

# AMICUS CURIAE

Ante la Corte Constitucional de  
Colombia

Honorable Magistrado ponente:  
Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Amicus Curiae en trámite de cumplimiento de  
Las órdenes proferidas en la Sentencia SU-698 de 2017  
Expediente: T-5.443.609

AMICUS CURIAE TIENE COMO OBJETIVO PONER EN CONOCIMIENTO DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, UNA RECOPIACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO Y LAS BASES DE LAS DEMANDAS DE LAS EMPRESAS INTERNACIONALES GLENCORE Y ANGLO AMERICAN EN CONTRA DE COLOMBIA, EN EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LAS INVERSIONES, BAJO EL ACTUAL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA - ESTADO (SCIE).



london  
mining  
network

Global  
Justice  
Now

WAR ON  
WANT

# Índice

---

- I ASUNTO
- II INTRODUCCIÓN
- III RESUMEN DE LAS DEMANDAS EN  
CONTRA DE COLOMBIA
- IV RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA  
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA
  - a. Mecanismo de Solución de Controversias  
Inversionista-Estado (SCIE)
  - b. El CIADI y el sesgo del mecanismo SCIE a favor de  
las Empresa
  - c. El efecto disuasorio de las demandas  
Inversionista-Estado
  - d. Demandas relacionadas al sector extractivo
  - e. Datos sobre América Latina y Colombia

# Índice

---

- V** LOS PROCESOS DE ARBITRAJE SUPRANACIONAL CONTRAVIENEN DECISIONES JURÍDICAS SOBERANAS DE CARÁCTER NACIONAL
- a. Ejemplos de otros casos de arbitraje en contra de decisiones del sistema de justicia
  - b. El arbitraje supranacional socava la independencia judicial de los órganos de justicia

- VI** INCOMPATIBILIDAD DEL MECANISMO DE SCIE CON LOS DERECHOS HUMANOS, COLECTIVOS Y AMBIENTALES
- a. El efecto disuasorio puede contribuir a violaciones de los derechos humanos, colectivos y ambientales
  - b. La “estabilidad jurídica” para los inversionistas transnacionales detiene avances necesarios para reparar violaciones a los derechos humanos y proteger los derechos humanos, colectivos y ambientales
  - c. Órganos de Derechos Humanos critican a los All y al mecanismo de SCIE

# Índice

---

**VII** RECHAZO DEL MECANISMO DE SCIE  
POR GOBIERNOS

**VIII** CONCLUSIONES

**IX** PETITORIO

# I. ASUNTO

Ante la Corte Constitucional de Colombia  
Honorable Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Amicus Curiae en trámite de cumplimiento de  
Las órdenes proferidas en la Sentencia SU-698 de 2017  
Expediente: T-5.443.609

Presentado por:  
TerraJusta, Institute for Policy Studies - Global Economy  
Program,  
War on Want, Global Justice Now, & London Mining Network

El presente escrito de *Amicus curiae* tiene como objetivo poner en conocimiento de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, una recopilación del funcionamiento y las bases de las demandas de las empresas internacionales Glencore y Anglo American en contra de Colombia, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones, bajo el actual régimen de protección de la inversión extranjera y el mecanismo de Solución de Controversias Inversionista - Estado (SCIE).

Este escrito, además, es en respaldo para que la Corte disponga garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas en la Sentencia SU-698 de 2017 (1), dentro del marco de la acción de tutela promovida por miembros de las comunidades indígenas Wayúu de La Horqueta, La Gran Parada y Paradero, contra Carbones del Cerrejón Limited, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otros.

(1) Corte Constitucional República de Colombia, Sentencia SU698/17;  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU698-17.htm>

## I. INTRODUCCIÓN

La organización no gubernamental TerraJusta con sede en Bolivia y Reino Unido, el Instituto de Estudios Políticos - Programa de Economía Global (Institute for Policy Studies - Global Economy Program) con sede en Washington DC, junto con las organizaciones War on Want, Global Justice Now, y London Mining Network del Reino Unido, son organizaciones que han estudiado y denunciado los Acuerdos Internacionales de Inversiones y el mecanismo de Solución de Controversias Inversionista- Estado (SCIE) desde hace muchos años por atentar contra la soberanía de los estados y sus órganos de justicia, que toman decisiones en favor de los pueblos y el medioambiente, además de atentar en contra de los esfuerzos de ejercicio y de exigencia de sus derechos por parte los pueblos indígenas y comunidades afectadas por las inversiones transnacionales. Por lo tanto, hemos visto con preocupación las demandas de arbitraje internacional que las empresas Glencore y Anglo American interpusieron en contra de Colombia, el año 2021, por no permitirles desarrollar el tajo minero "La Puente" en La Guajira. Las compañías pretenden presionar a que el estado le permita seguir con esta expansión de su mina o que se les indemnice por decisiones de la Corte Constitucional que, en el marco de la acción judicial para proteger derechos amenazados de comunidades del pueblo Wayúu, ordenaron desde el año 2017 suspender el avance de la ampliación minera en el tajo minero La Puente, supeditando la obra a la realización de estudios de evaluación de impactos e incertidumbres no valoradas.

Ambas empresas - Anglo American y Glencore, hasta hace poco dueñas de la mina de carbón Cerrejón junto con BHP - desviaron el Arroyo Bruno para poder desarrollar el tajo mencionado. Ante este atropello, las comunidades lograron que la Corte Constitucional de Colombia se pronunciara al respecto y ordenara la suspensión de la expansión de la mina. Esta decisión fue interpretada por Anglo American y Glencore como una afrenta a sus intereses, por lo que demandaron a Colombia.

El motivo del presente *Amicus*, es presentar ante la Corte Constitucional de Colombia, un resumen del desarrollo de las demandas de arbitraje antes mencionadas, pero principalmente, los elementos subyacentes e implicaciones que el desenlace de estas demandas podría tener en el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas y la independencia de la justicia y soberanía del Estado colombiano.

Como organizaciones que hemos trabajado de cerca en varios casos de demandas de arbitraje internacional similares al presentado en contra de Colombia por las decisiones judiciales de la Corte Constitucional en torno a la explotación del Arroyo Bruno, estamos convencidas de que el andamiaje y sistema legal internacional que hace posible estas demandas, no busca otra cosa que proteger los intereses de grandes corporaciones transnacionales, en desmedro de los intereses nacionales, del ambiente, y los derechos de comunidades indígenas y afrodescendientes como las que dependen del Arroyo Bruno.

El documento a continuación, en la sección III, presenta una cronología de las demandas de Glencore y Anglo American. Esto incluye algunos antecedentes de la decisión de la Corte Constitucional para emitir la Sentencia SU-698 de 2017 y la base jurídica a la que se apegan las empresas para demandar a Colombia. Posteriormente, en la sección IV, profundizamos sobre el Régimen de Protección de la Inversión Extranjera Directa, que es el andamiaje que le da el poder a las empresas para pasar por alto los tribunales nacionales y demandar a Estados soberanos directamente en tribunales de arbitraje internacional. Este régimen se sostiene en una serie de tratados comerciales y de inversión, en tribunales de arbitraje

internacional que dirime las demandas de empresas, y en un mecanismo de solución de controversias aceptados por los Estados como Colombia en los tratados, y que los hacen pasibles de demandas. La sección desarrolla el funcionamiento de este sistema y sus consecuencias. En la sección V, presentamos una serie de ejemplos de casos de demandas que ilustran claramente la forma en que este sistema contraviene las decisiones jurídicas de carácter nacional, como es el caso de la Sentencia SU-698 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia. En la sección VI, también a través de ejemplos, mostramos la forma en que el sistema socava los derechos humanos, los derechos colectivos de las comunidades y las medidas de protección del ambiente. Estos casos alrededor del mundo, han provocado el rechazo y denuncia de este sistema por parte de organizaciones nacionales e internacionales, pero además de gobiernos nacionales, muchos de los cuales han tomado medidas para abandonar el sistema. La sección VII ilustra algunos ejemplos de estas denuncias y acciones. Concluimos el documento con una serie de consideraciones sobre el funcionamiento del sistema, en general y sobre el significado de la demanda en contra de Colombia en particular. Finalmente, presentamos nuestra petición a la Corte Constitucional.

Queremos hacer énfasis en la importancia que tendrá el desenlace de la demanda en contra de Colombia. Si bien existen cientos de demandas bajo el régimen de protección de inversiones, las demandas como las que ahora enfrenta Colombia, son emblemáticas y sientan precedentes importantes para las luchas sociales por el respeto a los derechos humanos y el ambiente. En ese sentido, no tenemos ninguna duda de que la Corte Constitucional hará respetar su decisión, los derechos en riesgo de las comunidades en La Guajira y, en última instancia, la soberanía de su accionar frente a intereses extranjeros.

## **II. RESUMEN DE LAS DEMANDAS EN CONTRA DE COLOMBIA**

Entre mayo y junio de 2021, las gigantes empresas mineras Anglo American y Glencore iniciaron demandas internacionales en contra de Colombia, por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional que no les ha permitido extraer carbón del lecho del "Arroyo Bruno", una fuente de agua muy importante de la cual dependen ecosistemas frágiles y comunidades indígenas y afrodescendientes que viven en La Guajira colombiana. En esta región, ubicada al norte del país, se encuentra la mina de carbón a cielo abierto más grande de América Latina, Cerrejón. La mina es operada desde hace casi 4 décadas por la empresa Carbones del Cerrejón, actualmente de propiedad de la transnacional suiza Glencore. Sin embargo, en las últimas dos décadas, Glencore, Anglo American y BHP compartieron en partes iguales el paquete accionario de las empresas Carbones del Cerrejón y Cerrejón Zona Norte.

Durante años han surgido denuncias de comunidades locales de La Guajira y organizaciones de la sociedad civil en Colombia, que han documentado violaciones a los derechos humanos de las comunidades e impactos en el ambiente provocados por la extracción de carbón de Cerrejón. Se han registrado el despojo y desplazamiento de hasta 35 comunidades indígenas Wayúu y afrodescendientes de sus territorios ancestrales, con consecuencias culturales irreparables. La extracción de carbón también ha provocado degradación ambiental en los suelos, además de contaminación de las fuentes de agua y el aire por emisión de partículas contaminantes que afectan a la salud de las comunidades. La mina también ha desviado,

interferido o secado alrededor de 44 arroyos locales, incluyendo el Arroyo Bruno, un importante afluente del río Ranchería, el más importante de la región seca de La Guajira<sup>1</sup>.

Desde el año 2013, la empresa Cerrejón se propuso desviar el Arroyo Bruno con el objetivo de desarrollar el tajo minero La Puente, y así poder extraer el carbón que se encuentra en el área. Para ello, la empresa modificó el cauce natural del Arroyo en 3,6 kilómetros y lo movió 700 metros al norte de su ubicación natural. Como consecuencia, se han producido impactos ambientales y sociales evidenciados en diferentes visitas de campo.

Ante estos hechos, en el año 2015, las comunidades Wayúu afectadas con apoyo de organizaciones de la sociedad civil en Colombia, presentaron una acción de tutela ante la Corte Constitucional, en contra de Cerrejón y las instituciones estatales que autorizaron el proyecto. Las comunidades argumentaron que el desvío del Arroyo Bruno vulneraba sus derechos fundamentales. En 2017, la Corte Constitucional emitió la sentencia SU-698 del año 2017<sup>2</sup>, en la que reconoce que la empresa Carbones del Cerrejón y las instituciones del Estado amenazan los derechos al Agua, Soberanía Alimentaria y la Salud, al haber autorizado la desviación del cauce natural del Arroyo Bruno para ampliar la extracción de carbón.

Este hecho fue interpretado por Glencore y Anglo American (para entonces todavía accionista de Cerrejón), como una violación de sus intereses estipulados en dos Tratados de Inversiones que Colombia firmó con Suiza y Reino Unido, por lo que en 2021 iniciaron procedimientos arbitrales internacionales en contra de Colombia. Las empresas recurrieron al mecanismo de Solución de Controversias Inversionista - Estado (SCIE, o ISDS, por las siglas en inglés de Investor-State Dispute Settlement), un instrumento que se encuentra en tratados de libre comercio (TLC), tratados bilaterales de inversión (TBI) y otros pactos, normas y contratos que les da un poder a los inversores extranjeros a saltarse las leyes y tribunales de justicia nacionales, para iniciar demandas directamente en contra de países soberanos cuando sienten que sus inversiones han sido afectadas. Ambas demandas fueron registradas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), un organismo del Banco Mundial del que Colombia es miembro desde 1997, y el tribunal más frecuentemente utilizado para este tipo de arbitraje.

Glencore y Anglo American decidieron demandar al Estado colombiano usando el SCIE en el CIADI, para atacar la decisión de la Corte Constitucional de Colombia – decretada desde el año 2017 que suspendió la explotación del tajo La Puente y la extracción del carbón del lecho del Arroyo Bruno – lo cual afecta sus inversiones de forma negativa. Es así que el 28 de mayo de 2021, Glencore International A.G. registró su demanda en contra de Colombia, alegando violaciones del Tratado Bilateral de Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones firmado el año 2006 entre Colombia y Suiza. El 2 de junio de 2021, Anglo American PLC registró una demanda en el CIADI, en contra de Colombia, invocando el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones firmado el año 2010 entre Colombia y Reino Unido.

Las demandas prácticamente idénticas en su argumentación, alegan que las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional de Colombia representan medidas que califican de discriminatorias, inconsistentes, irrazonables y arbitrarias, las cuales niegan a los inversionistas un trato justo y equitativo, según las empresas. En su reclamación inicial no se estableció una cifra estimada del valor de las pretensiones que las compañías exigen al

---

<sup>1</sup> Para información sobre los impactos de la mina Cerrejón en La Guajira, véase: <https://www.colectivodeabogados.org/>, <https://www.facebook.com/laquajirahabla/>

<sup>2</sup> Corte Constitucional República de Colombia, Sentencia SU698/17.



Estado colombiano, quedando sujetas a determinación posterior, aunque estas disputas suelen ser por cientos de millones de dólares, sino miles de millones de dólares.

Después del inicio de estas demandas, en abril de 2022, diversas organizaciones nacionales de Colombia denunciaron en un comunicado público<sup>3</sup> que instituciones del gobierno decidieron ratificar el aval para la destrucción del cauce natural del Arroyo Bruno, a través de un estudio sin rigurosidad en el que impera el criterio de la empresa, con lo cual se desacatan lineamientos contenidos en la Sentencia de 2017 y no contempla la participación de las comunidades Wayúu. Según la denuncia, se busca abrir el camino a la empresa para dinamitar un tramo del cauce natural del arroyo con el objetivo de expandir la explotación de carbón. Esto evidencia, sin duda, de que estas demandas internacionales podrían estar influyendo y presionando a las autoridades colombianas a actuar según el interés de las empresas multinacionales, en lugar de acatar a la decisión de la Corte Constitucional en favor de los derechos de las comunidades Wayúu - algo que se conoce como el "efecto disuasorio" de los procesos de arbitraje supranacional.

Recientemente el caso de Anglo American en contra de Colombia dio un giro importante. El 1ro de julio de 2022, el CIADI emitió una nota<sup>4</sup> anunciando el fin del procedimiento arbitral de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Ante este hecho, la empresa Anglo American no ha brindado mayores detalles acerca de su decisión de concluir la demanda ni de las negociaciones internas con Glencore, ahora única dueña de Cerrejón. Sin embargo, durante la Junta General de Accionistas de Anglo American que se llevó a cabo en Londres en mayo de 2022, representantes de London Mining Network<sup>5</sup> le preguntaron a Anglo American cómo justificaba el hecho de que su demanda trata de evadir un fallo legal en Colombia que busca proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes en La Guajira, y si Anglo American iba a retirar su demanda del CIADI. Ante estas preguntas, Stuart Chambers, presidente de Anglo American PLC, hizo algunas declaraciones justificando su demanda y anunciando que si evaluarían el caso: *"El mundo ha cambiado ahora para Anglo American. Ya no está involucrado en Cerrejón. Fue vendido a Glencore. Por lo tanto, es apropiado revisar ese caso y lo que está sucediendo mientras hablamos. La empresa revisará su posición y luego evaluará lo que debe hacer dado que ha vendido su participación en Cerrejón"*. Sin embargo, aun cuando Anglo American haya desistido de su arbitraje, la demanda de Glencore en el CIADI continúa pendiente<sup>6</sup>, y genera preocupación por su posible influencia negativa sobre los esfuerzos del pueblo Wayúu de lograr un restablecimiento del cauce natural del Arroyo Bruno, incluyendo la protección efectiva frente a las violaciones a sus derechos al Agua, Soberanía Alimentaria y la Salud.

El artículo 36 de la Carta de la OEA establece que *"las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de*

---

<sup>3</sup> Prensa CAJAR, "Alerta urgente: Gobierno avala la destrucción del arroyo Bruno", 7 de abril de 2022; <https://www.colectivodeabogados.org/alerta-urgente-gobierno-avala-la-destruccion-del-arroyo-bruno/>

<sup>4</sup> CIADI, "Case Details: Anglo American plc v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/21/31)", Accedido el 9 de agosto de 2022; <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/31>

<sup>5</sup> London Mining Network, "We're saving the world too! Report on the Anglo American AGM, 19 April 2022", 25 de abril de 2022; <https://londonminingnetwork.org/2022/04/were-saving-the-world-too-report-on-the-anglo-american-agm-19-april-2022/>

<sup>6</sup> CIADI, "Glencore International A.G. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/21/30)", Accedido el 9 de agosto de 2022; <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/30>

*desarrollo de los países receptores*".<sup>7</sup> No obstante, Glencore y Anglo American no han sido investigadas, juzgadas y sancionadas por las sistemáticas violaciones a derechos humanos reconocidas en la justicia colombiana en las que ha resultado responsable la empresa Carbones del Cerrejón. Durante varios años, estas compañías han evadido su responsabilidad escudándose en afirmaciones tales como que no tienen el control operativo sobre la mina, que son accionistas "minoritarios" y que Carbones del Cerrejón es un tercero que actúa autónoma e independiente de sus accionistas.

Es decir, mientras la responsabilidad de estas multinacionales en las graves violaciones cometidas contra el pueblo Wayúu con ocasión de la operación minera no ha sido juzgada en los Tribunales nacionales y permanece en la impunidad, estas compañías sí tienen la capacidad de presionar decisiones del Gobierno a su favor e interferir y cuestionar fallos de la justicia colombiana en favor de los derechos de comunidades vulnerables de pueblos indígenas. Tal como describimos más adelante, conforme lo señala el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas de empresas y derechos humanos "las empresas que forman parte de una compañía multinacional se "conectan" cuando buscan la protección de los acuerdos internacionales de inversión, pero afirman ser "independientes" cuando las comunidades afectadas las demandan por abusos contra los derechos humanos"<sup>8</sup>.

Las demandas de estas compañías buscan ocasionar un efecto disuasorio o de congelación de las decisiones judiciales que están conformes con las obligaciones estatales de proteger los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Sin embargo, la parcialidad y sesgo que se ha denunciado por parte de las autoridades colombianas en incumplir e irrespetar las órdenes de la sentencia de la Corte Constitucional deberían dar lugar a que la justicia ratifique y fortalezca el respeto de su independencia ante este intento de imponerse por parte de las empresas. Este respeto va en consonancia con los principios rectores de las Empresas y Derechos Humanos que establecen que "Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia"<sup>9</sup>. Estas medidas, por lo que exponemos en adelante, necesariamente debería incluir la revisión de la legitimidad y legalidad de los Acuerdos de Inversión Internacional a los cuales Colombia está suscrito.

### **III. Régimen de Protección de la Inversión Extranjera Directa**

El régimen o sistema global de protección de la Inversión Extranjera está regido por una serie de normas inscritas en diferentes tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), siendo los más comunes y abundantes los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Estos acuerdos son firmados entre dos países, por lo que se los conoce como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Sus orígenes se remontan a fines de la década del 50 del siglo pasado, y supuestamente fueron desarrollados para complementar las escasas protecciones que la legislación internacional habitual otorgaba a los extranjeros en temas de comercio e inversión. Alemania firmó el primer tratado bilateral de inversión

---

<sup>7</sup> Véase: Carta de la Organización de los Estados Americanos: <https://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm>

<sup>8</sup> Informe A/76/238 del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

<sup>9</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", 2011; [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)

moderno con Pakistán, en 1959, que marcó el inicio del camino que pronto siguieron otros países europeos exportadores de capital al resto del mundo<sup>10</sup>.

Hoy, hay una inmensa red de alrededor de 2,800 AII que permite recurrir al Mecanismo de SCIE<sup>11</sup>, incluyendo Tratados Bilaterales de Inversión, Tratados de Libre Comercio y otros instrumentos, firmados por prácticamente todos los países del mundo<sup>12</sup>. La mayoría de estos tratados de inversión y acuerdos comerciales fueron firmados a partir de la década del 90, a raíz de los postulados de liberalización del comercio y de las inversiones del Consenso de Washington, que dispuso la apertura total a la Inversión Extranjera a los países de la región. Este hecho supuso el estallido en la firma de acuerdos internacionales comerciales y de inversión, que brindan estos derechos especiales de protección a las empresas e inversores extranjeros.

Los AII contienen cláusulas vinculantes y de cumplimiento obligatorio para los Estados firmantes. Por ejemplo<sup>13</sup>:

- **Restricciones en la "Expropiación Indirecta"**: Anteriormente, la expropiación se entendía como el hecho de tomar la propiedad ajena físicamente. Las normas actuales protegen a los inversionistas de la "Expropiación Indirecta" también. Las medidas regulatorias, al igual que otras acciones gubernamentales que reducen el valor de una inversión, se interpretan como tal.
- **Normas imprecisas de "Trato Justo y Equitativo"**: En un acuerdo de comercio o inversión típico, los gobiernos tienen la obligación de brindar a los inversionistas extranjeros una "Norma de Trato Mínimo", la cual incluye "Trato Justo y Equitativo". Estos términos son notablemente ambiguos y subjetivos, y su interpretación varía en cada proceso de arbitraje, sin importar las diversas historias, culturas y sistemas de valores de cada país. De todas las normas, la vulneración de éstas es a la que más se apela en las demandas que interponen los inversionistas.
- **Trato Nacional y Trato de Nación más Favorecida**: En los acuerdos de inversión a menudo se exige a los gobiernos tratar a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones de manera al menos tan favorable como a los inversionistas nacionales y aquellos de un tercer Estado. Si bien esto se presenta como un principio básico de imparcialidad, le quita la posibilidad a los gobiernos de aplicar estrategias económicas nacionales que se han implementado exitosamente en el pasado. A su vez, esta regla podría posibilitar demandas en respuesta a acciones regulatorias que afectan a todas las empresas pero que pueden tener un impacto desproporcionado, ya sea real o percibido, para el inversor extranjero.

---

<sup>10</sup> Luke Eric Peterson, "Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados", 2009; [http://www.dd-rd.ca/site/\\_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf](http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/HIRA-volume3-SPAN.pdf)

<sup>11</sup> Internacional de Servicios Públicos (PSI) y Transnational Institute, "Justicia Paralela: ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina?", Marzo de 2021; [https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia\\_paralela\\_esp.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia_paralela_esp.pdf)

<sup>12</sup> Véase: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), International Investment Agreements Navigator:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>

<sup>13</sup> Jen Moore & Manuel Pérez Rocha, "Casino del Extractivismo: Las empresas mineras apuestan con la vida de los pueblos y la soberanía de los países en América Latina usando el arbitraje supranacional", Abril de 2019;

<https://ips-dc.org/wp-content/uploads/2019/06/ISDS-Mining-Latin-America-Report-Formatted-SPANISH.pdf>

En caso de incumplimiento, los Estados firmantes son pasibles de demandas supranacionales, en las que un panel de arbitraje privado tiene la potestad de decidir. Y, si bien estos acuerdos en teoría deberían promover la Inversión Directa Extranjera, existe evidencia de que no cumplen con esta función, sino que se enfocan en la excesiva y exclusiva protección de los inversores<sup>14</sup>. Dicho de otro modo, el sistema de tratados está orientado a dar privilegios a empresas transnacionales por encima del ámbito nacional.

El sistema de protección no solo promueve la excesiva y privilegiada protección de la inversión extranjera, sino que busca, en esencia, el control de los recursos naturales. Después de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de los procesos de descolonización, la nacionalización de bienes en varios países como Irán, Egipto e Indonesia, y una tendencia hacia mayor intervención en la economía por los Estados, las empresas extractivas del Norte Global se preocuparon por mantener el control sobre los minerales del Sur Global. Fue entonces, que, hacia finales de la década de 1950, los abogados de las empresas petroleras junto con otros, como banqueros y miembros de la Cámara de Comercio Internacional, sentaron las bases para la construcción de este marco legal<sup>15</sup>. Mediante la creación de este régimen, intentaron crear un sistema de derechos y proteger sus intereses de las intervenciones de los gobiernos, asegurando que sus inversionistas puedan, supuestamente, basarse y confiar en la normativa vigente al momento de tomar la decisión de realizar sus inversiones<sup>16</sup>, o la frecuentemente llamada "estabilidad jurídica".

#### **a. Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado (SCIE)**

El Mecanismo de SCIE es el instrumento que se efectiviza la protección de la Inversión Extranjera a la que se comprometen los Estados cuando firman los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Este mecanismo permite a los inversores extranjeros eludir las normas y tribunales nacionales e iniciar de forma directa demandas internacionales en contra de gobiernos, cuando sienten que sus inversiones han sido afectadas de forma negativa.

La posibilidad de recurrir a este mecanismo está estipulada en los mismos AII. Entonces, dependiendo de lo que disponga cada acuerdo, las disputas que eventualmente puedan surgir en contra de los Estados receptores de la inversión, pueden ser dirimidas por diferentes instancias de arbitraje supranacional. El más común de ellos, pero no el único, es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), una organización internacional que forma parte del grupo del Banco Mundial y que fue creada mediante un acuerdo en 1965 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

La combinación de los AII, el mecanismo SCIE, y la disponibilidad de Centros de arbitraje como el CIADI, es lo que sostiene el sistema global de protección de la inversión extranjera a nivel global. Es un sistema supranacional que fue creado con la pretensión de estar por encima de las leyes nacionales, sus sistemas de justicia, y por sobre los derechos de las poblaciones y comunidades locales. Desde 2019, los inversionistas transnacionales han

---

<sup>14</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, "Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical considerations for states", Marzo de 2018; <https://ccsi.columbia.edu/content/costs-and-benefits-investment-treaties-practical-considerations-state>

<sup>15</sup> Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties & the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules*, Oxford University Press, 2021.

<sup>16</sup> *Ibid*, página 10.

llevado por encima de las mil demandas conocidas de inversores en contra de gobiernos, por miles de millones de dólares<sup>17</sup>.

### **b. El CIADI y el sesgo del mecanismo SCIE a Favor de las Empresas**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo perteneciente al grupo del Banco Mundial, fundado en 1966. El CIADI no rinde cuentas al público sobre las decisiones que toma y es la instancia más utilizada entre los tribunales de arbitraje, seguido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Estos tribunales se componen por paneles de tres abogados corporativos altamente remunerados. Estos tribunales no deben confundirse con tribunales de justicia. Se trata de un sistema privatizado que se rige por los términos de los AII, y que tiene poca o nula consideración por los precedentes, la verdad o la justicia<sup>18</sup>. George Kahale III, director de un bufete de abogados en Washington que únicamente defiende a los gobiernos en estas demandas, describe los tribunales de arbitraje como el “Lejano Lejano Oeste en Derecho Internacional”, donde “realmente no hay leyes concretas” y “la tergiversación de los hechos y notables errores al citar a autoridades son generalizados y, al descubrirlos, generalmente no se penalizan”<sup>19</sup>.

Tal como describimos arriba, los AII contienen cláusulas de protección de inversiones muy ambiguas que se prestan a interpretaciones muy amplias, tales como el “Trato Justo y Equitativo” o la “Expropiación Indirecta”. Es decir, los inversionistas extranjeros pueden iniciar demandas y exigir millonarias compensaciones, inclusive ganancias pérdidas al futuro, cuando consideran que sus intereses han sido afectados por cualquier política pública o medida gubernamental, sin importar si estas medidas son beneficiosas para la mayor parte de la población o para el ambiente. Esto significa, en términos simples, que las empresas pueden exigir compensación económica por los supuestos impactos que cualquier decisión gubernamental pueda tener sobre sus inversiones y sus ganancias a futuro.

Por otro lado, las decisiones de los paneles de arbitraje que dirimen las demandas, son inapelables y en su mayoría benefician a los inversores privados. Se estima que el 60% de los casos se deciden a favor del inversionista con una adjudicación promedio de US\$125 millones<sup>20</sup>. En particular, las compensaciones por demandas bajo el mecanismo SCIE, tienden a ser mucho más altas que los dispuestos por los tribunales nacionales<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> UNCTAD, “Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019”, Julio de 2020; <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>

<sup>18</sup> Hadrian Mertins-Kirkwood, Canadian Centre for Policy Alternatives, “A Losing Proposition: The Failure of Canadian ISDS Policy at Home and Abroad,” Agosto de 2015.

<sup>19</sup> George Kahale III, “ISDS: The Wild, Wild West of International Law and Arbitration”, 3 de abril de 2018:

<https://d20qsj1r5k97qe.cloudfront.net/news-attachments/ISDS-The-Wild-Wild-West-of-International-Law-and-Arbitration.pdf?mtime=20191009160420&focal=none>

<sup>20</sup> Business & Human Rights Resource Centre, “Corporate rights or human rights? How trade and investment agreements could threaten human rights due diligence laws”, Septiembre de 2021; [https://media.business-humanrights.org/media/documents/2021\\_Trade\\_Briefing\\_FINAL.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/2021_Trade_Briefing_FINAL.pdf). Y Chris Hamby, “The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries”, 20 de agosto de 2016; <https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum>

<sup>21</sup> Nicolás M. Perrone, “An Interview with Nicolás Perrone on Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play. By Their Own Rules”, 24 de junio de 2021; <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/an-interview-with-nicolas-perrone-on-investment-treaties-and-the-legal-imagination-how-foreign-investors-play-by-their-own-rules/>



La participación en el CIADI y en las instancias arbitrales, también está muy restringida al público en general. Los pueblos indígenas y las comunidades directamente afectadas por las empresas y sus inversiones motivo de la demanda de arbitraje, generalmente no están autorizadas a participar en las audiencias ni a acceder a la documentación relacionada al caso. Pueden solicitar permiso de un panel de arbitraje a presentar un *amicus curiae*, pero aún cuando es aceptado, los árbitros no tienen la obligación de tomarlo en consideración. Según el Centro para el Derecho Ambiental Internacional (CIEL por sus siglas en inglés), un 59.6% de los *amicus curiae* son aceptados y 4.3% de forma parcial<sup>22</sup>. Esto evidencia cómo, a pesar de que los resultados en el arbitraje internacional afectan directamente a comunidades y grupos vulnerables, el Mecanismo de SCIE no está diseñado para ellas y es completamente excluyente, algo sobre lo cual elaboramos más en adelante. Al mismo tiempo, las comunidades generalmente carecen de acceso a la justicia para demandar a las empresas cuando éstas generan impactos graves y muchas veces irreparables en sus territorios.

Además, el proceso de arbitraje es muy largo y costoso para los Estados, que se ven obligados a gastar ingentes cantidades de dinero provenientes del erario público, en bufetes de abogados internacionales especializados y en otros costos relacionados al proceso. En promedio, los gastos procesales son US\$4,7 millones de dólares y los procesos de arbitraje duran un promedio de cuatro años<sup>23</sup>.

En los últimos años, el número de casos "Inversionista-Estado" se ha multiplicado en el mundo<sup>24</sup>, principalmente en las dos últimas décadas, sobrepasando los 1100 casos conocidos a nivel global hasta 2021, de los que casi un tercio corresponden a América Latina y El Caribe. Muchos países han sido condenados a pagar miles de millones de dólares a las transnacionales, no sólo por daños y perjuicios, sino también por los supuestos futuros beneficios que habrían perdido, o lucro cesante. Pero, más allá del costo económico, existen otros costos de estos arbitrajes que van más allá del dinero, relacionados principalmente al impacto en comunidades y el ambiente. El objetivo de las empresas no es solamente aprovecharse del erario público, sino también castigar y limitar los esfuerzos de las poblaciones afectadas por sus inversiones y el margen que tienen las instituciones estatales para actuar en defensa de derechos de los pueblos y la naturaleza.

### **c. El efecto disuasorio de las demandas Inversionista-Estado**

Es evidente que la amenaza de una posible demanda puede disciplinar las decisiones de autoridades, influenciar futuras decisiones a favor de las empresas, o lograr abrir negociaciones bajo coacción con gobiernos para que arreglen disputas por fuera del proceso. Esto se llama "el efecto disuasorio" o el "efecto paralizador". Además, el temor a estos casos puede impedir que los gobiernos lleven adelante políticas públicas para proteger la salud pública y el ambiente, o desistir de estas protecciones. Resulta más difícil documentar cómo los gobiernos cambian su actuación en respuesta a los procesos de arbitraje internacional o la amenaza de posible arbitraje, sin embargo, detallamos unos ejemplos del sector extractivo que llama la atención:

---

<sup>22</sup> Hélonor de Anzizu, "Arbitraje de inversión y el sector minero: Una visión general de los casos mineros y de las solicitudes de Amici", 14 de abril de 2022.

<sup>23</sup> Business & Human Rights Resource Centre, Septiembre de 2021.

<sup>24</sup> Transnational Institute, "Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra estados de América Latina y El Caribe", Junio de 2021;

<https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2021/08/Informe-ISDS-en-AL-Junio-2021-final.pdf>

- En marzo de 2022, el gobierno de Pakistán llegó a un acuerdo con la empresa minera de oro Barrick Gold para el reinicio del proyecto Reko Diq, después de que la empresa logró una decisión a su favor por \$6 mil millones de dólares más intereses en un tribunal de arbitraje<sup>25</sup>. Este monto fue similar al de un préstamo que Pakistán había recibido del FMI con anterioridad. La renovación del contrato para el proyecto Reko Diq fue negado en 2013, ante lo cual hubo denuncias civiles, penales y de derechos humanos.
- En enero de 2022, el gobierno de Tailandia reinstaló las licencias mineras de la empresa australiana Kingsgate Consolidated Ltd. después de que llevó una demanda contra el estado por AUD\$1,27 mil millones bajo los términos del tratado de libre comercio entre Australia y Tailandia<sup>26</sup>. El gobierno había cerrado la mina de oro a tajo abierto en 2017 tras muchas denuncias y demandas presentadas por las comunidades afectadas por contaminación ambiental e impactos en la salud, después de operar desde 2001. El gobierno anunció su decisión de rehabilitar el proyecto minero dos semanas antes de que el tribunal de arbitraje iba a anunciar su decisión en el caso de arbitraje. La decisión continúa pendiente.
- En agosto de 2021, el gobierno de India desistió de una ley para recaudar impuestos retroactivos, en respuesta a demandas de miles de millones de dólares llevados en contra del país por empresas como Cairn<sup>27</sup>. Cairn es una empresa de petróleo y gas con operaciones en la India y que ganó más de \$1,2 miles de millones de dólares después de un proceso de arbitraje en La Haya. La decisión del gobierno de la India se dio en el contexto del congelamiento de varios activos del estado por un tribunal francés para facilitar el pago a la empresa.
- En 2019, después de no lograr la renovación de su concesión minera para seguir operando una mina de oro muy destructiva y foco de muchos abusos violentos en Papúa Nueva Guinea, la empresa Barrick Gold inició un proceso de arbitraje en contra del país. La empresa utilizó esta demanda para abrir un proceso de negociación con el gobierno y logró el restablecimiento de la concesión<sup>28</sup>. El estado de Papúa Nueva Guinea también logró mayor participación en la operación minera, mientras la comunidad sigue viviendo los impactos destructivos<sup>29</sup>.
- En el 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a favor de 18 comunidades indígenas mayas, y solicitó al gobierno

<sup>25</sup> Sadiksha Waiba, "Imran Khan's Reko Diq Deal is malicious for Balochistan", 11 de abril de 2022; <https://www.bilaterals.org/?imran-khan-s-reko-diq-deal-is&lang=en>; Véase también: Christopher Finnigan, "Long Read: The Reko Diq 'Fiasco' in Perspective: Pakistan's Experience of International Investment Arbitration", 14 de agosto de 2019; <https://blogs.lse.ac.uk/southasia/2019/08/14/long-read-the-reko-diq-fiasco-in-perspective-pakistans-experience-of-international-investment-arbitration/>

<sup>26</sup> AFTINET, "Toxic mine to re-open after Australian gold miner sues Thai Government", 15 de febrero de 2022; <https://www.isds.bilaterals.org/?toxic-mine-to-re-open-after&lang=en>; Kannikar Petchkaew, "Thai gold mine blamed for sickening local villagers is set to reopen", 10 de mayo de 2022; <https://news.mongabay.com/2022/05/thai-gold-mine-blamed-for-sickening-local-villagers-is-set-to-reopen/>

<sup>27</sup> Aftab Ahmed & Manoj Kumar, "India to scrap retrospective tax law in olive branch to global firms", 5 de agosto de 2021; <https://www.bilaterals.org/?india-to-scrap-retrospective-tax&lang=en>

<sup>28</sup> MiningWatch Canada, "It Did Not Go Well" – Barrick Continues Pressure on Papua New Guinea Government While Ignoring Human Rights", 4 de diciembre del 2020; <https://miningwatch.ca/news/2020/12/4/it-did-not-go-well-barrick-continues-pressure-papua-new-guinea-a-government-while>

<sup>29</sup> MiningWatch Canada, "Barrick Forces Hand of Papua New Guinea Government in Reopening Porgera Mine", 6 de abril de 2021; <https://miningwatch.ca/news/2021/4/6/barrick-forces-hand-papua-new-guinea-government-reopening-porgera-mine>

guatemalteco suspender el controvertido proyecto minero Marlin, de la empresa canadiense Goldcorp, e implementar medidas para garantizar la vida y el bienestar de las comunidades, incluyendo atender la contaminación del agua y las enfermedades, hasta que se evaluara la petición que presentaron comunidades afectadas<sup>30</sup>, las cuales afirmaron que en ningún momento habían consentido al controvertido proyecto<sup>31</sup>. El gobierno guatemalteco acordó suspender las operaciones hasta tanto se obtuvieran los resultados de un procedimiento administrativo, pero no respaldó sus palabras con acciones concretas. Indicó, en documentos internos que se obtuvieron mediante una solicitud amparada en la Ley de Libre Acceso a la Información, que la posibilidad de un procedimiento arbitral era una de las razones para evitar la suspensión de la mina, expresando por escrito que la suspensión del proyecto podría provocar el que los propietarios de la mina “activen el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial o en su defecto invocando las cláusulas del Tratado de Libre Comercio para lograr el arbitraje internacional y subsecuentemente la reclamación de daños y perjuicios al Estado”<sup>32</sup>.

- Entre 2009 a 2016, mientras duraba la demanda de Pacific Rim Mining en contra de El Salvador, no fue posible debatir la ley de prohibición de la minería metálica en el país. Solamente después de que la empresa perdió el proceso de arbitraje fue posible abrir el proceso legislativo para aprobar la ley<sup>33</sup>.
- Alrededor de 2004, la compañía minera australiana Newcrest y otras corporaciones mineras amenazaron con usar el mecanismo SCIE para desafiar una ley de Indonesia aprobada en 1999 destinada a prohibir la minería a cielo abierto en bosques protegidos. La amenaza multimillonaria llevó al gobierno de Indonesia a dar marcha atrás y eximir a Newcrest y a otras once empresas mineras de estar sujetas a la ley ambiental. Según lo citado por el noticiero Buzzfeed, el abogado del gobierno reconoció que la amenaza de arbitraje condujo directamente a la exención<sup>34</sup>.

#### **d. Demandas relacionadas al sector extractivo**

El sector extractivo, considerado como minería, petróleo y gas, es el más proclive a llevar demandas de arbitraje supranacional. Las empresas extractivas han presentado alrededor

---

<sup>30</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medida Cautelar MC-260-07 para Comunidades del pueblo maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, 20 de mayo de 2010.

<sup>31</sup> MiningWatch Canada y Centro para el Derecho Internacional Ambiental, “Guatemala Suspends Marlin mine - Human rights and environmental organizations applaud the decision, urge President Colom’s government to protect communities against retaliation”, 24 de junio de 2010; <https://miningwatch.ca/news/2010/6/24/guatemala-suspends-marlin-mine-human-rights-and-environmental-organizations-applaud>

<sup>32</sup> Documento elaborado por el Lic. Hugo Enrique Martínez Juárez, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), “Análisis Medida Cautelar 260-07 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de 18 comunidades de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, en el Departamento de San Marcos: Asunto — Adopción de Medida Cautelar,” pág. 16, obtenida por el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL) mediante solicitud amparada en la Ley de Libre Acceso a la Información.

<sup>33</sup> MiningWatch Canada, “Salvadoran Legislature Votes for Water Over Gold, Becoming First Country to Ban Metal Mining Outright”, 30 de marzo de 2017; <https://miningwatch.ca/news/2017/3/30/salvadoran-legislature-votes-water-over-gold-becoming-first-country-ban-metal-mining>

<sup>34</sup> Business & Human Rights Resource Centre, Septiembre de 2021; Véase también: Chris Hamby, “The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries”, 30 de abril de 2016; <https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum>



del 25% de todas las demandas conocidas hasta la fecha, con una frecuencia cada vez mayor desde 1995<sup>35</sup>. En 2021, el sector presentó el 29% de todas las demandas conocidas ante el CIADI<sup>36</sup>. De los 14 fallos conocidos en beneficio de corporaciones por más de 1000 millones de dólares, 11 fueron en relación a petróleo, gas y minería. Actualmente, están pendientes otros 14 casos conocidos por miles de millones de dólares presentados por corporaciones de petróleo, gas y minería<sup>37</sup>. Muestra de la naturaleza neocolonial del sistema, la gran mayoría de los casos de SCIE relacionados con las industrias extractivas (69%) han sido presentados por empresas con sede en cinco de los países más ricos: Estados Unidos alberga empresas que han presentado 53 de los 194 casos totales de petróleo, minería y gas entre 1995 y 2021, seguidos de Canadá (29), el Reino Unido (23), los Países Bajos (20) y Australia (9)<sup>38</sup>.

En una revisión de casos de arbitraje presentados específicamente por empresas mineras contra gobiernos en América Latina entre 1998 y 2019<sup>39</sup>, encontramos que los inversionistas extranjeros en el sector minero frecuentemente presentan estos juicios contra medidas que son el resultado de la lucha de comunidades. De las 38 demandas mineras presentadas durante este período (1998-2019), la mayoría tiene como centro la resistencia comunitaria a proyectos mineros, las luchas por derechos indígenas, así como la implementación de normas ambientales y mineras a favor de los afectados. Alrededor de un tercio de estos casos giran en torno a cuestiones relacionadas con la nacionalización o a cuestiones tributarias del proyecto. Como tal, este sistema no solo busca influir en las decisiones gubernamentales, sino que busca disciplinar o contener los esfuerzos de importantes movimientos de base y comunidades organizadas que trabajan para defender sus vidas y territorios de los devastadores impactos de la minería y otras industrias extractivas.

#### **e. Datos sobre América Latina y Colombia**

América Latina es la región más demandada en el CIADI, principalmente por empresas provenientes del norte global y en temas relacionados a los bienes naturales. Según propias estadísticas del CIADI (1996-2021) respecto a la distribución por región geográfica de sus casos, América Latina y el Caribe concentran alrededor del 30% de las demandas. En términos generales, más del 40% de los casos se concentran en sectores de la economía relacionados al petróleo, gas, minería, electricidad y otros tipos de energía<sup>40</sup>.

Investigaciones del Transnational Institute<sup>41</sup> estiman que, hasta 2020, América Latina y el Caribe habían superado las 300 demandas, mismas que son registradas en el CIADI (77,6% del total de las demandas) pero también en otras instancias arbitrales. El 23,1% de las demandas están relacionadas a minería, gas y petróleo. Estos datos indican que casi 9 de cada 10 casos, fueron iniciados por inversores estadounidenses, canadienses y europeos, incluyendo Reino Unido. Además, en el 62,6% de los casos resueltos los inversores salieron

---

<sup>35</sup> Manuel Pérez-Rocha, “Missing from the Climate Talks: Corporate Powers to Sue Governments Over Extractives Policies”, 29 de octubre de 2021; <https://inequality.org/research/missing-from-the-climate-talks-corporate-powers-to-sue-governments-over-extractives-policies/>

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Jen Moore & Manuel Pérez Rocha, Abril de 2019.

<sup>40</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) “Carga de Casos del CIADI — Estadísticas. Edición 2022-1”;

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics.1\\_Edition\\_SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_SPA.pdf)

<sup>41</sup> Transnational Institute, Junio de 2021.

beneficiados, ya sea porque el tribunal falló a su favor o por haber logrado un acuerdo de partes con el estado demandado. Esto ha significado para los gobiernos de la región, una erogación aproximada de más de 32 mil millones de dólares.

Los países más demandados de la región son Argentina, Venezuela, México, Ecuador y Perú, que acumulan más las  $\frac{2}{3}$  partes de las demandas de toda la región<sup>42</sup>.

En el caso de Colombia, los datos indican que hasta el 2022 fue demandado un total de 19 veces<sup>43</sup>. El año 2018, sin embargo, fue el país más demandado en tribunales de arbitraje, con un total de 6 demandas registradas ese año. Aproximadamente dos terceros de las demandas en contra del país están relacionadas a minería y explotación de hidrocarburos<sup>44</sup>.

#### **IV. Los procesos de arbitraje supranacional contravienen decisiones jurídicas soberanas de carácter nacional**

Colombia, en los últimos años, ha sido objeto de 9 arbitrajes supranacionales llevadas a cabo por empresas mineras y por lo menos una amenaza de arbitraje conocida. De estos 10 casos, 8 tienen que ver con situaciones en donde los asuntos de fondo se relacionan con la protección del ambiente, los derechos de las comunidades a vivir en un ambiente sano, derechos indígenas, entre otros. En 6 de estos 8 casos, las empresas decidieron demandar a Colombia, o lanzar amenazas de demandas, en base de decisiones de la Corte Constitucional.

#### **Demandas y Amenazas de Demandas en contra de Colombia por Empresas Mineras (Fuentes: UNCTAD, CIADI, IAREporter)**

<b>Año</b>	<b>Empresa</b>	<b>País de origen</b>	<b>Medida en disputa</b>	<b>Cantidad Demandada (millones USD)</b>	<b>Cantidad Otorgada a la empresa (millones USD)</b>
2016	Glencore International y C.I. Prodeco	Suiza	Sanción impuesta por la Contraloría Fiscal de Colombia por una exención de las regalías en torno al proyecto de carbón Calenturitas <sup>45</sup>	767	19 <sup>46</sup>

<sup>42</sup> Transnational Institute, "Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra estados de América Latina y El Caribe", Junio de 2021

<sup>43</sup> Véase: UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Colombia", accedido el 9 de agosto de 2022; <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/45/colombia>

<sup>44</sup> Transnational Institute, "ISDS en números: El Régimen de protección de inversiones y sus impactos en Colombia", Febrero de 2020;

[https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2020/02/A.F\\_ISDS-COLOMBIA-feb-2020.pdf](https://isds-americalatina.org/wp-content/uploads/2020/02/A.F_ISDS-COLOMBIA-feb-2020.pdf)

<sup>45</sup> IAREporter, "Colombia faces two more investment disputes, leading to a total of at least four that have come to light", 17 de marzo de 2016;

<https://www.iareporter.com/articles/colombia-faces-two-more-investment-disputes-leading-to-a-total-of-at-least-four-that-have-come-to-light/>

<sup>46</sup> Carl Surran, "Glencore awarded just \$19M in Colombia lawsuit", 28 de agosto de 2019;

[https://seekingalpha.com/news/3495219-glencore-awarded-just-19m-in-colombia-lawsuit#email\\_link](https://seekingalpha.com/news/3495219-glencore-awarded-just-19m-in-colombia-lawsuit#email_link)

2016	Cosigo Resources y Otros	Estados Unidos	Resolución que establece el Parque Nacional Yaigojé-Apaporis en donde la empresa pretendía explorar para el oro en Vaupés	16511	Inactivo <sup>47</sup>
2016	Eco Oro	Canadá	Decisión de la Corte Constitucional que ratifica la prohibición de la minería en los páramos	764	Pendiente
2018	Red Eagle	Canadá	Igual que Eco Oro	40	Pendiente
2018	Galway Gold	Canadá	Igual que Eco Oro	196	Pendiente
2018	GCM (antes Gran Colombia Gold)	Canadá	Inacción del gobierno colombiano ante protestas y actividades de mineros informales, afectando proyectos de oro Segovia en Antioquia, y Marmato en Caldas <sup>48</sup>	700	Pendiente
2018	South32	Reino Unido	Decisión de la Corte Constitucional que ordenó la indemnización a comunidades afectadas por la mina de ferroníquel, Cerro Matoso, y de tener que realizar una consulta con las comunidades y aplicar para un nuevo permiso ambiental	La empresa no concretó la demanda después de que la Corte sobreseyó la orden de indemnización <sup>49</sup>	
2020	South32	Reino Unido	Disputa sobre la evaluación por la Contraloría Fiscal de Colombia de regalías en base de la explotación de	Monto desconocido	Pendiente

<sup>47</sup> Damien Charlotin & Zoe Williams, "Latin American Round-Up: Updates on the Dominican Republic, Peru and Colombia", 22 de noviembre de 2017; <https://www.iareporter.com/articles/latin-american-round-up-updates-on-the-dominican-republic-peru-and-colombia/>

<sup>48</sup> Gran Colombia Gold, Notice of Intent to submit the claim to arbitration, 10 de octubre de 2016; [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7250/DS12672\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7250/DS12672_En.pdf)

<sup>49</sup> Lisa Bohmer, "Colombia put on notice of BIT arbitration by another mining company following recent rulings by Constitutional Court", 29 de marzo de 2019; <https://www.iareporter.com/articles/colombia-put-on-notice-of-bit-arbitration-by-another-mining-company-following-recent-rulings-by-constitutional-court/>

			níquel de la mina Cerro Matoso		
2021	Glencore	Suiza	Decisión de la Corte Constitucional a favor de la suspensión de actividades mineras en el Arroyo Bruno y la expansión de la mina de carbón, Cerrejón	Monto desconocido	Pendiente
2021	Anglo American	Reino Unido	Igual que Glencore	La empresa desistió después de vender sus acciones a Glencore	
<b>Total Pendiente</b>				<b>2467</b>	<b>19</b>

Estos casos incluyen una demanda de la misma compañía Glencore a causa de una sanción impuesta por la Contraloría Fiscal de Colombia al encontrar un detrimento causado por una exención de las regalías que benefició a la empresa. A su vez, tres demandas por empresas mineras canadienses en contra de Colombia bajo los términos del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia después de la sentencia C-035 de la Corte Constitucional de 2016 a favor de mantener los páramos libre de la actividad minera por los impactos destructivos que genera sobre este ecosistema frágil e importante para el suministro de agua de millones de personas en Colombia. Las empresas Eco Oro, Galway Gold y Red Eagle Exploration iniciaron tres procesos en contra de Colombia después de esta decisión por un monto total arriba de mil millones de dólares. También incluyen los dos procesos de arbitraje iniciados por Glencore y Anglo American en contra de la sentencia SU-698 de 2017 de la Corte Constitucional a favor de la protección de los derechos en riesgo de comunidades Wayúu a raíz del desvío del arroyo Bruno y la suspensión de actividades sobre el tajo La Puente de la mina Cerrejón. Además, en 2018, la empresa South32 presentó notificación de su intención de demandar a Colombia por una decisión de la Corte Constitucional que ordenó la indemnización a comunidades afectadas por los impactos ambientales de su mina de ferroníquel, Cerro Matoso, y de tener que realizar una consulta con las comunidades sobre el proyecto y aplicar de nuevo para un permiso ambiental. La empresa no concretó sus intenciones de demandar a Colombia después de que una siguiente decisión de la Corte Constitucional sobreescribió la orden de indemnización a las comunidades, aunque mantuvo el orden de renovar su permiso ambiental y realizar una consulta<sup>50</sup>.

Estos casos, tal como ya hemos mencionado, ocurren como parte de una clara tendencia de procesos de arbitraje llevados por las empresas mineras principalmente relacionada con las luchas de las comunidades afectadas por la minería cuando logran convencer a diversas instancias del estado a tomar una decisión a favor de sus derechos. Dentro de esta tendencia, hay un patrón de casos que se llevan a cabo en contra de decisiones jurídicas, lo

<sup>50</sup> Lisa Bohmer, IAREporter, "Colombia put on notice of BIT arbitration by another mining company following recent rulings by Constitutional Court," 29 de marzo de 2019; <https://www.iareporter.com/articles/colombia-put-on-notice-of-bit-arbitration-by-another-mining-company-following-recent-rulings-by-constitutional-court/>

cual ha llevado a la crítica del sistema de arbitraje supranacional como un sistema de justicia paralela únicamente para las empresas transnacionales lo cual socava la independencia judicial en la región de América Latina<sup>51</sup>.

#### **a. Ejemplos de otros casos de arbitraje en contra de decisiones del sistema de justicia**

A continuación, describimos otros ejemplos de casos de arbitraje supranacional llevados por empresas extractivas en contra de países de América Latina, por decisiones tomadas por sus órganos de justicia a favor de los pueblos afectados por sus inversiones:

- **Guatemala:** La empresa estadounidense, Kappes, Cassidy & Associates (KCA), lleva un caso en contra del estado de Guatemala por arriba de US\$400 millones de dólares por la suspensión de su mina de oro *Progreso VII Derivado* mandado por la Corte Suprema de Justicia y mantenido por la Corte Constitucional por falta de consulta previa con las comunidades afectadas y por falta de mayor protección de su inversión por la policía ante las protestas pacíficas de las comunidades. Notablemente, esta demanda ha prosperado a pesar de que la empresa jamás respetó las normas regulatorias en Guatemala, participó en actos de represión violenta y utilizó agentes de seguridad privada que utilizaron intimidación, amenazas y persecución legal en contra de las comunidades, y el presidente de la empresa tuvo un orden de detención y una investigación penal abierta en su contra en el momento de presentar la demanda. El fallo en este caso aún está pendiente<sup>52</sup>.
- **Costa Rica:** En octubre de 2013, la minera canadiense Infinito Gold anunció su intención de demandar al gobierno de Costa Rica en el marco del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversión Extranjera entre Canadá y Costa Rica por un monto inicial de \$1.092 millones de dólares. Sin embargo, la controversia que se sometió ante el CIADI en febrero de 2014 reclamaba \$94 millones de dólares, monto que después ascendió a \$321 millones de dólares en 2016. La empresa entabló la demanda después de una serie de fallos judiciales poco favorables en tribunales nacionales en 2010 y un fallo de la Corte Suprema en 2011 que llevó al gobierno a revocar las concesiones mineras de la empresa para el proyecto de minería de oro de Las Crucitas en la frontera norte entre Costa Rica y Nicaragua, a cercanías del río San Juan. La compañía impugna la “inseguridad jurídica” a raíz de los fallos de los tribunales. Cabe resaltar que la mina propuesta por Infinito Gold dio lugar a una amplia oposición en este país donde, en noviembre de 2010, el poder ejecutivo, legislativo y judicial aprobaron la prohibición de nuevos proyectos de minería de oro a cielo abierto y el uso de cianuro y mercurio en actividades mineras. Al agotarse los fondos para continuar con el litigio, Infinito Gold consiguió financiamiento de Vannin Capital PCC en 2016 para continuar la disputa<sup>53</sup>.
  - **Decisión:** Después de 7 años, el panel de arbitraje emitió su decisión final a favor del estado, sin encontrar violación del debido proceso por las decisiones judiciales en el país, aunque sí en torno a la forma en que el país legisló una prohibición de la minería. Aún así, no otorgó ninguna compensación a la empresa por daños. El estado tuvo que gastar US\$3,8 millones de dólares

<sup>51</sup> Internacional de Servicios Públicos (PSI) y Transnational Institute, “Justicia Paralela: ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina?”, Marzo de 2021; [https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia\\_paralela\\_esp.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/justicia_paralela_esp.pdf)

<sup>52</sup> Luis Solano, Ellen Moore & Jen Moore, “La injusticia minera a través del arbitraje internacional: Contrarrestando los argumentos de Kappes, Cassidy & Asociados sobre su proyecto de oro en Guatemala”, 24 de agosto de 2020;

[https://ips-dc.org/wp-content/uploads/2020/08/Guatemala-Mining-Injustice-Report\\_esp.pdf](https://ips-dc.org/wp-content/uploads/2020/08/Guatemala-Mining-Injustice-Report_esp.pdf)

<sup>53</sup> Jen Moore & Manuel Pérez Rocha, Abril de 2019.

para defenderse y cubrir parte de los costos del procedimiento. Si bien es cierto que Infinito Gold no ganó, este caso despierta serías reflexiones sobre porqué fue necesario poner las decisiones soberanas de las cortes de Costa Rica y de su legislatura a prueba ante un panel de tres árbitros privados. Tal como comenta el profesor de derecho internacional público Nicolas Boeglin, "En efecto, no tiene mayor sentido el permitir a un inversionista extranjero de mala fe recurrir ante el CIADI contra decisiones de la justicia nacional que declaran ilegal su proyecto y mucho menos el tener que esperar 7 largos años de costosos procedimientos ante el CIADI para escuchar a tres árbitros confortar las decisiones judiciales antes mencionadas. Ello sin hablar del riesgo, inherente a este tipo de demandas millonarias, de ver a dos (de los tres árbitros) acoger, por alguna razón, algunas de las pretensiones económicas del inversionista".<sup>54</sup>

- **Ecuador:** En febrero de 2011, la Corte Provincial de Sucumbíos de Ecuador, emitió un histórico fallo en el caso conocido como "Lago Agrio", en la que sentenció a la Corporación petrolera Chevron-Texaco a pagar 9,500 millones de dólares por contaminar la Amazonía Ecuatoriana (1964-1992), en la que desechó cerca de 650.000 barriles de petróleo crudo y más de 16 mil millones de galones de aguas residuales en los ríos y suelos de la selva, afectando la salud y formas de vida de más de 30.000 indígenas y campesinos de diferentes comunidades. Sin embargo, Chevron recurrió al sistema de SCIE y demandó al Ecuador en la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) con sede en La Haya, alegando violaciones al Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Ecuador y EEUU en 1993.
  - **Decisión:** En Agosto de 2018, un panel de arbitraje privado de la CPA falló en favor de Chevron, ordenando a Ecuador anular la sentencia de la Corte de Sucumbíos de 2011. Según la Unión de Afectados por Chevron-Texaco (UDAPT), se trata de un laudo ilegal, inconstitucional e inaplicable, que va en contra del ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional. Este laudo vulnera la soberanía del Ecuador y constituye un grave caso de impunidad corporativa que sienta peligrosos precedentes para la defensa del ambiente y los Derechos Humanos y colectivos. La UDAPT ha señalado en reiteradas ocasiones, que el panel de la CPA que falló a favor de Chevron, no tiene ninguna competencia ni capacidad jurídica para ordenar a un estado independiente y soberano, a anular una sentencia establecida bajo el sistema jurídico ecuatoriano<sup>55</sup>. El Estado Ecuatoriano apeló, sin éxito, el fallo de la CPA ante tribunales de Países Bajos. Mientras tanto, Chevron que huyó del país hace varios años y se niega a pagar los 9,500 millones ordenados por la Corte de Sucumbíos, un fallo que fue ratificado incluso por la Corte Constitucional de Ecuador en 2018<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> CIADI, Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. ARB/14/5, Award, 3 de junio de 2021; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16219.pdf>; Véase también: Nicolas Boeglin, "Infinito Gold vs Costa Rica: breve análisis del laudo arbitral del CIADI rechazando los principales alegatos de la empresa canadiense por la suspensión de su proyecto minero ubicado en Las Crucitas", 9 de junio de 2021; <https://www.elpais.cr/2021/06/09/infinito-gold-vs-costa-rica-breve-analisis-del-laudo-arbitral-del-ciadi-echazando-los-principales-alegatos-de-la-empresa-canadiense-por-la-suspension-de-su-proyecto-minero-ubicado-en-las-crucitas/>

<sup>55</sup> Aldo Orellana López, "Chevron vs Ecuador: arbitraje internacional e impunidad corporativa", 27 de marzo de 2019; <https://terra-justa.org/es/article/chevron-vs-ecuador-arbitraje-internacional-e-impunidad-corporativa/>

<sup>56</sup> Isabela Ponce, "Corte Constitucional de Ecuador exige que Chevron pague por contaminación ambiental en la Amazonía", 13 de julio de 2018;



- **Perú:** La Oroya es un pueblo pequeño en el sur del Perú que alberga en su interior una fundidora de Plomo de propiedad de la multinacional Renco Group, de la que es parte Doe Run. En 1997, la empresa se hizo cargo de la fundidora, una planta que es considerada responsable de los grandes niveles de contaminación del ambiente y daños a la salud de la gente de la Oroya. En el año 2010, la empresa demandó en el CIADI al estado peruano por 800 millones de dólares alegando trato discriminatorio por parte del gobierno, acusándolo de flexibilizar los límites permisibles de contaminantes en el ambiente a otras empresas y no así a su planta de Fundición. Lo que la empresa siempre buscó es que el gobierno le permita emitir contaminantes más allá de los límites permitidos por ley, o que de lo contrario le pague la cantidad que demanda en compensaciones. La empresa perdió en su primer intento de demandar a Perú y, desde 2018, sigue pendiente otra demanda en la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), por los mismos hechos y por un monto desconocido<sup>57</sup>.

Estos casos nos muestran cómo las empresas extractivas pueden recurrir al mecanismo de SCIE para evadir responsabilidades por daños al ambiente, a la salud y a los derechos humanos y colectivos, socavando los esfuerzos de las poblaciones afectadas quienes enfrentan una tremenda asimetría en términos de acceso a la justicia y en donde las violaciones a derechos y daños suelen quedarse en la impunidad. Consideramos que el mecanismo de SCIE funciona para reforzar dicha impunidad en estos casos, y, a mediano plazo, puede lograr que un estado ajuste la ley más a favor de los inversionistas transnacionales para evitar más demandas a futuro. Y aun en casos como Costa Rica u otros, en donde las empresas no logran sus objetivos, hay un costo alto e innecesario por tener que pasar las decisiones jurídicas y legislativas de un país ante un tribunal de arbitraje que no se rige por los procesos democráticos y soberanos de dicho país.

## **b. El arbitraje supranacional socava la independencia judicial de los órganos de justicia**

En esta sección, se muestra cómo estos arbitrajes socavan la independencia judicial en distintos países, un aspecto sobre el cual el Internacional de Servicios Públicos y el Transnational Institute han escrito un informe valioso al que hacemos referencia.

### **i. La falta de imparcialidad e independencia del mecanismo de SCIE genera sesgo a favor de los inversionistas transnacionales**

Tal como destaca el informe *Justicia Paralela*<sup>58</sup>, “Existen características centrales que determinan el nivel de independencia de los sistemas judiciales, como ser “el grado de autonomía presupuestaria; el nivel de transparencia y el uso de criterios meritocráticos en el proceso de nominación de candidaturas y designación de jueces; la estabilidad en el cargo y el alcance de las facultades de revisión judicial.” El mecanismo SCIE no cumple con ninguno de estos requisitos, y por tanto la independencia del mismo ha sido altamente cuestionada, en especial en los últimos 5 años”<sup>59</sup>. Además, continúa el mismo informe: “Estudios académicos demuestran que los árbitros internacionales han hecho interpretaciones excesivamente expansivas del lenguaje de los tratados dando así prioridad a la protección de

<https://es.mongabay.com/2018/07/corte-constitucional-ecuador-pago-chevron-contaminacion-ambiente/>

<sup>57</sup> redGE & Transnational Institute, “Perú – en el podio de los países más demandados del mundo por inversores extranjeros”, Junio de 2021; <https://isds-americalatina.org/perfiles-de-paises/peru/>

<sup>58</sup> Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute, Marzo de 2021.

<sup>59</sup> Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute, Marzo de 2021 página 8.

la propiedad y los intereses económicos de las empresas transnacionales sobre el derecho a regular de los Estados”.

Aunque frecuentemente se justifica el SCIE como un foro más neutral que los sistemas jurídicos nacionales, los árbitros son altamente pagados e incentivados a fallar a favor de las empresas, dado que las partes en un proceso de arbitraje pagan a los árbitros según las horas que laboran en cada caso. Por tanto, les conviene a los árbitros asumir, admitir y dejar proceder los procesos de arbitraje para ganar más dinero. Además, los árbitros pueden sostener más de un trabajo, muchos de los cuales rotan entre ser árbitros y llevar casos para las empresas contra los gobiernos<sup>60</sup>. Se han denunciado varios casos de conflicto de interés, sin embargo es bastante difícil descalificar un árbitro dado los altos estándares para descalificación y que los otros dos árbitros en un panel de arbitraje están encargados de la decisión<sup>61</sup>.

Después de emitir su fallo, no hay un proceso de apelación y por tanto, no hay forma de abordar los errores de derecho o de hecho cometidos en las decisiones arbitrales.

## ii. **Un sistema exclusivo para protección de los inversionistas transnacionales, no así para las empresas nacionales**

El sistema de los AII y SCIE es exclusivamente para inversionistas transnacionales, presentando un sesgo hacia sus derechos, dado que las empresas nacionales no cuentan con el mismo mecanismo<sup>62</sup>. Además, según la gran mayoría de acuerdos internacionales de inversión, las empresas transnacionales no tienen que agotar los recursos disponibles en el país en donde han invertido. Pueden recurrir directamente a un tribunal de arbitraje supranacional en donde sus derechos frecuentemente son más fuertes que a nivel nacional y tienen la posibilidad de obtener indemnizaciones mucho más altas que en un sistema de justicia nacional<sup>63</sup>.

En 1964, 19 países de América Latina se opusieron a este sistema argumentando que dará un fuerte ventaja a inversionistas extranjeros: "El nuevo sistema que se ha sugerido otorgaría al inversionista extranjero, por ser extranjero, el derecho a demandar a un Estado soberano fuera de su territorio nacional, prescindiendo de los tribunales de justicia. Esta disposición es contraria a los principios legales aceptados en nuestros países y, de facto, conferiría un privilegio al inversionista extranjero, colocando a los nacionales del país en cuestión en una posición de inferioridad"<sup>64</sup>.

Los tribunales ad hoc que se conforman para dirimir las demandas inversionista - estado, generalmente toman en cuenta como base para sus decisiones solamente las obligaciones de los gobiernos en los AII, a pesar de las afectaciones que sus inversiones podrían tener sobre los derechos de las poblaciones afectadas y de la naturaleza. No están obligados tomar en cuenta otros marcos normativos nacionales que establecen obligaciones estatales, o incluso marcos internacionales, como los compromisos de un estado en temas de derechos humanos o derechos indígenas. Los árbitros tampoco cuentan con orientación adecuada

---

<sup>60</sup> Public Citizen, "220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", 7 de septiembre de 2016; <https://www.citizen.org/wp-content/uploads/isds-law-economics-professors-letter-sept-2016.pdf>

<sup>61</sup> Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute, Marzo de 2021, página 9.

<sup>62</sup> Robin Broad, "Corporate Bias in the World Bank Group's International Centre for Settlement of Investment Disputes; A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador", 24 de marzo de 2015; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2585107](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585107)

<sup>63</sup> Nicolás M. Perrone, 24 de junio de 2021.

<sup>64</sup> Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute, Marzo de 2021, página 11.



para considerar las obligaciones de los estados en temas de Derechos Humanos cuando contemplan las obligaciones de estos en los AII, cuyo único objetivo es proteger a las inversiones transnacionales. El resultado es que las disputas legales entre inversores y Estados pueden tener, y de hecho tienen repercusiones desfavorables para los derechos humanos de las personas que viven bajo la jurisdicción del país anfitrión<sup>65</sup>.

**iii. Asimetría de acceso a la justicia en un contexto de impunidad para comunidades y trabajadores quienes sufran los daños de las grandes inversiones; socava las decisiones de las cortes tomadas en el interés de comunidades y trabajadores**

La asimetría generada por los AII y el SCIE es aún más hondo cuando consideramos, tal como se demuestra con los ejemplos ya mencionados, las poblaciones afectadas por las inversiones que luchan en condiciones altamente adversas para hacer valer sus derechos.

Más allá del poder o no de escuchar las audiencias o de presentar un *amicus*, el sistema de arbitraje supranacional tiene una mirada que excluye por completo la forma en que estas inversiones muchas veces son impuestas en los territorios de pueblos Indígenas o en las tierras de otras comunidades afectadas con grandes repercusiones para sus derechos y formas de vida. Las empresas que han sido acusadas y sancionadas en cortes nacionales por corrupción, por daños a la salud y al ambiente, o por violación de la autodeterminación y autonomía de las comunidades pueden llevar casos de arbitraje para tratar de evitar su responsabilidad por estos daños. Además, los paneles de arbitraje revisan las decisiones de las cortes para ver si vulneran o no los derechos de los inversionistas en los acuerdos internacionales de inversión; pueden ignorar las decisiones de las cortes o pedir que se cambien. Bruno Simma, juez de la Corte Internacional de Justicia, ha observado que dar la debida consideración a los derechos económicos y sociales es la excepción, no la regla, en el arbitraje de disputas entre inversores y Estados<sup>66</sup>.

El trabajo de Nicolás Perrone, destaca que el sistema de los AII y el mecanismo de SCIE fueron planteados desde una lógica extractivista por representantes de empresas petroleras y banqueros que buscaron asegurar sus intereses ante las intervenciones de los Estados, inclusive procesos de descolonización y nacionalización después de la segunda guerra mundial. Como parte de ello, fue pensado y estructurado según un modelo colonial que excluye a las comunidades afectadas por sus inversiones, como si los lugares en donde están destinados sus inversiones fueron tierras baldías o *terra nullius* "por lo que los que viven allí no se consideran relevantes para el establecimiento y funcionamiento del proyecto de inversión"<sup>67</sup>. Sin embargo, tal como es la realidad en el sector minero como en muchos otros, la instalación de un proyecto minero transforma por completo el entorno y la vida de las comunidades y los pueblos que viven y dependen de ello. Pero, dentro del sistema de AII y SCIE, las comunidades, sus derechos, sus valores, su propiedad colectiva, y sus esfuerzos para buscar justicia y reconocimiento son invisibilizados, según Perrone, y convertido en demandas en que los árbitros no confían y que genera inestabilidad para los inversionistas que puede ser el objeto que busca atacar con sus arbitrajes.

En resumen, es un mecanismo único que proporciona privilegios para los inversionistas transnacionales paralelo a los sistemas de justicia nacionales y por encima de gobiernos,

---

<sup>65</sup> Luke Eric Peterson, 2009.

<sup>66</sup> Internacional de Servicios Públicos y Transnational Institute, Marzo de 2021, página 27.

<sup>67</sup> Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties & the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules*, Oxford University Press, 2021, página 172.

inversionistas nacionales, y especialmente los pueblos indígenas y demás poblaciones afectadas por sus intereses.

## **V. Incompatibilidad del mecanismo de SCIE con los derechos humanos, colectivos y ambientales**

En esta sección, ejemplificamos cómo el mecanismo de SCIE permite a las empresas extractivas evadir sus responsabilidades por violaciones de los derechos humanos, a la vez que podría contribuir a tales daños, impedir la elaboración de políticas públicas necesarias para la rendición de cuentas de las empresas y desatender las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y la naturaleza.

### **a. El efecto disuasorio puede contribuir a violaciones de los derechos humanos, colectivos y ambientales**

Más allá de los altos costos económicos que puede significar un proceso de arbitraje para los Estados y lo cual podría quitar fondos públicos escasos de otras ramas importante para la economía y las necesidades de la sociedad, el efecto disuasorio de los arbitrajes supranacionales puede contribuir directamente a violaciones de los derechos humanos, colectivos y ambientales de las poblaciones afectadas por las inversiones transnacionales.

Una clara ilustración es el caso de la mina Marlin en el noroeste de Guatemala. El riesgo de que la empresa minera canadiense Goldcorp podría haber demandado al estado influyó en el incumplimiento del estado guatemalteco de un orden emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH solicitó la suspensión de esta mina de oro a tajo abierto en mayo de 2010 y la implementación de medidas para atender la contaminación de la fuentes de agua y daños a la salud de 18 comunidades indígenas Maya Mam y Sipakapense. Sin embargo, por riesgo de ser demandado, el Estado jamás acató esta orden obligatoria, y favoreció un proceso de manejo del conflicto que negó los derechos al debido proceso de las comunidades, omitió evidencia independiente de los daños al agua y la salud de la población, y adicionalmente, ignoró cuestiones importantes como la compra de tierras fraudulenta y el derecho al consentimiento libre, previo e informado de la población afectada<sup>68</sup>. Al mismo tiempo, las defensoras y los defensores de los derechos humanos sufrieron amenazas, intimidación, ataques, represión violenta, y procesos de criminalización<sup>69</sup>. La mina cerró operaciones en 2017, mientras la petición de las comunidades ante la CIDH fue admitida en 2014 y sigue en proceso. Las medidas cautelares siguen vigentes a favor de las comunidades, las cuales fueron modificadas en 2011 para no incluir la suspensión de la mina. El Estado jamás las ha cumplido, mientras las comunidades siguen viviendo con los daños graves a su entorno natural<sup>70</sup>.

En el caso de Pacific Rim Mining v. El Salvador, el arbitraje permitió a la empresa prolongar una situación de amenaza e incertidumbre a nivel comunitario durante siete años, a pesar de que la empresa jamás cumplió los requisitos para obtener un permiso de explotación minera. Entre 2009 y 2011, después de iniciar su arbitraje en contra de El Salvador,

---

<sup>68</sup> MiningWatch Canada, “FAQ Sheet Sources: What you may not know about Goldcorp’s Marlin mine in Guatemala”, mayo de 2010;

[https://miningwatch.ca/sites/default/files/Sources\\_FAQ\\_What\\_you\\_may\\_not\\_know\\_about\\_Goldcorp\\_Marlin\\_Mine\\_in\\_Guatemala\\_May\\_2011.pdf](https://miningwatch.ca/sites/default/files/Sources_FAQ_What_you_may_not_know_about_Goldcorp_Marlin_Mine_in_Guatemala_May_2011.pdf); Kampuis, Charis & Connolly, Charlotte, “The Two Faces of Canadian Diplomacy: Undermining International Institutions to Support Canadian Mining”, 4 de febrero de 2022; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4025474](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4025474)

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Kampuis, Charis & Connolly, Charlotte, 4 de febrero de 2022.

amenazas y violencia aumentó en el departamento de Cabañas, en donde se ubica el proyecto minero, con el asesinato de cuatro activistas locales, además de amenazas en contra de reporteros de una radio comunitaria y un sacerdote<sup>71</sup>. Además, durante los siete años que duró la demanda, el país no pudo avanzar sobre un proceso democrático para legislar la prohibición de la minería metálica, lo cual logró solamente después de que la empresa perdió su demanda en 2016<sup>72</sup>.

En los casos de Chevron v. Ecuador y Renco Group v. Perú, las empresas han utilizado arbitraje supranacional específicamente para evitar responsabilidad por daños al ambiente y a la salud de poblaciones afectadas por sus operaciones petroleras y mineras respectivamente. Estos procesos dilatan la consecución de justicia para poblaciones en situaciones muy precarias como consecuencia de los altos niveles de contaminación de su territorio y los impactos que esto tiene sobre su salud.

En el caso de Chevron, la empresa logró un fallo que ordenó la anulación de una sentencia de 2011 de la Corte Provincial de Sucumbíos de Ecuador, importante para empezar un proceso de reparación de daños al agua y la salud (por los desechos de la actividad petrolera de la empresa) a más de 30.000 indígenas y campesinas de varias comunidades. Hasta la fecha. El gobierno de Ecuador buscó anular la decisión del tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje. Sin embargo, el año 2020, un tribunal del distrito de La Haya, ratificó el laudo arbitral de 2018 y rechazó el pedido de nulidad del laudo arbitral interpuesto por el gobierno ecuatoriano. En junio de 2022, un Tribunal de apelaciones de la Haya (Países Bajos), volvió a ratificar esta decisión<sup>73</sup>. Por su parte, la UDAPT afirma<sup>74</sup> que existe un último recurso al que el gobierno puede recurrir ante la Corte Suprema de los Países Bajos. La organización de afectados también ha responsabilizado y acusado de negligente al gobierno del presidente Guillermo Lasso y a la procuraduría por el fracaso de la defensa de Ecuador. Mientras tanto, el desastre que dejó la petrolera, continúa sin ser reparado y la violación de los derechos de las comunidades y del ambiente, continúa en la impunidad.

En el caso de Renco Group, desde 2010, la empresa ha estado tratando de utilizar arbitraje supranacional para lograr compensación económica por las regulaciones ambientales para mitigar la contaminación de su planta de fundición de plomo en La Oroya, Perú y evitar compensar los daños a la salud de la población<sup>75</sup>. La Oroya es conocido por ser uno de los

---

<sup>71</sup> Moore, J., Broad, R., Cavanagh, J., Salazar, R.G., Karunanathan, M., Morrill, J., Pérez-Rocha, M., & Vergara, S.; "Debunking Eight Falsehoods by Pacific Rim Mining / OceanaGold in El Salvador", marzo de 2014; [https://miningwatch.ca/sites/default/files/eight\\_falsehoods\\_2014-03-18.pdf](https://miningwatch.ca/sites/default/files/eight_falsehoods_2014-03-18.pdf); Robin Broad, 25 de marzo de 2015.

<sup>72</sup> MiningWatch Canada, "Salvadoran Legislature Votes for Water Over Gold, Becoming First Country to Ban Metal Mining Outright", 30 de marzo de 2017; <https://miningwatch.ca/news/2017/3/30/salvadoran-legislature-votes-water-over-gold-becoming-first-country-ban-metal-mining>

<sup>73</sup> Adoración Guamán, "Chevron o la subversión democrática: una nueva victoria de la petrolera contra las víctimas", 25 de julio de 2022; [https://blogs.publico.es/otrasmiradas/62252/chevron-o-la-subversion-democratica-una-nueva-victoria-de-la-petrolera-contra-las-victimas/?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=web&fbclid=IwAR33MgE\\_Mjc8wo1rvpByHQppiCbRxxc6nUPA6a6hYdwr3NiDwTjYX\\_93K4](https://blogs.publico.es/otrasmiradas/62252/chevron-o-la-subversion-democratica-una-nueva-victoria-de-la-petrolera-contra-las-victimas/?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=web&fbclid=IwAR33MgE_Mjc8wo1rvpByHQppiCbRxxc6nUPA6a6hYdwr3NiDwTjYX_93K4)

<sup>74</sup> UDAPT, "El Gobierno de Ecuador podría ser responsabilizado por violación de derechos humanos de pobladores amazónicos", 26 de julio de 2022; <http://texacotoxico.net/gobierno-de-ecuador-queda-expuesto-a-responsabilidad-internacional/>

<sup>75</sup> Aramis Castro, "La disputa legal del caso La Oroya", 21 de julio de 2016; <https://convoca.pe/agenda-propia/la-disputa-legal-del-caso-la-oroya>; Public Citizen, "Renco Uses U.S.-Peru FTA to Evade Justice for La Oroya Pollution", Diciembre de 2012; [https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/renco\\_missouri\\_briefing\\_paper\\_may\\_2017\\_final.pdf](https://www.citizen.org/wp-content/uploads/migration/renco_missouri_briefing_paper_may_2017_final.pdf)

sitios más contaminados en el mundo en donde la población sufre graves daños a la salud por estar expuestos a plomo, un neurotóxico. Después de interponer su primer arbitraje en 2010, la empresa declaró la bancarrota en 2012 y, después de lograr un fallo desfavorable en 2016, aún pudo iniciar una segunda demanda en contra de Perú en 2018, lo cual sigue pendiente en la Corte Permanente de Arbitraje<sup>76</sup>. Mientras tanto, y después de varios intentos fallidos de venta, Doe Run Perú dio por cesión el Complejo Metalúrgico de La Oroya a sus trabajadores<sup>77</sup>. El caso de la Oroya refleja un patrón muy característico del comportamiento de muchas empresas transnacionales en América Latina, que sobreponen sus intereses a los derechos humanos. Y es que muchas empresas buscan convencer o coaccionar a los gobiernos para flexibilizar las normas ambientales y laborales para viabilizar sus inversiones y aumentar sus ganancias. En el caso de la demanda de Doe Run en contra de Perú, la empresa exigía reducir los límites para la emisión de contaminantes, es decir, exigía contaminar más, sin pensar en la salud de la población. Eso es sin duda una transgresión al derecho humano a la salud de la población de La Oroya. Entretanto, aún no ha sido atendido los problemas a la salud en La Oroya<sup>78</sup>.

Igualmente, en el caso de Barrick Gold v. Papúa Nueva Guinea, la empresa utilizó arbitraje supranacional para lograr la reinstalación de su licencia para operar y hacer caso omiso ante graves violaciones a los derechos humanos que influyeron en por qué no pudo renovar su permiso. El permiso de Barrick Gold para operar la mina de oro Porgera venció en agosto de 2019, lo cual no fue renovado por el estado de Papúa Nueva Guinea, citando impactos ambientales y violaciones de los derechos humanos. Tal como ha documentado la organización MiningWatch Canadá, estos impactos, incluyen la descarga de relaves y otros desechos de la mina directamente a fuentes de agua y violaciones sistemáticas a los derechos humanos de las comunidades indígenas afectadas por parte de las fuerzas de seguridad privada de la empresa y fuerzas armadas públicas<sup>79</sup>. Los propietarios en el área de la mina emitieron un comunicado ante la negociación del gobierno con la empresa que resultó del proceso de arbitraje y la renovación de su permiso, diciendo que fueron excluidos de las negociaciones, argumentando se viola su derecho a la consulta y ignora su oposición a la continuación de Barrick Gold en frente del proyecto minero por su "conducta ilegal y vergonzosa durante la explotación de la mina de oro de Porgera"<sup>80</sup>. Continúa: "El Consejo Ejecutivo Nacional, en consecuencia, rechazó la solicitud de Barrick, decisión que fue justa, adecuada y prudente, sobre la base de la admisión por parte de Barrick de las acusaciones del delito de violación de múltiples mujeres y niñas por parte del personal de seguridad de

---

<sup>76</sup> Permanent Court of Arbitration, *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru*; <https://pca-cpa.org/en/cases/235/>

<sup>77</sup> Juan Saldarriaga "La refinera de La Oroya pasa finalmente a manos de sus trabajadores", 7 de julio de 2022;

<https://elcomercio.pe/economia/la-refineria-de-la-oroya-pasa-finalmente-a-manos-de-sus-trabajadores-noticia/>

<sup>78</sup> Daniela Valdivia, "Afectados por metales pesados aún no ven los avances anunciados por el ejecutivo para darles tratamiento médico", 20 de mayo de 2022;

<https://convoca.pe/agenda-propia/afectados-por-metales-pesados-aun-no-ven-los-avances-anunciados-por-el-ejecutivo-para>

<sup>79</sup> MiningWatch Canada, "Barrick Forces Hand of Papua New Guinea Government in Reopening Porgera Mine", 6 de abril de 2021;

<https://miningwatch.ca/news/2021/4/6/barrick-forces-hand-papua-new-guinea-government-reopening-porgera-mine>; MiningWatch Canada, "Barrick Gold Corp.'s Porgera Joint Venture Mine: a Legacy of Ignoring Human and Environmental Rights Abuses", 27 de julio de 2022; <https://miningwatch.ca/blog/2022/6/27/barrick-gold-porgera-joint-venture-legacy-human-and-environmental-abuse>

<sup>80</sup> Justice Foundation for Porgera Limited, "Porgera Landowners Respond to State's Negotiation with Barrick to Reopen Porgera Gold Mine", 6 de abril de 2021;

[https://miningwatch.ca/sites/default/files/press\\_release\\_by\\_porgera\\_landowners\\_-\\_06.04.2021.pdf](https://miningwatch.ca/sites/default/files/press_release_by_porgera_landowners_-_06.04.2021.pdf)

su mina, y de otras objeciones presentadas por los propietarios de tierras contra Barrick por no haber reasentado a los propietarios de tierras de SML fuera de su zona de arrendamiento, negando así a los propietarios de tierras sus derechos humanos a un nivel de vida adecuado, para ellos y sus familias en expansión durante treinta largos años<sup>81</sup>. Ante los casos penales de violaciones de mujeres, también se destaca la ausencia de procuración de justicia y la importancia de no permitir la continuación de Barrick Gold para prevenir más abusos. Volver a reanudar la mina después de las negociaciones con Barrick Gold refrenda el contexto de impunidad por los abusos sufridos y la preocupación de que persistan sin remedio en el futuro.

**b. La “estabilidad jurídica” para los inversionistas transnacionales detiene avances necesarios para reparar violaciones a los derechos humanos y proteger los derechos humanos, colectivos y ambientales**

En el contexto de las luchas de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas por la minería que busca avanzar el reconocimiento de sus derechos colectivos y la protección de sus valores, su agua, sus bosques, sus tierras, sus territorios, sus formas de vida, su autodeterminación ante la destrucción y el despojo que conlleva proyectos mineros, los AII y el mecanismo de SCIE presenta un amenaza, no solamente en casos particulares, sino a esfuerzos que buscan establecer obligaciones de las corporaciones a respetar los derechos humanos y a remediar las violaciones a que contribuyen. Además, es un obstáculo importante ante la crisis ecológica global que enfrentamos, lo cual requiere cambios en las políticas públicas fundamentales para frenar los desastres naturales, la pérdida de bosques y biodiversidad, la contaminación de agua y tierra, y otros que ponen en riesgo a poblaciones enteras.

El fallo en el caso de Eco Oro v. Colombia del 9 de septiembre del 2021 es un ejemplo del sesgo y la discreción amplia que tienen los árbitros a interpretar a favor los derechos de los inversionistas ante la aplicación de políticas públicas en el interés de la protección ambiental, aún cuando, en este caso, el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá contiene una excepción específica para políticas ambientales. Eco Oro notificó su intención de demandar a Colombia después de una decisión de la Corte Constitucional del febrero de 2016 que afirmó la prohibición de la actividad minera en zonas de páramo. El panel de arbitraje emitió su primer fallo en el caso de septiembre del 2021, en ello una mayoría de los árbitros (dos de tres) determinó que “Las acciones internamente inconsistentes de Colombia, incluyendo su falta de delimitación del Páramo de Santurbán, negaron a Eco Oro un ambiente regulatorio estable y predecible en violación de sus expectativas legítimas<sup>82</sup>. Para llegar a esta decisión, el panel de arbitraje tuvo que descartar la excepción en el Artículo 2201(3) del TLCCC de “medidas necesarias: para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal” y “para la conservación de recursos naturales agotables vivo o no vivos<sup>83</sup>, concluyendo que los “enfoques diferentes dentro de los ministerios colombianos<sup>84</sup>, unos a favor de la protección de los páramos y otros a favor de los

---

<sup>81</sup> Justice Foundation for Porgera Limited, 6 de abril de 2021.

<sup>82</sup> International Institute for Sustainable Development (IISD), “Majority in Eco Oro v. Colombia finds violation of minimum standard of treatment, holds that a general environmental exception does not preclude obligation to pay compensation”, 20 de diciembre del 2021; <https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/majority-in-eco-oro-v-colombia-finds-violation-of-minimum-standard-of-treatment-holds-that-a-general-environmental-exception-does-not-preclude-obligation-to-pay-compensation/>

<sup>83</sup> Mincomercio, “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá: Capítulo Veintidós: Excepciones”, aprobado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009; <https://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/CAPITULO-VEINTIDOS.pdf>

<sup>84</sup> IISD, 20 de diciembre del 2021.

inversionistas, había dado como resultado que Colombia violara la Norma de Trato Mínimo. Esta inconsistencia, según el Tribunal, había dado al traste con las expectativas legítimas de Eco Oro de obtener una licencia para explotar su proyecto Angostura. En consecuencia, decidió que debía ser indemnizado<sup>85</sup>. La decisión del panel de arbitraje sobre costos y compensación económica sigue pendiente.

Esta decisión fue ampliamente criticada por ser mal argumentada, importando estándares de otras fuentes fuera del TLCCC, y una amenaza para la protección ambiental en Colombia al futuro. Subrayan que no debe ser considerada única, sino evidencia de la insuficiencia de las excepciones en los AII para asegurar el derecho de los Estados de regular de acuerdo al interés público<sup>86</sup>. Además, destacan cómo la naturaleza de tales excepciones expone a los Estados a un alto nivel de escrutinio por los paneles de arbitraje sobre cómo y cuándo las medidas que toman a favor de las comunidades y el ambiente son “necesarias” o no, en lugar de ser determinadas dentro de un proceso más democrático y soberano<sup>87</sup>. Stuart Trew del Centro Canadiense para Políticas Alternativas concluyó, “Los tribunales harán lo que quieran, en este caso en beneficio de las empresas mineras internacionales y con daño significativo para la democracia y la protección del ambiente en Colombia”<sup>88</sup>. Mientras no sabemos el monto de la indemnización que el panel de arbitraje ordenará, Trew constata que “ordenar cualquier cantidad de compensación es problemático, ya que codifica la opinión inaceptable de que los gobiernos deben pagar a los inversores extranjeros cuando protegen el medio ambiente”<sup>89</sup>.

Como resultado de estas prácticas y la estructura privilegiada de los AII y el SCIE, diversas organizaciones de la sociedad civil señalan el grave riesgo en general que representa este sistema ante la necesidad de cambios importantes de políticas públicas para enfrentar el cambio climático y para transitar a mayor responsabilidad empresarial cuando violan las leyes y los derechos humanos de los pueblos y las comunidades afectados por sus inversiones.

En la sentencia SU 698 de 2017, la Corte indicó que en la medida en que el departamento de La Guajira el calentamiento global ha tenido y tendrá los efectos más devastadores, resultaba indispensable incorporar la variable del cambio climático en la evaluación de la viabilidad de la desviación y explotación del Arroyo Bruno.

De allí que resulte importe destacar los llamados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en respaldo de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA); en la resolución sobre “emergencia climática”<sup>90</sup> en la que señala que las: “empresas no deben obstaculizar la implementación de políticas ambientales que busquen el bien común y el respeto de los derechos ambientales”. Y “no obstaculizar el acceso a la justicia, particularmente de las personas defensoras de los derechos humanos en asuntos ambientales”.

---

<sup>85</sup> Stuart Trew, “The false hopes and empty promises of investment treaty modernization”, 5 de octubre del 2021;

<https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization>

<sup>86</sup> J. Benton Heath, “Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism”, 20 de diciembre de 2021;

<https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>

<sup>87</sup> J. Benton Heath, 20 de diciembre de 2021.

<sup>88</sup> Stuart Trew, 5 de octubre del 2021.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos & REDESCA, “Emergencia Climática: Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos”, Resolución 3/2021, 31 de diciembre de 2021; [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf)



En su informe *¿Derechos Empresariales o Derechos Humanos?*, el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos alerta que nuevas leyes de debida diligencia para la prevención y la rendición de cuentas de las empresas por violaciones de los derechos humanos y ambientales podrían ser cuestionadas a través del mecanismo de SCIE<sup>91</sup>. Al mismo tiempo, expresa preocupación por la forma en que SCIE permite a las empresas evadir responsabilidad, tal como ya hemos ilustrado en este *amicus curiae*, y que incentiva a las empresas tomar sus decisiones sin consideración por los derechos de los pueblos Indígenas y comunidades afectadas por sus inversiones<sup>92</sup>. Otras organizaciones han señalado como los AII y el mecanismo SCIE impide la elaboración de las políticas necesarias para enfrentar el cambio climático. Por ejemplo, el Instituto Internacional por el Desarrollo Sostenible (IISD por sus siglas en inglés), ClientEarth y el Centro para el Derecho Ambiental Internacional (CIEL por sus siglas en inglés) publicaron un informe en marzo de 2022, observando que “Los tribunales de arbitraje han tratado las medidas medioambientales adoptadas por los Estados como proteccionistas y han expresado su escepticismo respecto a su fundamento en el derecho internacional o regional,” dando privilegio a protecciones de los derechos de los inversionistas. Como resultado, argumentan que “la jurisprudencia arbitral imperante animará a los Estados a revocar o diluir la normativa medioambiental existente y les disuadirá de introducir nuevas normas”. Este efecto disuasorio y el hecho de que el sector extractivo es el que más recurre a arbitraje supranacional, proponen una serie de reformas orientadas a excluir las inversiones en el sector de hidrocarburos del uso de SCIE o la salida coordinada de los estados de AII que permite SCIE<sup>93</sup>.

Tales alertas por estas y otras organizaciones coinciden con el análisis histórico-jurídico que hace Perrone del objetivo a largo plazo del sistema de AII y el mecanismo de SCIE de “[facilitar] la continuación de un modelo basado en los recursos naturales para el Sur Global... Crear las condiciones para permitir a los inversores extranjeros extraer recursos naturales en el Sur Global era más importante para los inversores que para los propios países”<sup>94</sup>. Y que este foro sirve como “el último recurso para interpretar y hacer cumplir las normas mundiales cuando los Estados -o las comunidades locales- intentan desviarse de ellas”<sup>95</sup>. Perrone concluye que el efecto de este recurso único para los inversionistas transnacionales no solo restringe el derecho a regular de los Estados, sino también socava las exigencias fundamentales de las comunidades por la autodeterminación, el derecho a un ambiente sano, la salud, el agua y la justicia: “Las exigencias de reconocimiento se articulan en un lenguaje del que desconfían los árbitros: un lenguaje de política, valores y aspiraciones que no se refieren a la economía global sino a la comunidad local [...] No se espera que los locales tengan mucha voz, sino que se adapten a las demandas del sector global de los recursos naturales”<sup>96</sup>. En suma, esto refuerza las asimetrías entre los inversionistas transnacionales y muchos gobiernos del Sur Global, y especialmente entre las comunidades y los inversionistas transnacionales, aún cuando tribunales de arbitraje hablan de “equilibrio y razonabilidad, estos criterios son dictados por el conocimiento y las normas globales. Este enfoque de la regulación pública beneficia a los inversores extranjeros, ya que son sujetos globalmente arraigados y a menudo tienen más influencia en el proceso de

---

<sup>91</sup> Business & Human Rights Resource Centre, septiembre de 2021.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> IISD, ClientEarth, Center International for Environmental Law (CIEL), “Submission to the Organisation for Economic Co-operation and Development on Investment Agreements and Climate Change”, marzo de 2022; <https://www.iisd.org/publications/brief/submission-organisation-economic-co-operation-and-development-investment>

<sup>94</sup> Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties & the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules*, Oxford University Press, 2021, página 202.

<sup>95</sup> Ibid, página 200.

<sup>96</sup> Ibid, página 198.

establecimiento de normas que la mayoría de los gobiernos... la mayoría de los países del Sur Global son tomadores de normas - y las comunidades locales aún más<sup>97</sup>.

### **c. Órganos de Derechos Humanos critican a los AII y al mecanismo de SCIE**

Por el cúmulo de experiencias negativas y denuncias sobre los AII y el mecanismo de SCIE, los órganos de derechos humanos también han expresado preocupación.

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas presentó su informe A/76/238 a la Asamblea General de la ONU el 27 de julio de 2021 que reconoce la incompatibilidad de los Acuerdos Internacionales de Inversión con la protección y el respeto por los derechos humanos, además del remedio de las violaciones de los derechos humanos<sup>98</sup>. “[...] los acuerdos internacionales de inversión, si no se diseñan adecuadamente, pueden limitar significativamente la capacidad de los Estados para regular a los inversionistas y sus inversiones. También pueden exacerbar el desequilibrio existente entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas, y socavar la búsqueda de las comunidades afectadas de responsabilizar a los inversionistas por los abusos de los derechos humanos y la contaminación ambiental<sup>99</sup>. En su informe, considera que exagera “el desequilibrio” dado que los AII proporcionan derechos a los inversionistas vinculantes en un foro unilateral al que no pueden recurrir ni Estados ni comunidades afectadas por sus inversiones. Al mismo tiempo, estos acuerdos generalmente carecen de cualquier obligación o responsabilidad con respecto a los derechos humanos y el ambiente. También destaca “la inconsistencia” en torno al mecanismo de SCIE, frecuentemente justificado por la falta de confianza de los inversionistas en el sistema judicial de los países en donde invierten, pero que “cuando las comunidades afectadas presentan denuncias contra empresas inversoras por abusos a los derechos humanos, estos inversionistas abogan por que los casos sean dirimidos por el mismo sistema legal que etiquetan como poco fiable e inadecuado<sup>100</sup>. Así también, “mientras que el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados permite a los inversionistas matrices como accionistas reclamar al Estado una indemnización por daños y perjuicios como “pérdida reflectante”, las empresas matrices invocan el principio de personalidad jurídica separada cuando se les demanda por la conducta de sus filiales<sup>101</sup>. “La inconsistencia también se observa en los laudos arbitrales emitidos por un grupo específico de disputas de árbitros designados por las partes que no están sujetos a ningún sistema de precedentes<sup>102</sup>.

Concluyen que los desequilibrios y las incoherencias incentivan la irresponsabilidad de los inversionistas: “La protección asimétrica que ofrecen los acuerdos y la falta de transparencia general en los procesos inversionista-Estado crean incentivos para que los inversionistas se concentren en la protección de su inversión y presten una atención inadecuada a sus responsabilidades en materia de derechos humanos en virtud de las leyes locales y las normas internacionales<sup>103</sup>. Esto puede derivar en casos de arbitraje, tal como mencionamos en este *amicus curiae*, en donde inversionistas llevan demandas “para frustrar los intentos

---

<sup>97</sup> Ibid, página 200.

<sup>98</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Acuerdos internacionales de inversión compatibles con los derechos humanos”, 27 de julio de 2021;

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/208/12/PDF/N2120812.pdf?OpenElement>

<sup>99</sup> Ibid, cláusula 3.

<sup>100</sup> Ibid, cláusula 16.

<sup>101</sup> Ibid, cláusula 16.

<sup>102</sup> Ibid, cláusula 16.

<sup>103</sup> Ibid, cláusula 17.



de las comunidades afectadas de hacerlas responsables de los abusos de los derechos humanos<sup>104</sup>.

Subrayan tres preocupaciones centrales vinculados con los AII: el efecto disuasorio o cómo restringen el espacio de los Estados para regular inversiones y la conducta de los inversionistas; la ausencia de provisiones que impone obligaciones a respetar los derechos humanos por los inversionistas que "exacerba la asimetría existente entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas"<sup>105</sup>; y la "invisibilidad" de las comunidades afectadas por las inversiones en los AII, lo cual da privilegio de acceso a la justicia por parte de los inversionistas por encima de las comunidades<sup>106</sup>.

El informe además señala que son los pueblos indígenas quienes sufren de manera desproporcionada debido a los proyectos de desarrollo relacionados con la inversión extranjera, y en esa vía, los acuerdos internacionales de inversión pueden contribuir a esas graves repercusiones, agravándolas y exacerbándolas, y así sucede en un número cada vez mayor de contextos. De allí que se recomienda que para garantizar los derechos de los pueblos indígenas se necesitarán no sólo reformas dentro del régimen del derecho internacional de las inversiones, sino también un compromiso mucho más proactivo por parte de los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos<sup>107</sup>.

Por último, el informe revisan distintos procesos de reforma en marcha en torno a los AII y el mecanismo de SCIE, y concluye instando a los Estados, los inversionistas, y organizaciones de la sociedad civil una serie de recomendaciones dirigidas a corregir estos problemas.

## **VI. Rechazo del mecanismo de SCIE por Gobiernos**

En las dos últimas décadas, la amplia documentación de casos de demandas inversionista-Estado en los que los fallos en favor de las corporaciones han limitado la implementación de políticas públicas y regulaciones en temas sensibles de carácter social y ambiental, han provocado el cuestionamiento del sistema por parte de distintos gobiernos.

En nuestra región en particular, algunos gobiernos ya han denunciado el Convenio del CIADI y varios de sus AII para restar esta posibilidad a las empresas y resolver los diferendos en las cortes locales.

En mayo de 2007, el gobierno de Bolivia llegó a la conclusión de que el sistema de protección de la Inversión Extranjera Directa no es un sistema imparcial. Por esa razón retiró al país del CIADI, algo que por las reglas del convenio se hizo efectivo recién en septiembre del mismo año, 6 meses después de la denuncia. La nueva Constitución Política del Estado (2010) en Bolivia, también prohíbe al Estado dirimir disputas con inversionistas extranjeros en Tribunales Internacionales en temas relativos a las Inversiones. También, por mandato

---

<sup>104</sup> Ibid, cláusula 17.

<sup>105</sup> Ibid, cláusula 25.

<sup>106</sup> Ibid, cláusula 26.

<sup>107</sup> Véanse: Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Informe A/70/301, 7 de agosto de 2015;

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/249/12/PDF/N1524912.pdf?OpenElement> y Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Informe A/HRC/33/42, 11 de agosto de 2016;

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/178/87/PDF/G1617887.pdf?OpenElement>

Constitucional, el gobierno anunció la denuncia de todos sus Tratados Bilaterales de Inversión y la renegociación de nuevos acuerdos que no contemplen el mecanismo SCIE<sup>108</sup>.

En Octubre de 2013, el gobierno de Ecuador creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA)<sup>109</sup>, con el objetivo de realizar una auditoría de los tratados de inversión del país y de formular recomendaciones para el Gobierno. En mayo de 2017, la CAITISA publicó su informe final recomendando al gobierno denunciar todos sus tratados bilaterales de inversión por contravenir la Constitución, por no contribuir con la atracción de inversiones y, por el contrario, han constituido la base para que Ecuador sea demandado por el mecanismo SCIE en tribunales arbitrales. Siguiendo las recomendaciones de CAITISA, el gobierno anunció la firma de decretos para denunciar sus Tratados de Inversiones<sup>110</sup>.

Otros Estados como Venezuela, Nueva Zelanda y Sudáfrica, también han tomado acciones. Venezuela denunció el CIADI. Sudáfrica se retiró de sus tratados bilaterales de inversión. Nueva Zelanda e India decidieron no incluir disposiciones sobre el mecanismo SCIE en sus nuevos tratados comerciales. Sudáfrica ha anunciado que no renovará los tratados bilaterales de inversión vigentes<sup>111</sup>. Brasil, por su parte, nunca fue parte del CIADI ni tiene AII, y es uno de los países con más recepción de inversión extranjera en la región.

En la Unión Europea, donde las demandas de SCIE en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía están retrasando y encareciendo prohibitivamente la transición energética, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictaminado (en el caso Komstroy<sup>112</sup>) que las demandas de SCIE entre países de la UE son incompatibles con la legislación de la unión.

Además, en el nuevo tratado de libre comercio entre Canadá, los Estados Unidos y México que entró en vigencia el 1 de julio de 2020, el mecanismo SCIE fue eliminado entre Canadá y Estados Unidos. La anterior Ministra de Relaciones Exteriores de Canadá, Chrystia Freeland, destacó este logro con orgullo, reconociendo que el mecanismo SCIE es deletéreo para los estados y restringe el margen que tienen para tomar decisiones en el interés de sus pueblos: "El SCIE eleva los derechos de las empresas por encima de los de los gobiernos soberanos. Al eliminarlo, hemos reforzado el derecho de nuestro gobierno a regular en el interés público, para proteger la salud pública y el ambiente"<sup>113</sup>. Vale notar que Canadá ha sido el país más demandado bajo este tratado desde fue puesto en vigencia por primera vez

---

<sup>108</sup> Aldo Orellana López, "Bolivia denuncia sus Tratados Bilaterales de Inversión", 2014; <https://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article1871>

<sup>109</sup> Véase: Página web de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (Caitisa): <https://caitisa.org/>

<sup>110</sup> Transnational Institute, "Ecuador termina 16 tratados bilaterales de inversión", 22 de mayo de 2017; <https://www.tni.org/en/node/23521>

<sup>111</sup> Corporate Europe Observatory & Transnational Institute, "Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones", Noviembre de 2012; [https://www.tni.org/files/download/cuando\\_la\\_injusticia\\_es\\_negocio-web.pdf](https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf)

<sup>112</sup> Véase: InfoCuria Case-Law: Caso número C-741/19; <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-741/19>

<sup>113</sup> Government of Canada, "Prime Minister Trudeau and Minister Freeland speaking notes for the United States-Mexico-Canada Agreement press conference", 1 de octubre de 2018; <https://pm.gc.ca/en/news/speeches/2018/10/01/prime-minister-trudeau-and-minister-freeland-speaking-notes-united-states>

en 1994<sup>114</sup>. Sin embargo, el estado canadiense aún sigue promoviendo este mecanismo en otros AII.

Por otro lado, la creación misma del CIADI no estuvo exenta de ciertos cuestionamientos, sino que estuvo marcada por la resistencia de un grupo de gobiernos del Sur Global. Este grupo estaba compuesto por 19 países de América Latina, Filipinas e Irak. Félix Ruiz, el representante chileno, dijo entonces: “Los ordenamientos jurídicos y constitucionales de todos los Países de América Latina miembros del Banco [Mundial] ofrecen al inversionista extranjero en la actualidad los mismos derechos y protección que a sus propios nacionales; prohíben la confiscación y la discriminación y exigen que cualquier expropiación por motivos justificables de interés público vaya acompañada de una compensación justa fijada, en última instancia, por los tribunales de justicia. El nuevo sistema que se ha sugerido daría al inversionista extranjero, en virtud de su condición de extranjero, el derecho de demandar a un Estado soberano fuera de su territorio nacional, prescindiendo de los tribunales de justicia. Esta disposición es contraria a los principios jurídicos aceptados en nuestros países y, de facto, conferiría un privilegio al inversionista extranjero, colocando a los nacionales del país en cuestión en una posición de inferioridad”<sup>115</sup>.

En América Latina en particular, muchas de las críticas al sistema SCIE y al CIADI, abogan porque todos los casos de controversias entre inversionistas y Estados, deberían ser resueltas en el ámbito nacional. Es sin duda una crítica basada en la conocida Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en 1868, que rechazaba cualquier tipo de derechos especiales y trato preferencial a los inversionistas extranjeros por encima de los ciudadanos de los países que los acogen. Es decir, cualquier demanda o disputa entre una empresa y un estado, debe ser resuelta primero en los tribunales locales y bajo las leyes nacionales. De ninguna manera una empresa, según esta doctrina, podría ser sujeta de privilegios y concesiones de esta naturaleza<sup>116</sup>.

## **VII. Conclusiones**

Por todos los argumentos desarrollados en los acápite anteriores y la amplia evidencia de casos de demandas de inversores-extranjeros, que cuestionan las regulaciones y decisiones judiciales y de política pública que Estados soberanos toman en favor de los derechos humanos y del ambiente, concluimos que el sistema internacional de protección de inversiones, el mecanismo SCIE y los tribunales como el CIADI, son una amenaza para los esfuerzos de los gobiernos, los sistemas de justicia, los pueblos indígenas, las comunidades y organizaciones de la sociedad civil que buscan proteger sus derechos humanos, derechos indígenas, el ambiente y la vida misma.

A pesar de que muchas comunidades – como es el caso de las comunidades que defienden el Arroyo Bruno en La Guajira – han logrado que las instituciones estatales nacionales – como la Corte Constitucional en Colombia y la Sentencia SU-698 de 2017 – tomen medidas para proteger sus territorios y su agua, las empresas extranjeras recurren de forma perversa

---

<sup>114</sup> Canadian Centre for Policy Alternatives, “NAFTA investor lawsuits cost Canada more than \$376 million and remain a threat: report”, 15 de abril de 2021; <https://policyalternatives.ca/newsroom/news-releases/nafta-investor-lawsuits-cost-canada-more-376-million-and-remain-threat-report>

<sup>115</sup> Robin Broad, 25 de marzo de 2015.

<sup>116</sup> Sarah Anderson & Manuel Pérez-Rocha, “Mining for Profits in International Tribunals: Lessons for the Trans-Pacific Partnership”, Abril de 2013; <https://ips-dc.org/wp-content/uploads/2013/05/Mining-for-Profits-2013-ENGLISH.pdf>

al régimen de protección de la inversión extranjera y al mecanismo SCIE para demandar a gobiernos en tribunales supranacionales privados, saltándose las leyes y sistemas de justicia nacionales, cuestionando las decisiones en materia social y ambiental que han sido tomadas por instituciones soberanas en favor del interés común.

Por situaciones como el caso de Colombia y la demanda SCIE en el CIADI por el desarrollo del tajo La Puente, el régimen de protección de la inversión extranjera en general y el mecanismo de SCIE en particular, están siendo muy cuestionados a nivel global. Esto se debe, como hemos destacado, a que brindan excesivas y exclusivas protecciones a las empresas e inversores extranjeros. Este régimen les da el poder de cuestionar y vetar la normativa legal vigente, las luchas en defensa de los derechos de los pueblos afectados por sus inversiones, las regulaciones públicas en áreas sensibles, y hasta las decisiones que toman los órganos de justicia como la Corte Constitucional de Colombia, en el marco de sus atribuciones constitucionales. Es pues, un poder que incluso sobrepasa en muchos casos las Constituciones de los países. En síntesis, la aplicación del mecanismo SCIE ha revelado, de forma evidente, una serie de efectos negativos y limitaciones a luchas justas de los pueblos indígenas y demás comunidades afectadas, y a los países soberanos para la implementación de decisiones judiciales y políticas públicas en temas de interés común, relacionados a la protección del medio ambiente, del agua y de los pueblos Indígenas y poblaciones afectadas.

Consideramos que las organizaciones sociales, el pueblo indígena Wayúu y las comunidades afrodescendientes en La Guajira, que han luchado durante años para visibilizar y revertir los impactos de la minería de carbón en sus territorios, vieron en la sentencia Sentencia SU-698 de 2017 emitida de forma soberana por la Corte Constitucional, un logro de su incansable lucha, aun cuando se ha denunciado de manera reiterada el estado actual de incumplimiento de esta sentencia. Este logro, se enmarca dentro de los procesos legales y el marco institucional democrático de Colombia, que deben estar por encima de cualquier interés empresarial extranjero. Por tanto, el irrespeto e incumplimiento de la Sentencia SU-698 de 2017, es, en esencia, un ataque a las instituciones y al sistema judicial colombiano. Esto queda corroborado, además, por el hecho de que Anglo American y Glencore pasaron por alto el sistema de justicia y las normas nacionales para hacer valer sus supuestos derechos. Sin embargo, cualquier controversia entre un inversionista extranjero y el Estado, debería resolverse dentro de la jurisdicción colombiana. Estas empresas, al demandar al país en tribunales supranacionales y con reglas de juego que están por encima del sistema jurídico nacional colombiano, en el fondo lo que hacen es poner en duda la integridad y las decisiones de las instituciones soberanas y democráticas del país.

Tenemos la firme convicción de que Anglo American<sup>117</sup> en su momento, y Glencore en la actualidad, han utilizado y continúan utilizando el mecanismo de SCIE y el andamiaje legal internacional provisto por los AII y el CIADI, como una forma de evadir sus responsabilidades por violaciones de los derechos de las comunidades y de chantaje hacia el estado colombiano, para que les otorguen los permisos y garantías necesarias para desarrollar el tajo minero La Puente, o, de lo contrario, les paguen una indemnización económica. Lo que buscan estas empresas es el típico efecto disuasorio, coaccionando a las instituciones colombianas para que les dejen ampliar la explotación de carbón sobre el Arroyo Bruno.

Al parecer los objetivos de Glencore y Anglo American, de doblegar al estado colombiano, rindió algunos frutos, pues comunidades indígenas y organizaciones de la sociedad civil han

---

<sup>117</sup> Si bien Anglo American retiró su demanda del CIADI, pero la de Glencore continúa vigente.

denunciado en reiteradas ocasiones y por diversos medios, el incumplimiento de las órdenes de la Sentencia SU 698 de 2017 y la parcialidad y cooptación institucional en favorecer deliberadamente a la compañía minera, inclusive después de que las empresas iniciaron sus procesos de arbitraje.

En junio de 2021, durante las semanas en que Anglo American y Glencore presentaron sus demandas de arbitraje en contra de Colombia, salió a la luz pública un comunicado que lleva por título: "Comunidades Wayuu y afro en La Guajira denunciamos impunidad en las violaciones cometidas por la destrucción del Arroyo Bruno y anunciamos que no seguiremos haciendo parte de espacios que burlan nuestros derechos"<sup>118</sup>. En este comunicado, las organizaciones exigen el cumplimiento de la sentencia SU-698 2017, y se proceda a la "devolución de las aguas del arroyo hacia su cauce natural, conforme los lineamientos dados por la Corte Constitucional sobre el principio de precaución y preservación de la integridad ambiental del Arroyo Bruno". Las comunidades, entonces, acusaban a la empresa y al gobierno de destruir lentamente el cauce natural del Arroyo Bruno e incumplir la Sentencia Constitucional SU-698 de 2017. Además, en dicho comunicado, se denunciaba la falta de garantías, debido a que es el mismo gobierno que declara que la expansión y explotación del tajío La Puente es un Proyecto de "Interés Nacional Estratégico".

Casi un año después, en abril de 2022, en un nuevo comunicado titulado "Alerta urgente: Gobierno avala la destrucción del arroyo Bruno"<sup>119</sup>, las comunidades y organizaciones nacionales de Colombia, denunciaron nuevamente que instituciones del gobierno decidieron avalar la destrucción del cauce natural del Arroyo Bruno, a través de un estudio amañado en el que impera el criterio de la empresa y no contempla la participación de las comunidades Wayúu, que determina mantener desviado el Arroyo Bruno. Según la denuncia, se busca abrir el camino a la empresa para dinamitar el ecosistema de un tramo del cauce natural del arroyo con el objetivo de expandir la explotación de carbón.

Esto es evidencia, sin duda, de que estas demandas supranacionales – incluso la que recientemente retiró Anglo American – pudieron cumplir su función disuasoria de los procesos de arbitraje supranacional, es decir, presionar de forma exitosa a las autoridades colombianas para actuar según el interés de las empresas en lugar de acatar a la decisión de la Corte Constitucional. Dejar pasar esto, sería sin duda un antecedente nefasto para la observancia de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia y para la lucha que las comunidades indígenas emprenden por sus derechos. Por eso, consideramos importante que la Corte Constitucional continúe su trabajo de verificación como regularmente lo lleva a cabo, del cumplimiento de las órdenes con seriedad rigurosidad por la integridad de la Constitución y el más alto respeto por los derechos del pueblo indígena Wayúu.

Finalmente, consideramos que es necesario emprender un proceso de revisión, renegociación y denuncia de todos los Acuerdos Internacionales de Inversión. Esto es urgente, ya que en estos tratados y acuerdos es, en donde en última instancia, radica el poder que tienen las empresas e inversores extranjeros para demandar a los países

---

<sup>118</sup> Prensa CAJAR, "Comunidades Wayuu y afro en La Guajira denunciamos impunidad en las violaciones cometidas por la destrucción del arroyo bruno y anunciamos que no seguiremos haciendo parte de espacios que burlan nuestros derechos", 3 de junio 2021; <https://www.colectivodeabogados.org/comunidades-wayuu-y-afro-en-la-guajira-denunciamos-impunidad-en-las-violaciones-cometidas-por-la-destruccion-del-arroyo-bruno-y-anunciamos-que-no-seguiremos-haciendo-parte-de-espacios-que-burlan-nuestros-derechos/>

<sup>119</sup> Prensa CAJAR, "Alerta urgente: Gobierno avala la destrucción del arroyo Bruno", 7 de abril de 2022;

<https://www.colectivodeabogados.org/alerta-urgente-gobierno-avala-la-destruccion-del-arroyo-bruno/>

soberanos en tribunales supranacionales, como sucede con la demanda de Glencore - y antes Anglo American - en contra de Colombia. Está demostrado, además, que estos AII no han sido factores determinantes para la atracción de inversión extranjera<sup>120</sup>, por el contrario, son camisas de fuerza para las instituciones estatales de países como Colombia.

### **VIII. Petitorio**

Por todos los argumentos presentados en este documento y las evidencias que los respaldan, las organizaciones que presentamos este *Amicus Curiae* realizamos el siguiente petitorio a la Corte Constitucional de Colombia.

- Solicitamos a la Corte Constitucional escuche el llamado del pueblo Wayúu y las comunidades afrodescendientes de La Guajira, que exigen el cumplimiento efectivo de la sentencia SU-698 del año 2017, para que en aras de la protección de sus derechos tutelados se restablezca de inmediato el cauce natural del Arroyo Bruno y se detenga el desarrollo del tajo minero La Puente. La Corte Constitucional debe hacer respetar a cabalidad dicha sentencia, como máxima autoridad y entidad judicial encargada de velar por la integridad, la democracia y la Constitución.
- Solicitamos a la Corte Constitucional exhortar a las autoridades e instituciones pertinentes del gobierno de Colombia, abstenerse de emitir un discurso y narrativa que estigmatice a las comunidades locales, como supuestos grupos que se oponen a un proyecto de interés nacional estratégico. Esto genera un clima de hostigamiento hacia las comunidades, que da paso a amenazas del que ya son víctimas muchos líderes y lideresas indígenas.
- Solicitamos a la Corte Constitucional exhortar al gobierno de Colombia iniciar una revisión integral de los AII firmados por el país, así como el Convenio del CIADI, con el fin de abandonar el CIADI y denunciar o renegociar urgentemente todos los acuerdos internacionales de inversión existentes, con el fin de eliminar el mecanismo SCIE, para así rescatar la soberanía del estado para regular en interés del ambiente y del pueblo colombiano, defender la independencia y rol del sistema judicial, y respetar la autodeterminación de los pueblos Indígenas y demás comunidades, que buscan justicia y rendición de cuentas antes los daños ambientales y violaciones de sus derechos.
- Solicitamos a la Corte Constitucional emita un exhorto al gobierno de Colombia, a no firmar nuevos AII que incluyan el mecanismo SCIE.

---

<sup>120</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, Marzo de 2018.

PRESENTADO  
POR

