

Disputas de inversión desde abajo: ¿De quién son los derechos?

Minería, medio ambiente y formas de subsistencia en Colombia

Lorenzo Cotula*

23 julio 2020

*Este texto que fue publicado originalmente en inglés, fue traducido al español por Ximena Sierra.



Sobre las crestas irregulares de las montañas y sobre los valles de color amarillo verdoso flotan pedazos de nubes, dejando atrás la humedad que satura los pastizales pantanosos. Los matorrales dispersos de frailejones parecen estar a punto de explotar con el agua y estar listos

para que sus raíces desemboquen en arroyos, lagos y ríos cuesta abajo. Un silencio ancestral yace bajo el suave burbujeo del agua.

A este brumoso ecosistema andino, se le conoce en Colombia como páramo. El páramo de Santurbán es un invaluable sumidero de carbono que además cuenta con una fuerte identidad social y cultural que se ha construido durante siglos y ha permanecido en el tiempo. Mientras caminamos por un sinuoso terreno a unos 3.800 metros sobre el nivel del mar, Víctor, un hombre delgado y callado de cincuenta y tantos años, oriundo del municipio de Vetas, nos cuenta las historias de varias generaciones cuyas vidas se desarrollaron en estas laderas: los indígenas Chitareros; los conquistadores europeos, los fundadores de Vetas; los gringos que hace más de un siglo, vinieron a buscar oro; y los mineros artesanales cuyos medios de subsistencia dependen hoy en día del oro escondido en el vientre de estas montañas.

Para millones de personas que viven en las tierras ubicadas debajo de estos altos páramos, el páramo es vida: es una fuente esencial de agua que además está conectada profundamente a su propia existencia. En los últimos años, esta área ecológica y con una fuerte identidad cultural se ha visto sometida a fuertes presiones e intereses económicos y comerciales, que a su vez han dado lugar a importantes interrogantes sobre el papel y las limitaciones del derecho en cuanto a cómo podrían conciliarse intereses de tipo social, ambiental y económico.

Disputas de inversión desde abajo

En las últimas dos décadas, el páramo de Santurbán ha vivido un aumento de las actividades de exploración minera a gran escala, provocado por el cambio de las políticas públicas, el aumento de los precios del oro y un intenso conflicto que, a principios de siglo, dio lugar al repliegue de grupos guerrilleros en la zona. A medida que [las multinacionales llegaron](#), el páramo se convirtió en el epicentro de las tensiones entre las empresas mineras, las autoridades públicas y las comunidades locales; y entre visiones opuestas del desarrollo.

Las controversias jurídicas que se han desencadenado como consecuencia de estos hechos, han puesto de presente la forma en que los acuerdos para proteger la inversión extranjera han terminado por oscurecer aún más las complejidades propias de las disputas de inversión y han marginado a los actores cuyos derechos e intereses están en juego.

En diciembre de 2019, viajé a Santurbán con mis colegas, el jurista argentino [Nicolás Perrone](#) y el investigador del IIED [Brendan Schwartz](#). Hablamos con activistas, mineros, magistrados, abogados, alcaldes y funcionarios del gobierno. También con académicos colombianos, incluyendo a [Paula Ungar](#) del [Instituto Humboldt](#) y a [Ximena Sierra](#) de la [Universidad de Rosario](#). Nuestro objetivo era examinar las disputas de inversión de abajo hacia arriba y crear una plataforma para que los actores locales pudieran articular sus puntos de vista.

Nuestra preocupación no recae sobre los procesos legales específicos que están en curso, cuyas especificidades además solo se conocen de manera parcial en el ámbito público. Sino que nuestro primordial interés está más orientado a examinar y documentar cómo el derecho, y particularmente el derecho internacional, no solo es creado por jueces y diplomáticos, o por prestigiosos abogados de corbata que llevan casos y litigios complejos, sino que, también es creado por las historias de mujeres y hombres que sufren las consecuencias y los impactos de las normas y los procedimientos jurídicos, pero que suelen ser excluidos de la toma de decisiones en tales procesos.

Los mecanismos existentes no reflejan este tipo de complejidades, y una perspectiva local puede proporcionar el entendimiento necesario para transformarlos. En este sentido, uno de nuestros principales intereses es reconocer las complejas intersecciones entre los acuerdos nacionales, internacionales y contractuales, y repensar la forma en que se concibe el derecho internacional, entendido no solo como una práctica focalizada en los centros globales de diplomacia internacional, sino como un fenómeno que se puede vivir y experimentar, y en cierta medida, formar por las mismas bases y actores locales.

En medio de torres de cristal construidas sobre oro

En Bogotá, los modernos y altos edificios que bordean una amplia avenida de varios carriles, la carrera séptima, funcionan como sedes de bancos, compañías de seguros y agencias gubernamentales. En la recepción de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, se reproduce un video que se repite una y otra vez y que explica cómo la Agencia representa al gobierno colombiano en los litigios de los que este hace parte.

Allí, un pequeño equipo de abogados lleva los casos por disputas con multinacionales ante el sistema conocido como [Sistema Internacional de Arbitraje de Inversiones Inversionista-Estado](#) (ISDS, por sus siglas en inglés). Este sistema permite a las multinacionales iniciar un litigio en contra de un Estado por conductas que pueden implicar violaciones de compromisos y obligaciones legales del Estado, en virtud de un acuerdo internacional de inversión. Los casos son resueltos mediante tribunales de arbitraje que son convocados en cada caso concreto. Si el tribunal decide a favor del inversionista, generalmente se ordena al Estado pagar una indemnización.

Por estos días, al parecer dicho equipo tiene bastante trabajo. Hasta hace unos años, Colombia nunca se había enfrentado a un arbitraje de este tipo, que fuera además conocido públicamente. Pero desde 2016, los inversores extranjeros han iniciado al menos [catorce arbitrajes](#)

[conocidos públicamente](#) ante el ISDS en contra del gobierno colombiano, sin contar con otras demandas que están en proceso. Al menos seis de los arbitrajes se relacionan con el [sector minero](#) y la mayoría de ellos se encuentran en curso actualmente.

[El caso de Colombia](#) no es el único: cientos de este tipo de arbitrajes se han llevado a cabo en todo el mundo, y otros países, desde Argentina hasta España, han experimentado auges o "boom" similares de ISDS. Estos auges han sido impulsados por acuerdos jurídicos que protegen ampliamente los derechos de las multinacionales y sus "[legítimas expectativas](#)"; que les otorgan a las empresas un acceso directo a la reparación internacional; y que, además, implican grandes indemnizaciones que sostienen una industria internacional de árbitros, abogados, y [financiadore](#)s. Por ejemplo, [en un caso en contra de Pakistán](#), se condenó a este país a pagar más de 4 mil millones de dólares, más intereses.

Colombia tiene una economía diversificada, pero la historia del país está empapada en oro, y muchas actividades comerciales hoy en día, se basan directa o indirectamente en la extracción de oro. En Colombia, como en muchos otros países del Sur Global ricos en recursos minerales y naturales, el auge del ISDS es consecuencia de años de políticas, leyes y tratados para atraer inversionistas extranjeros. Al respecto, la abogada y académica colombiana Ximena Sierra ha analizado y documentado las [estrechas conexiones](#) entre las negociaciones de tratados internacionales de inversión y las reformas

de la legislación nacional para promover la minería a gran escala, incluyendo el código de minas de 2001.

Hay mucho en juego en los procesos de arbitraje que están en curso. El experto en derecho internacional Federico Suárez Ricaurte señaló que, si las multinacionales obtuvieran a su favor todas las indemnizaciones por las sumas reclamadas, Colombia tendría que pagar suma equivalente a [más de una décima parte de todo su presupuesto nacional](#) de 2019, más intereses y costos legales y de arbitraje.

Varios arbitrajes se refieren a disputas sobre medidas sociales y ambientales. En el caso del páramo de Santurbán, las compañías mineras canadienses han iniciado tres arbitrajes en contra del gobierno de Colombia. Las compañías se basan en las cláusulas del Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Canadá y buscan ser indemnizadas por las medidas adoptadas por el Estado que protegen el páramo.

El agua antes que el oro

La ciudad de Bucaramanga se encuentra ubicada sobre el Valle del Río de oro a la sombra de la masiva cordillera oriental. Por su parte, el páramo de Santurbán está a 2.000 metros sobre el horizonte de la ciudad, y millones de personas que viven allí y en la parte baja de los territorios aledaños tienen una fuerte conexión con el páramo.

Conversando en un famoso restaurante local de la zona, el activista Erwing Rodríguez-Salah nos explicó la naturaleza de dicha conexión. La rica biodiversidad del páramo no solo lo convierte en un ecosistema valiosísimo, sino que su característico ciclo hidrológico es la principal fuente de agua de una población en aumento de aproximadamente dos millones de personas en el departamento de Santander.

En los últimos años, Erwing ha sido uno de los activistas más enérgicos [en la defensa](#) y protección del páramo frente a las actividades mineras. Es miembro del [Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán](#) (Comité de Santurbán), una plataforma cívica que ha emprendido una campaña para proteger el páramo y el derecho al agua.

Diez años antes, cuando la compañía minera canadiense Eco Oro (conocida entonces como Greystar) solicitó que le fuera aprobada la licencia ambiental para la construcción de una mina a cielo abierto, Erwing ayudó a construir una amplia coalición en contra de dicho proyecto. La coalición, de la que hacen parte desde activistas ambientales hasta grupos empresariales, impulsó la organización de multitudinarias manifestaciones: Erwing estima que unas 40.000 personas alcanzaron a marchar en las calles de Bucaramanga.

Por estos días, la preocupación principal de Erwing y del Comité es el [proyecto propuesto](#) por otra compañía, que, de aprobarse, permitiría la extracción de oro cerca del municipio de California. Aunque este está

ubicado debajo de la línea de páramo, permanece la preocupación sobre el agua que fluye hacia las tierras ubicadas en la parte baja.

En Bucaramanga, la movilización por el agua y el páramo debido a las actividades mineras se ha convertido en una parte importante de la vida de sus habitantes. Hablar con la gente en la calle revela una profunda preocupación por este problema. Un joven nos dijo que mientras las autoridades se quedarían con los ingresos derivados de la minería, Bucaramanga solo se quedaría con el agua contaminada. Según él: "La minería y el petróleo son riquezas, pero el agua es vida". Por su parte, un hombre ya mayor recalcó la importancia del agua para el futuro de sus nietos. Y una mujer sintetizó el problema así: "El agua antes que el oro".

Esta preocupación generalizada se refleja en muchas iniciativas ciudadanas espontáneas orientadas a generar conciencia, movilizarse y comprometerse con dicha problemática. Por ejemplo, la pintora Inés Ortiz Correa organizó una exposición sobre la minería y el páramo. Ella siente un profundo vínculo personal con el páramo -casi espiritual- y una planta nativa tiene el nombre de su tío. Hablando con ella en la galería donde están exhibidas sus pinturas, Inés explica que ella quiere que su arte le permita a la gente recordar que "hay cosas más valiosas que el oro".

Tras las protestas, Eco Oro cambió el diseño de la mina de cielo abierto a subterránea. Asimismo, las autoridades públicas empezaron a reforzar la protección ambiental en el páramo.

Movilizando el derecho para proteger el páramo

El fortalecimiento de las medidas de protección ambiental refleja procesos más amplios que se han desarrollado en todo el mundo desde principios de la década de 1990: justo cuando se posicionó el modelo neoliberal y los gobiernos intensificaron sus esfuerzos para atraer la inversión extranjera, con la “Cumbre de la Tierra” de Río de 1992 también se dio lugar a que aumentara la conciencia a nivel mundial sobre los problemas ambientales. Colombia, como muchos países, aprobó una nueva legislación, la [ley 99 de 1993](#) en materia ambiental fue uno de los primeros instrumentos legislativos del país en referirse a la protección de los páramos.

Aproximadamente 15 años después, el auge de la actividad minera en Santurbán hizo que se acrecentara la preocupación sobre los daños que la minería a gran escala podría causar al páramo y a sus fuentes hídricas. Esto hizo que el llamado a una mayor regulación ambiental se fortaleciera. La movilización ciudadana finalmente llevó a que se emprendieran acciones concretas: el código de minas de 2001 inicialmente no había prohibido la minería en los páramos y a partir del

2010 el gobierno de Colombia aprobó una serie de medidas para restringir la minería en estos ecosistemas de humedales y delimitar el páramo de Santurbán. Inicialmente, el gobierno eximió los proyectos mineros existentes de la nueva regulación, pero la ciudadanía presionó para que se establecieran medidas de protección más fuertes y se interpusieron algunas demandas que dieron lugar a dos casos ante la Corte Constitucional Colombiana.

El constitucionalista colombiano Manuel Góngora se ha referido a este tribunal como “uno de los más sólidos de América Latina”. A lo largo de los años, la jurisprudencia de la Corte ha introducido muchos aspectos “progresistas” en el marco normativo colombiano, desde el [reconocimiento de los ríos y otros entes de la naturaleza como sujetos de derechos](#), hasta el consentimiento libre, previo e informado como un requisito previo para llevar a cabo proyectos económicos, de infraestructura y de desarrollo que puedan afectar los derechos y los territorios de los pueblos indígenas.

En la primera sentencia sobre el caso del Páramo de Santurbán, la Corte derogó la exención para los proyectos mineros existentes ([sentencia C-035, 2016](#)). La Corte señaló que la Constitución colombiana protege los derechos de las compañías mineras, pero sus cláusulas sobre la función “social” y ecológica de la propiedad y de la empres implican que esos derechos no son ilimitados. El tribunal constitucional señaló que el valor ambiental del páramo como fuente

de agua, sumidero de carbono y foco de la biodiversidad debía prevalecer sobre el interés de las empresas mineras dentro del páramo.

En la segunda sentencia, la Corte confirmó la solicitud del Comité de Santurbán y anuló la primera delimitación del páramo realizada por el gobierno, ordenando que se hiciera una nueva delimitación con la participación de las comunidades ubicadas en el páramo y sus alrededores ([sentencia T-361, 2017](#)).

Para Paula Ungar, del Instituto Humboldt, este último caso cuestiona la compleja relación entre la experiencia técnica y la participación pública, las dimensiones sociales de la forma en que entendemos el medio ambiente y, en última instancia, lo que es un "ecosistema". El instituto es el organismo de investigación de biodiversidad del gobierno responsable del mapeo de los páramos, y retroalimenta al Ministerio del Medio Ambiente para efectos de la delimitación de tales ecosistemas.

Por su parte, la Corte Constitucional en sus decisiones hizo énfasis en los derechos humanos y la necesidad de ponderar múltiples intereses: y el interés comercial de los inversores es solo uno entre muchos. La decisión de eliminar la exención para los proyectos mineros existentes significaba que varias empresas mineras ya no podían seguir adelante con sus proyectos como se había previsto, poniendo al Estado colombiano en una posición en la que eventualmente podría entrar en

tensión con algunas disposiciones de los tratados internacionales que protegen las inversiones extranjeras, incluidas las de las compañías mineras canadienses que operan en Santurbán.

"Queremos recuperar nuestra identidad"

A unos 2.000 metros de altitud y a unos 1.000 metros por debajo de Vetas y del páramo, se encuentra California, un municipio de paredes blancas. La minería impregna la historia de California, y para la gente del municipio, el pasado está muy presente.

Al hospedarnos en el Hotel El Gran Mezón, una casa colonial con vista a la plaza principal, nos contaron que allí se alojaban los geólogos franceses cuando buscaban oro a principios del siglo XX. Allí, pudimos observar las expresiones seguras de los mineros en fotos en blanco y negro, desteñidas por los años. También pudimos palpar los libros de contabilidad compilados minuciosamente. Las minas que los franceses excavaron (muy por debajo de la línea de páramo) aún están intactas: el dueño del hotel, un hombre de constitución sólida con un sombrero de vaquero, ahora posee algunas de ellas, ya que las heredó de su padre.

Con el tiempo, las personas oriundas del municipio adaptaron las técnicas traídas por los franceses, los alemanes y los estadounidenses

para administrar sus propias minas. La gente de California abandonó sus cultivos de trigo y maíz, y la minería artesanal se convirtió no solo en su medio de vida, sino en una parte esencial de su forma de vida y del tejido social de la comunidad.

Por esta razón, los habitantes de California, Vetas y de los pueblos mineros aledaños suelen estar en desacuerdo con los activistas ambientalistas en contra de la minería de la parte baja de la región. Las compañías mineras son muy visibles, y a lo largo de los años han invertido una gran cantidad de recursos para ganarse la licencia social de las comunidades en aras de poder desarrollar sus actividades.

En California, por ejemplo, las compañías han pagado por la restauración de muchos edificios, y el parque infantil que fue construido recientemente en la plaza principal del pueblo, tiene el logotipo de la compañía que ahora opera en el área. Muchas personas trabajan para la compañía, directa o indirectamente. La compañía también financia los servicios de seguridad privada en la zona, y existe la preocupación de que, si la compañía se va, la situación de seguridad pueda verse afectada.

Sin embargo, a la gente de la región también le preocupa el páramo, y el apoyo a la minería no significa necesariamente que apoyen a las grandes empresas. Muchos en la zona son "galafardos" o mineros artesanales, que son mucho más independientes. Si bien algunos han considerado asociarse con las grandes compañías, otros piensan que

pueden ganar más dinero administrando sus propias minas que trabajando para las empresas.

Hoy en día los "galafardos" [se sienten muy presionados](#) debido a una nueva normatividad que regula los impactos ambientales de la minería artesanal y que restringe este tipo de actividades. Igualmente, los estrictos requisitos legales dificultan que los "galafardos" puedan acceder a los permisos necesarios para realizar su actividad minera. Por otro lado, los títulos mineros otorgados a las compañías para la realización de proyectos a gran escala han provocado la disminución de la cantidad de áreas disponibles para ser explotadas por los mineros artesanales. Este tipo de presiones fomentan una desconfianza sobre las empresas que realizan minería a gran escala.

La alcaldesa recién electa de California, Genny Gamboa, está decidida a hacer escuchar estas voces. Le preocupa el impacto de las multinacionales en el medio ambiente, en la minería artesanal y en su comunidad. "Queremos recuperar nuestra identidad", afirma la alcaldesa. Poco después de asumir el cargo, Genny convocó una "Asamblea municipal", un nuevo espacio para facilitar la participación ciudadana en el diseño y la planeación del futuro de California.

La evolución de la minería se cruza con la historia del conflicto en Colombia y su difícil transición hacia la paz. En su [investigación y trabajo cinematográfico](#), la académica Christiana Ochoa resalta una paradoja: el gobierno de Colombia promueve en parte la inversión

extranjera para consolidar el proceso de paz, pero la inversión a gran escala en sí misma puede generar conflictos y disputas complejas.

Los arbitrajes comienzan

Después de que la sentencia C-035 de la Corte Constitucional reforzó la protección del páramo en materia ambiental, el gobierno implementó las correspondientes medidas y restricciones en relación con los proyectos ya existentes. Más del 50% de la concesión de Eco Oro se había otorgado dentro del páramo, y la compañía respondió demandando al Estado ante el ISDS. Otras dos compañías canadienses hicieron lo mismo, iniciando otros procesos de arbitraje.

En su [demanda](#) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial, Eco Oro argumentó que invirtió fuertemente en la exploración minera durante varios años, basándose en una legislación pro minería que les prometía a los inversionistas estabilidad jurídica en una concesión minera a largo plazo y en las garantías otorgadas por el gobierno que respaldaban sus proyectos. La compañía también argumentó que, mientras solicitaba los permisos para llevar a cabo el proyecto minero, el gobierno y la Corte Constitucional adoptaron otras medidas que lo hicieron inviable.

La compañía afirmó que esas medidas, y la inseguridad que debieron enfrentar, frustraron sus expectativas legítimas, la privaron de sus derechos y afectaron gravemente el valor de su inversión. Eco Oro

aspira a que le paguen alrededor de [760 millones de dólares](#) por daños. Las otras dos compañías presentaron argumentos ampliamente comparables en sus respectivas [demandas](#) de arbitraje (aunque además afirman contar con derechos de exploración y explotación).

Los tres arbitrajes están en curso, los alegatos presentados por las compañías y por el Estado no son de conocimiento público, y existe poca información sobre los argumentos específicos esgrimidos por las partes tanto sobre los hechos como sobre las normas invocadas. Por lo tanto, es imposible emitir una opinión sobre los pormenores de los procedimientos legales, sobre los cuales decidirán los tribunales arbitrales con base en los argumentos de las partes, a los que aquellos sí tienen pleno acceso.

Sin embargo, de manera más general, en términos políticos, el mismo marco del arbitraje Inversionista-Estado y una orden procesal emitida por el tribunal arbitral que lleva el caso de Eco Oro ilustran algunos desajustes entre el régimen internacional de inversiones y la realidad local de las disputas de inversión. Examinar tales inconsistencias puede proporcionar información clave para los debates actuales sobre la importancia de repensar ajustes necesarios del sistema de resolución de controversias.

¿De quién son los derechos protegidos por la ley?

Los tratados de inversión enmarcan las disputas como una relación bilateral entre un inversionista y un Estado. En los arbitrajes sobre el páramo de Santurbán, los tribunales deben decidir si el Estado colombiano afectó los intereses de las empresas al violar el tratado entre Colombia y Canadá, y si el Estado colombiano podría justificar sus acciones con base en el derecho y el deber de regular en interés público. Si bien un número creciente de tratados de inversión se refieren a cuestiones sociales y ambientales, y varios [tribunales arbitrales](#) han considerado esos aspectos en sus decisiones, la protección de la inversión extranjera y los límites de esa protección siguen estando en general en el centro del debate.

Sin embargo, la disputa entre las compañías demandantes y el Estado, y la tensión entre la protección de la inversión y la regulación del interés público, son solo una dimensión de las relaciones que se entretienen en este problema y que son mucho más complejas. Desde la perspectiva del caso de Santurbán, entre los protagonistas de la disputa también se encuentran las personas que abogan por la protección de un ecosistema de suma importancia, por el acceso al agua para los habitantes de la parte baja y por la cultura y la forma de vida de las comunidades mineras. Aquellas consideran que el gobierno tiene una perspectiva diferente, y además son conscientes de que las

acciones que ha adoptado el Estado a lo largo de los años para reforzar la protección ambiental, tuvieron que ser exigidas enérgicamente a través de la movilización ciudadana y de acciones de tipo judicial.

En Bucaramanga, Luís Jesús Gamboa, quien es un activista y una figura clave en el Comité de Santurbán, nos explicó que como ciudadano él cree que tiene un interés en la disputa, porque, si las empresas ganan los arbitrajes, el Estado, y, por lo tanto, en última instancia, los contribuyentes, tendrían que “pagar la factura”; y el dinero con el que se podrían financiar los servicios públicos, serían destinados a un negocio. Sin embargo, Luís Jesús también tiene un interés más directo.

El Comité Santurbán hace parte de una alianza de organizaciones de la sociedad civil locales, nacionales e internacionales que solicitaron presentar un escrito de *amicus curiae* (que se traduciría como “amigos de la corte”) en el arbitraje de Eco Oro. Este tipo de alegatos son una práctica común en los procedimientos ante la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y en el caso en cuestión, el Comité quería poner de presente con dicho escrito algunas cuestiones de interés público, incluyendo los derechos humanos al agua y a un ambiente sano.

En el 2019, una [orden procesal](#) firmada por el presidente del tribunal que lleva el caso de Eco Oro rechazó la solicitud del Comité, argumentando que no era lo suficientemente específica. El tribunal no ve cómo los derechos humanos pueden ser relevantes para la disputa

de inversión entre la compañía y el Estado. Asimismo, señaló que el arbitraje se refería a si Colombia debía compensar a Eco Oro por las pérdidas; pero no cuestiona la continuación del proyecto minero.

La falta de especificidad puede afectar la evaluación de dicha solicitud. Si lo que se alega es la falta de aplicación, esta no sería la primera vez que se habría argumentado algo así, aunque con un asesoramiento más especializado en procesos jurídicos que implican un alto componente técnico. Por un lado, los derechos humanos eran una preocupación central en los casos ante la Corte Constitucional, y, por otro lado, la orden procesal del tribunal de arbitraje dejó de lado algunos aspectos trascendentales.

Mientras las compañías buscan ser indemnizadas, el énfasis de los tratados de inversión en el valor de mercado y los grandes montos de las indemnizaciones ordenadas por algunos tribunales arbitrales pueden crear una carga significativa para las finanzas públicas. El riesgo de enfrentar cuantiosas disputas podría desalentar a los Estados a tomar medidas de interés público, una preocupación asociada al [“enfriamiento regulatorio”](#) que algunos árbitros [han reconocido explícitamente](#).

Si el gobierno niega la licencia ambiental a la nueva compañía que opera en la región, esa compañía podría querer iniciar su propio arbitraje. Uno de los interrogantes que surgen es si las autoridades están esperando el resultado de la disputa de Eco Oro antes de decidir

sobre la nueva solicitud de licenciamiento ambiental, y si los arbitrajes sobre los proyectos que han sido suspendidos podrían dificultar que el gobierno proteja los derechos humanos y ambientales al evaluar a la nueva empresa minera.

Cuando el Comité de Santurbán [difundió en Twitter](#) una carta del gobierno indicando que el tratado de inversión directamente relacionado con esta nueva empresa aún no había entrado en vigencia, recibió más de 1.000 "me gusta" y retuits en menos de 24 horas. Este extraordinario nivel de compromiso público con cuestiones técnicas tan complejas apunta a preocupaciones generalizadas sobre los posibles impactos indirectos de las disputas de inversión en la regulación ambiental.

¿Se puede basar la justicia en la exclusión?

En consecuencia, los grupos de ciudadanos que desempeñaron un papel central en los casos de la Corte Constitucional Constitucional están excluidos de los procedimientos arbitrales: no solo el tribunal de Eco Oro rechazó su solicitud de *amicus curiae*, sino que este fue considerado como algo excepcional. Asimismo, las solicitudes para asistir al tribunal en sus deliberaciones tampoco son consideradas como una vía para que las personas afectadas puedan reclamar sus derechos.

Irónicamente, el tratado entre Colombia y Canadá es parte de una nueva generación de tratados que incluyen disposiciones diseñadas para facilitar la transparencia y la participación pública. Dichos tratados facultan a los tribunales arbitrales para aceptar presentaciones de amicus curiae y exigen que las audiencias sean públicas. Los abogados de inversiones ven estas disposiciones como avances. Pero en Bucaramanga y California, parecen una realidad aún lejana.

La audiencia de Eco Oro se llevó a cabo en enero 2020 y tuvo lugar en la sede del Banco Mundial en Washington D.C. El requisito de publicidad se cumplió [transmitiendo la audiencia en una sala separada](#) dentro del complejo del Banco Mundial, lo que hace muy difícil para la mayoría de las personas que resultan afectadas profundamente por esta disputa, y para otras personas interesadas, presenciar las audiencias y la forma en la que se adelanta el proceso.

¿Cómo el sistema afecta los derechos?

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](#).

Las disputas de inversión de cierta complejidad como la del páramo de Santurbán se suelen reducir a la pregunta de si un Estado violó las medidas de protección de la inversión. Y al otorgar derechos y compensaciones internacionales de manera diferenciada a las multinacionales por un lado y los actores locales por el otro; y al proporcionar ["fichas de negociación"](#) desiguales a diferentes grupos que buscan influir en la conducta del Estado, el sistema refuerza los desequilibrios de poder entre las multinacionales, los gobiernos y los actores locales. Tal como lo explicaron los expertos Daria Davitti, Jean Ho, Paolo Vargiu y Anil Yilmaz Vastardis, en su [aguda crítica](#) al régimen de los tratados de inversión, estos acuerdos pueden tener efectos distributivos de alto impacto al proteger los intereses comerciales sobre los de los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente.

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.

Tales implicaciones solo pueden entenderse completamente, si el ISDS se analiza a la luz de la amplia arquitectura legal y financiera en la que opera, y de las formas en que esta arquitectura tiende a favorecer la inversión a gran escala sobre los grupos marginados, desde los códigos mineros y la legislación en materia de recursos naturales, hasta las dimensiones legales del ["giro privado" en la ayuda al desarrollo](#) y las

formas en que las instituciones financieras internacionales influyen en las reformas de las legislaciones internas.

Para el académico y operador jurídico Brooke Güven, por ejemplo, la disputa de Santurbán resalta el papel generalizado y potencialmente conflictivo de las instituciones del Grupo del Banco Mundial en la configuración de la gobernanza y de las inversiones de los recursos naturales, promoviendo [reformas en política minera](#) a favor de las empresas, financiando el proyecto de Eco Oro (a través de su brazo privado, la [Corporación Financiera Internacional](#)) y luego manejando la disputa inversionista-Estado cuando el proyecto se vio estropeado.

En la disputa también se resaltan algunos patrones que afectan los proyectos mineros: los recursos del subsuelo se otorgan al Estado, el cual a su vez otorga las concesiones, pero las operaciones mineras afectan a quienes están asentados tanto en la superficie del suelo donde se llevan a cabo tales operaciones como en las zonas aledañas. La movilización ciudadana por las decisiones que las personas creen que se han tomado en su contra puede conducir a álgidos conflictos y, en última instancia, a casos ante el ISDS. Al mismo tiempo, las divisiones dentro y entre las comunidades (por la minería frente a la protección del medio ambiente, o por la minería artesanal frente a la minería a gran escala) pueden generar otros conflictos complejos que penetran en el tejido social de las comunidades y que cuestionan visiones opuestas del desarrollo.

En este contexto, las interpretaciones de los tribunales arbitrales podrían estar alineadas con las lógicas internas del derecho internacional de las inversiones, incluyendo el marco normativo de los tratados de inversión y el alcance limitado de la jurisdicción de los tribunales; pero enfocadas en un subgrupo limitado de problemas, actores y derechos, en el que el ISDS prioriza unos intereses sobre otros, afectando relaciones que van mucho más allá de las partes directamente involucradas en la disputa.

Un llamado a la reflexión y a la acción

Si la gobernanza de la inversión global se diseñara hoy desde cero, ¿cómo sería? Un punto clave se refiere a la interconexión de los acuerdos legales a nivel nacional e internacional: el ISDS no puede concebirse de forma aislada, divorciado de la compleja economía política local y global que lo enmarca. 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.

Cambiar ese marco general requiere varias acciones en múltiples niveles. Dependiendo del contexto, por ejemplo, puede ser necesario ajustar los acuerdos para fortalecer las voces y representaciones locales en la toma de decisiones relacionadas con la inversión, y esto a su vez puede implicar reformas a la legislación nacional.

El régimen internacional de inversiones también es parte del problema. Hay preocupaciones sobre quién tiene voz en el ISDS y qué derechos se tienen en cuenta. Los acuerdos existentes, incluidos los tratados de inversión recientes que han sido “recalibrados”, no hacen justicia a las complejas realidades de las disputas de inversión. Se han hecho [llamados para la implementación de reformas más profundas](#) que incluyan mecanismos que tengan en cuenta los derechos de los grupos afectados, y en las que los reclamos de los inversores sean desestimados si los actores afectados no pueden hacer parte de los procesos arbitrales. Los diálogos actuales en la [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#) podrían crear espacios para que estos temas sean tenidos en cuenta.

Sin embargo, en eventuales reformas procedimentales en el marco del ISDS es probable que tampoco sean abordadas preguntas fundamentales sobre la arquitectura general de la inversión extranjera, tales como: ¿cómo reequilibrar los derechos, obligaciones y medios de reparación para los Estados, las empresas y los ciudadanos a nivel nacional e internacional?; ¿Cómo mejorar la articulación entre las diferentes normas del derecho internacional, incluyendo a los [derechos humanos](#), la protección del medio ambiente y las relaciones comerciales?; y ¿cómo [terminar viejos tratados](#) y allanar el camino hacia un sistema más inclusivo y efectivo?

Escuchar para actuar

A menudo escuchamos en debates sobre el ISDS, sobre la imperativa política de promover la inversión extranjera. Sin embargo, en raras ocasiones tenemos la oportunidad de comprender las preocupaciones y aspiraciones de las personas cuyas formas de vida están en juego directamente.

Las personas en Bucaramanga y California me han enseñado las complejidades de las disputas de inversión, y cómo el ISDS desde el comienzo se ha concebido como un sistema parcial y aislado. Me hicieron darme cuenta de que mucha literatura académica sobre el régimen internacional de los tratados de inversión no proporciona respuestas a sus preguntas. Escuchar estas perspectivas podría ayudarnos a crear un sistema de gobernanza que haga justicia a los derechos y realidades locales.



Agradezco a Duncan Macqueen, Andrew Norton, Nicolás M. Perrone, Anna Sands, Brendan Schwartz, Ximena Sierra y Brooke Skartvedt Güven por sus comentarios. Las opiniones expresadas en este documento son solamente mías.