación del alcance del TJE al derecho internacional consuetudinario, en el caso del TLCAN y sus notas interpretativas, que fueron reproducidos en el TLC Colombia- Canadá. Algunos tribunales han señalado el deber de los inversionistas demandantes de indicar la norma del derecho internacional consuetudinario vulnerada, a raíz de la falta de aplicabilidad del estándar de protección de extranjeros del caso *Neer* a la protección de inversiones. Empero, esta vía parece poco viable, puesto que tribunales posteriores han señalado que este tipo de laudos, como el de *Glamis Gold c. Estados Unidos*, son disidentes.

Otros tribunales han considerado que respecto de las expectativas legítimas como elemento del TJE es necesario que estas sean razonables y consideren además los intereses del Estado receptor de la inversión, e incluso de la misma población, como lo hizo el Tribunal del caso *Cooper Mesa c. Ecuador*. Como interés del Estado estaría el de mantener sus facultades regulatorias en favor del interés público, lo que implica la posibilidad de modificar el marco jurídico. En el caso de los países en los que el Estado no ha logrado proteger y garantizar efectivamente los derechos humanos de su población, como Colombia, el interés por mantener esa prerrogativa es latente y fundamental. Aunado a lo anterior, algunos tribunales de arbitraje han considerado el deber de diligencia de los inversionistas, por ejemplo, en lo que respecta a conocer todo el marco normativo que va a regir sus inversiones, como lo señaló el Tribunal de *South American Silver Limited c. Bolivia*. Para el caso de Colombia, se argumenta que, con el fin de determinar los riesgos de la inversión y sus expectativas, los inversionistas canadienses debieron analizar todo el esquema normativo que regulaba sus inversiones y no solamente algunas partes que, interpretadas de manera aislada, les beneficiarían.

Respecto de las cláusulas de estabilización, señalan los laudos que estas deben surgir de declaraciones específicas del Estado receptor a favor de las actividades del inversor que la invoca. En el caso de Colombia, la cláusula de estabilización corresponde a una Ley, mientras que se desconoce si existe un contrato de estabilidad con los inversionistas.

El derecho internacional de inversiones, desde la perspectiva del TJE ampliado, implicaría la limitación de la capacidad regulatoria del Estado de intervenir asuntos de interés público. Esto es así, a pesar de que los tribunales arbitrales y en la doctrina se diga que el TJE no tiene esa capacidad, pues al final los Estados receptores de inversiones han sido condenados, lo que ha generado el efecto del enfriamiento regulatorio que se confirma en las demandas contra Colombia.

Finalmente, sobre este estándar, en la doctrina se ha hecho uso de principios de derecho internacional como la soberanía sobre los recursos naturales, la prerrogativa de los Estados de hacer cumplir sus leyes y el deber de los extranjeros de acatar la legislación del Estado receptor, para justificar el establecimiento de una medida dirigida a proteger intereses de bienestar público, como lo son la protección del medio ambiente y los derechos humanos, incluso en caso de que una medida afecte inversiones que ya se están realizando.

Respecto de la cláusula de expropiación, argumentos a favor de Colombia se pueden encontrar en la determinación de una expropiación regulatoria, que no conlleva el deber de compensar. Sobre este aspecto, tribunales arbitrales han oscilado entre reconocer al Estado que ciertas medidas no configuran expropiaciones indirectas sino expropiaciones regulatorias no compensables, como cuestión de derecho internacional, como en el caso de *Methanex c. Estados Unidos*; o conceder una compensación al inversionista independientemente del objeto de la medida y con base principalmente en las afectaciones a la inversión, como en el caso *Santa Elena c. Costa Rica*. Una tercera opción, de reciente aparición, es el reconocimiento de la facultad regulatoria de los Estados por parte de los tribunales arbitrales, como el que hizo el Tribunal del caso *Quiborax c. Bolivia*, con base en la teoría de los poderes policiales, pero sometida al cumplimiento de los criterios de la expropiación indirecta, como lo son el debido proceso, la proporcionalidad y necesidad de la medida, y la no discriminación. En este caso, se determinó que una medida no es regulatoria si infringe alguno de los criterios anteriormente señalados, que además se asemejan a los TJE. Así mismo, una cláusula de excepciones generales no es aplicable si vulnera alguno de ellos, como lo señaló el Tribunal de *Copper Mesa c. Ecuador*. En ese sentido, Estados han sido condenados no por ejercer sus poderes policiales sino por incumplir normas de derecho de inversiones, lo que evidencia la primacía del interés de proteger inversiones por sobre cualquier otro. En estos casos, los tribunales han considerado también, como punto central, la determinación del impacto de la medida en el desarrollo de inversiones extranjeras, por encima del derecho del Estado a regular.

5.4. Capítulo IV

Recientes estudios en la doctrina han señalado que la incorporación de discusiones sobre la relación entre derechos humanos e inversiones vive una primavera silenciosa en sede arbitral. Por el lado de los Estados, argumentos sobre derechos humanos han buscado justificar la adopción de medidas o regulaciones específicas acusadas por los inversionistas extranjeros de vulnerar sus derechos bajo un TBI, por ejemplo, respecto del deber de proteger el derecho humano al agua, a la salud, al medio ambiente sano, entre otros. La relación se plantea a partir del principio de integración sistémica, según el cual el derecho internacional de inversiones es parte del derecho internacional público, un corpus jurídico más grande, que se compone además de normas de derechos humanos en el DIDH y de medio ambiente en el DIA. Esto frente a una pretendida autonomía del derecho internacional de inversiones, que les ha permitido a tribunales arbitrales evitar consideraciones sobre la

protección del ambiente o de los derechos humanos. La cuestión radica en que los instrumentos derivados de estos regímenes generan deberes y obligaciones a cargo de los Estados en direcciones diferentes, de modo que el Estado se encuentra en una encrucijada.

La relación entre estos subsistemas se ha planteado en la doctrina y en laudos arbitrales teniendo en cuenta la literalidad de los tratados, al menos en dos aspectos; si el TBI señala en una *norma de conflicto* la aplicabilidad de tratados de derechos humanos o ambientales que obliguen a ambas partes contratantes; o si en la cláusula de *ley aplicable* el TBI permite la aplicación por parte del tribunal de normas de derecho internacional, lo que ocurre virtualmente en todos estos instrumentos. En el primer caso, la aplicación de las normas de DIDH o DIA puede ser directa, si el TBI determina que unas normas priman sobre otras; en el segundo, la aplicación podría sólo alcanzar el nivel de parámetros de interpretación, en tanto que la aplicabilidad de normas de derecho internacional -cuáles o de qué modo- radica en cada tribunal. Cabe mencionar que los árbitros tampoco pueden apartarse del mandato otorgado en los TBI pues asumen el riesgo de ser anulados, de allí también la reticencia de los árbitros de abordar estas discusiones.

En cuanto a la primera opción, el TLC con Canadá establece en el artículo 103 del Capítulo 1 una especie de *norma de conflicto*, que señala que, en caso de inconsistencia entre obligaciones contenidas en tratados ambientales y las del TLC, priman las primeras. Esta cláusula, sin embargo, se reduce a los acuerdos multilaterales con obligaciones comerciales, de allí que dentro de los acuerdos enlistados por el Anexo 103 se encuentren aquellos relativos al tráfico de especies y a los movimientos transfronterizos de desechos, siendo los más destacables.

La segunda opción se sustenta en lo dispuesto en el artículo 832 del capítulo de inversiones que señala que un tribunal establecido bajo dicho acuerdo decidirá una controversia de conformidad con las reglas de derecho internacional aplicables. También, en el artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena, que señala que todo tratado debe interpretarse, además de en consideración del contexto, de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. De acuerdo con esto, para que una norma de derecho internacional sea traída a una controversia de inversiones es necesario que sea pertinente, es decir, que los temas abordados se relacionen con la controversia; y aplicable, es decir, que sea exigible internacionalmente a las partes contratantes del TBI.

Colombia y Canadá coinciden en la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre Diversidad Biológica, los cuales cuentan con importantes consideraciones sobre el papel del Estado a la hora de garantizar los derechos y cumplir lo dispuesto en cada instrumento. No obstante, es necesario tener en cuenta el tipo de obligaciones que contienen este tipo de instrumentos, pues estas deben ser efectivamente exigibles a las partes, de allí que varios de los instrumentos suscritos por Colombia y Canadá no puedan ser traídos a las controversias. En el mejor de los casos, del lado del DIA, se considera que los principios precautorios, de prevención y la soberanía de los recursos naturales han alcanzado el rango de normas imperativas, de modo que pueden ser aplicables de manera directa a una controversia, como lo señala la misma Convención de Viena en sus artículos 53 y 64, y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas. Así pues, normas de *ius cogens* también pueden ser aplicables directamente a una controversia sobre inversiones.

Finalmente, importantes consideraciones de tribunales sobre derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podrían aplicarse debido a la falta de suscripción de la Convención Americana sobre Derechos humanos por parte de Canadá. La no suscripción de este tipo de instrumentos, favorece la fragmentación del Derecho Internacional.

Recientes laudos como el de *Urbaser c. Argentina*, han señalado que los tribunales pueden conocer argumentos sobre derechos humanos, por ejemplo, mediante contrademandas de los Estados cuando el inversionista ha vulnerado derechos humanos. En este caso, los inversionistas canadienses aún no han causado daños al ecosistema de páramo, en tanto la decisión de prohibir la minería en Páramos se tomó con base en el principio de prevención. Sin embargo, en el caso de que hubiera ocurrido, el Estado habría podido contrademandar a los inversionistas, en virtud del mismo argumento del tribunal de *Urbaser c. Argentina*, sobre la amplitud de la cláusula de acumulación de reclamaciones en el artículo 826 del TLC Colombia- Canadá. La importancia de este caso radica en que el tribunal reconoció que los TBI deben interpretarse de conformidad con todas las normas de derecho internacional aplicables, entre ellas, las del DIDH, y que los inversionistas extranjeros, si bien no tienen obligaciones internacionales positivas de proteger derechos humanos, si tienen obligaciones negativas, como ha sido señalado en varios instrumentos de derecho internacional. Al final, el tribunal determinó que los inversionistas no tenían obligaciones positivas de proteger el derecho humano al agua, razón por la que se desestimó la

contrademanda. De allí que, se colige que el derecho internacional de inversiones genera obligaciones con mayor fuerza normativa que otros subsistemas, como el DIDH o el DIA.

Otros tribunales como *Bear Creek c. Perú*, han analizado si los inversionistas han tenido que ver con la violación de derechos humanos que hayan ocasionado del Estado el deber de intervenir. Si bien, como ya se dijo, sobre las empresas no recaen obligaciones positivas, si existen obligaciones negativas. Estas deberían servir de límites a las expectativas legítimas de los inversionistas.

Se confirma entonces que los tribunales deben y pueden conocer y considerar normas de DIDH o normas ambientales, empero, el tránsito hacia una consideración integral todavía es lento. La consideración de normas de derecho internacional como las referidas a derechos humanos o a la conservación del medio ambiente facilitarían el diálogo entre tribunales internacionales que se concentre en la protección de los derechos humanos.

En conclusión, el derecho internacional de inversiones presenta un panorama ambiguo para los intereses de los Estados receptores de proteger los derechos humanos y el medio ambiente; los casos contra Colombia, a resolverse prontamente por parte de los tribunales arbitrales conformados, podrían dar luces sobre cómo el derecho internacional de inversiones debe actualizarse y reconfigurarse, frente a un reto como es la inclusión de estos intereses, que no son solo de Colombia sino de la humanidad.

6. Bibliografía

Libros, capítulos de libros y capítulos de revistas académicas.

ACEVEDO TARAZONA, Á. y CORREA LUGOS, A.D., 2019. Pensar el cambio socio ambiental: un acercamiento a las acciones colectivas por el páramo de Santurbán (Santander, Colombia). *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 42, no. 1, pp. 157-175.

ARANDA, L.S. de E., 2020. Tratados bilaterales de inversión y derechos humanos: tres posiciones desde américa latina. *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 37, pp. 85-105.

BARNES, M.M., 2019. The ‘social license to operate’: An emerging concept in the practice of international investment tribunals. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, no. 2, pp. 328-360.

- BAS VILIZZIO, M., 2019. Protección de los derechos humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos? *Revista de la secretaria del Tribunal permanente de Revisión*, vol. 7, no. 14, pp. 129-148.
- BASTO, P.S., 2017. El conflicto socioambiental del páramo Santurbán. Un análisis bioético con enfoque de ecología política. *Revista Colombiana de Bioética* [en línea], vol. 12, no. 1, pp. 8-24. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189251526003.pdf>. (consultado el 17 de abril del 2021).
- BEGIĆ-ŠARKINOVIĆ, T., 2020. Human rights issues in investment arbitration cases: A new perspective? *Pravni zapisi*, vol. 11, no. 2, pp. 532-553.
- BETANCUR, M.S., 2019. Minería del oro, territorio y conflicto en Colombia. Instituto Popular de Capacitación -IPC-, 74 p.
- BOHOSLAVSKY, J.P. y JUSTO, J.B., 2015. Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio. *Revista de la secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 3, no. 5, pp. 65-94.
- CASTRO PEÑA, M.N., 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*, no. 38, pp. 23-66
- CHOUDHURY, B., 2020. Investor Obligations for Human Rights. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, pp. 1-23.
- COLEN, L., PERSYN, D. y GUARISO, A., 2016. Bilateral Investment Treaties and FDI: Does the Sector Matter? *World Development*, vol. 83, pp. 193-206.
- COTULA, L., 2016. Foreign investment, law and sustainable development A handbook on agriculture and extractive industries. *International Institute for Environment and Development* [en línea], 182 p. Disponible en: <http://pubs.iied.org/pdfs/12587IIED.pdf>
- COTULA, L., 2020a. (Dis)integration in global resource governance: Extractivism, Human Rights, and Investment Treaties. *Journal of International Economic Law*, vol. 23, no. 2, pp. 431-454.
- COTULA, L., 2020b. Disputas de inversión desde abajo: ¿De quién son los derechos? Minería, medio ambiente y formas de subsistencia en Colombia. *International Institute for Environment and Development* [en línea]. Disponible en: <https://www.iied.org/investment-disputes-below-whose-rights-matter>.
- ECHAIDE, J. 2017. Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. Derechos humanos? *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 31, pp. 81-113.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., 2016. La Necesaria Adaptación de los Acuerdos Internacionales de Inversiones y del Arbitraje de Inversiones al «Desarrollo Sostenible». *Desarrollo Sostenible en el Siglo XXI: Economía, Sociedad y Medio Ambiente*, pp. 87-124.
- GARCÍA DURÁN, G. (5 de enero del 2021). Páramo de Santurbán: entre la protección y la codicia. *La Opinión* [En línea]. Disponible en: <https://www.laopinion.com.co/zona-verde/paramo-de-santurban-entre-la-proteccion-y-la-codicia>.
- GARCÍA MATAMOROS, L.V., 2018. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 12, pp. 85-120.
- GHIOTTO, L., 2016. América Latina y el poder corporativo. *Nueva Sociedad* [en línea]. Disponible en: <https://www.nuso.org/articulo/america-latina-y-el-poder-corporativo/>.
- GONZÁLEZ-GIL, A., 2019. Mining and social mobilization in Colombia: popular consultation and territory rights. *Política y Sociedad* [en línea], vol. 56, no. 1, pp. 87-105. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/61557>.
- JOHNSON, L., SACHS, L., GÜVEN, B. y COLEMAN, J., 2018. Costos y beneficios de los tratados de inversión. Consideraciones prácticas para los Estados. *Columbia Center on Sustainable Investment* [en línea], 24 p. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf>
- JOSHI, R.D. y GURPUR, S., 2020. The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory. *Arbitration International*, vol. 36, no. 4, pp. 557-570.
- MERCURIO, B., 2015. Safeguarding public welfare?-Intellectual property rights, health and the evolution of treaty drafting in International Investment Agreements. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, no. 2, pp. 252-276.
- MILES, K., 2013. *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 464 p.
- NOWROT, K., 2014. How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law? *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, no. 3-4, pp. 612-644.
- PELLEGRINI, L., *et al.*, 2020. International investment agreements, human rights, and environmental justice: The Texaco/Chevron case from the Ecuadorian Amazon. *Journal of International Economic Law*, vol. 23, no. 2, pp. 455-468.

- RAMÍREZ, S., 2011. El giro de la política exterior colombiana. *Revista Nueva Sociedad*, no. 231, pp. 79-95.
- ROFFINELLI, G., MARCHINI, J. y MORALES, J., 2018. Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales: Los desafíos de la región frente a tratados de inversión asimétricos. *International Institute for Sustainable Development* [en línea]. Disponible en: https://www.cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=16481
- SAADE HAZIN, M., 2013. Desarrollo minero y conflictos socioambientales. *Macroeconomía del Desarrollo* [en línea], vol. 137, 57 p. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5369-desarrollo-minero-conflictos-socioambientales-casos-colombia-mexico-peru>.
- SANDS, A. 2020. ¿El régimen de los tratados de inversión promueve la buena gobernanza? el caso de la minería en Santurbán, Colombia. *IISD: Un boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, número 4. tomo 11, pp. 16-18.
- SANKEY, K., 2013. El boom minero en Colombia: ¿locomotora del desarrollo o de la resistencia? *Estudios Críticos Del Desarrollo*, vol. iii, pp. 113-144.
- SANTACROCE, F.G., 2019. The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes. *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, pp. 136-155.
- SCHILL, S.W., 2012. Cross-Regime Harmonization through proportionality analysis: The case of international investment law, the law of state immunity and human rights. *ICSID Review*, vol. 27, no. 1, pp. 87-119.
- SCHREUER, C., 2010. Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no. 2, pp. 1-17.
- SOLÓRZANO, J., 2017. Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, no. 2, p. 239
- SOLÓRZANO, J., 2019. La garantía de los DESCA a través del diálogo judicial y arbitral. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, pp. 133-164.
- SORNARAJAH, M., 2010. *The International Law on Foreign Investment*. Third Edit. New York: Cambridge University Press, 524 p.
- VIÑUALES, J.E., 2010. Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship. 2010. 74 p.
- ZOE ZHANG, 2020, 2020. La negociación de un tratado vinculante sobre derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional de las inversiones. *IISD*:

Un boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible, número 4. tomo 11, pp. 22- 24.

Casos de arbitraje internacional de inversiones

Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia, CIADI, caso No. ARB/02/3, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción del demandado (21 de octubre de 2005). Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10958_0.pdf.

Azurix Corp. c. Argentina, CIADI, caso No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio del 2006). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation c. Perú, CIADI, caso No. ARB/14/21, Laudo. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>.

Bilcon of Delaware et al c. Canadá, CPA, Caso No. 2009-04, Laudo (17 de marzo de 2015). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>.

CMS Gas Transmission Company c. Argentina, CIADI, caso No. ARB/01/8, Laudo. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica, CIADI, caso No. ARB/96/1, Laudo (17 de febrero del 2000). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>.

Continental Casualty Property c. Argentina, CIADI, caso No. ARB/03/9, Laudo (5 de septiembre del 2008).

Cooper Mesa c. Ecuador, CPA, caso No. 2012-2, Laudo (15 de marzo de 2016).

Feldman c. México, CIADI, caso No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>.

Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América, CIADI (reglas UNCITRAL), Laudo (8 de junio de 2009). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>.

International Thunderbird c. México, CNUDMI (NAFTA), Laudo (26 de enero del 2006). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>.

Metalclad Corporation c. México, CIADI, caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

Metalclad c. México, CIADI, caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>.

Methanex Corporation c. Estados Unidos de América, UNCITRAL, Laudo, (3 de agosto de 2005). párr. 15 (Parte IV - Capítulo D). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto, CIADI, caso No. ARB/99/6, Laudo (12 de abril del 2002). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>.

Mondev International Ltd. c. Estados Unidos, CIADI, caso No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>.

MTD v Chile, CIADI, caso No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo del 2004). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>.

Murphy Exploration & Production Company International c. Ecuador, CPA, caso No. 2012-16 (AA 434), Laudo final parcial (6 de mayo de 2016). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8234.pdf>.

Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador (I), Caso LCIA No. UN 3467, Laudo (1 de julio del 2004). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

Perenco Ecuador Limited c. Ecuador (Petroecuador), CIADI, caso No. ARB/08/6, Decisión sobre cuestiones restantes de jurisdicción y responsabilidad (12 de septiembre de 2014). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf>.

Philip Morris c. Uruguay, CIADI, caso No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016).

Pope and Talbot c. Canadá. CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre méritos- Fase II (10 de abril del 2001). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

Quiborax S.A. c. Bolivia, CIADI, caso No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015).

S.D. Myers Inc. c. Canadá. CNUDMI (NAFTA), Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000).

Saluka Investments c. República Checa, UNCITRAL, Laudo parcial (17 de marzo del 2016). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

South American Silver Limited c. Bolivia, CPA, caso No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018). Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10364_0.pdf.

Tecmed c. México, CIADI, caso No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003). Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf.

Urbaser c. Argentina, CIADI, caso No. ARB/07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf>.

Waste Management Inc. c. México (II), CIADI, caso No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril del 2004). Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf.

Casos de arbitraje internacional de inversiones de Colombia

Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, caso CIADI No. ARB/16/41. Solicitud de Arbitraje (8 de diciembre de 2016), párr. 5. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/41>.

Galway Gold Inc. c. Colombia, caso CIADI No. ARB/18/13. Solicitud de Arbitraje (21 de marzo de 2018), párr. 19. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/13>.

Red Eagle Exploration Limited c. Colombia, caso CIADI No. ARB/18/12, Solicitud de Arbitraje (21 de marzo de 2018), párr. 18. Estado: Pendiente. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/12>.

Tratados internacionales

Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, Dubái (EAU), 12 de noviembre de 2017 (no entrado en vigencia).

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, Lima (Perú), 21 de noviembre de 2008 (entrada en vigencia el 12 de junio de 2011).

Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, Washington (EE. UU) (22 de noviembre de 2006).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 1969.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Washington, (EE. UU), 17 de diciembre de 1992 (entrado en vigencia el 1 de enero de 1994).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001.

Normas internas

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1868 de 2017, “por medio de la cual se establece la entrega del informe anual sobre el desarrollo, avance y consolidación de los acuerdos comerciales ratificados por Colombia”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 9 de 1991, “por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias”.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, Resolución 51 de 1991, “Por medio de la cual se hacen ajustes al Estatuto de Inversiones Internacionales”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Decreto 2080 del 2000, “Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior”.

Sentencias nacionales

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 366 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 443 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra P.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 455 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-361 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Documentos institucionales

ANDI, 2017. Estrategia Para Una Nueva Industrialización II. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI [en línea]. 369 p. Disponible en: <http://proyectos.andi.com.co/Libro2/Paginas/assets/docs/estrategia-para-una-nueva-industrializacion-ii.pdf>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). 2003. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 “Hacia un Estado comunitario [en línea], 365 p. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND.pdf>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2015. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” [en línea], 550 p. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2005. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 “Estado comunitario: desarrollo para todos [en línea], 576 p. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PLANNACIONALDESARROLLO2006-2010.pdf>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. 2011. Bases Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” [en línea], 18 p. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/1C.%20P%C3%A1ginas%20preliminares.pdf>.

GOBIERNO DE COLOMBIA. 2015. Guía Legal para hacer Negocios en Colombia [en línea], 184 p. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/guia_para_hacer_negocios_en_colombia_2015_1.pdf.

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. 2020. “Informe sobre los acuerdos comerciales vigentes de Colombia (borrador)” [en línea], 144 p.

Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/temas-de-interes/informe-sobre-el-desarrollo-avance-y-consolidacion/documentos/ley-1868-informe-2020.aspx>.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. 2016. Nueva Política Minera de Colombia [en línea], 62 p. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>.

UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO- ENERGÉTICA DE COLOMBIA. Estrategia para Consolidar el Atractivo de Colombia como Destino de Inversión Minera [en línea], 667 p. Disponible en: <http://bdigital.upme.gov.co/handle/001/1005>.

UNCTAD, 2015. Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible [en línea], p. 17. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/uploadedfiles/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa%20de%20Acuerdos%20Internacionales%20de%20Inversi%C3%B3n%20para%20el%20Desarrollo%20Sostenible%202015.pdf>.

Noticias

ECO ORO MINERALS CORPORATION. “Eco Oro announces completion of previously announced Asset Purchase Transaction with Sociedad Minera de Santander S.A.S.”. *Globe Newswire* [en línea]. (17 de diciembre del 2020). Disponible en: <https://n9.cl/55wnz>. (consultado el 1 de mayo del 2021).

EL TIEMPO. “2020 cierra con un Soto Norte custodiado por su propia gente”. *El Tiempo* [en línea] (20 de diciembre del 2020). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/mas-contenido/2020-cierra-con-un-soto-norte-custodiado-por-su-propia-gente-555828> (consultado el 21 de abril del 2021).

REDACCIÓN JUSTICIA. “Alistan laudos en dos demandas contra Colombia por USD 2.755 millones”. *El Tiempo* [en línea]. (12 de enero del 2021). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/este-ano-se-conocerian-laudos-en-demandas-contra-colombia-por-temas-de-inversion-559934>. (consultado el 17 de abril del 2021).

SEMANA. “Debate por Santurbán en el Congreso: la postura del alcalde vs. el gobernador”. *Semana* [en línea]. (6 de agosto del 2020). Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/debate-por-santurban-en-el-congreso-discurso-del-alcalde-vs-el-gobernador/692510/>. (consultado el 27 de abril del 2021).

SEMANA. “Pequeña minería: ¿piedra angular del conflicto ambiental en Santurbán?”. *Semana* [en línea]. (20 de marzo del 2018). Disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/paramo-de-santurban-la-pequena-mineria-es-la-piedra-angular-del-conflicto-ambiental/39723>. (consultado el 18 de abril del 2021).

SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Archivo definitivo de la posibilidad de explotación minera del Páramo de Santurbán, conclusión del debate de Control Político”. *Senado de la República* [en línea]. (20 de octubre del 2020). Disponible en: <https://senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/1868-archivo-definitivo-de-la-posibilidad-de-explotacion-minera-del-paramo-de-santurban-conclusion-de-debate-de-control-politico>. (consultado el 12 de marzo del 2021).

Páginas web

BANCO DE LA REPÚBLICA, Inversión Extranjera Directa en Colombia por actividad económica desde 1994 [en línea]. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/inversion-directa>.

MINISTERIO DE AMBIENTE. 2021. Ambiente y desarrollo en los TLC [en línea]. Disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/asuntos-internacionales/negociacion/ambiente-y-desarrollo-en-los-tlc>.

MINISTERIO DE COMERCIO. Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes [en línea]. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos>.

TRANSNATIONAL INSTITUTE, 2019. ISDS impactos [en línea]. Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>.

UNCTAD, Centro de Políticas de Inversión (Navegador de Solución de Diferencias de Inversiones). Argentina, Bolivia, Colombia, Reino Unido, Canadá [en línea]. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.