
María del Pilar García Pachón / Editora

INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA AMBIENTAL

Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible
y la democracia ambiental”



MARÍA DEL PILAR
GARCÍA PACHÓN
(EDITORA)

INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA AMBIENTAL

HERRAMIENTAS PARA ALCANZAR EL DESARROLLO
SOSTENIBLE Y LA DEMOCRACIA AMBIENTAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Información, participación y justicia ambiental herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental / Luis Felipe Guzmán Jiménez [y otros] ; María del Pilar García Pachón (editora). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

729 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587904666

1. Acuerdo de Escazú – Colombia 2. Protección del medio ambiente – Colombia 3. Desarrollo sostenible – Colombia 4. Acceso a la información – Aspectos ambientales – Colombia 5. Acceso a la información – Aspectos ambientales – Colombia 6. Derecho internacional ambiental – Colombia I. García Pachón, María del Pilar, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

333.7 SCDDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

Octubre de 2020

ISBN 978-958-790-466-6

© 2020, MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN (EDITORIA)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Karina Betancur Olmos

Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

PAULA ROBLEDOSILVA*
DANIEL RIVAS-RAMÍREZ**

*Pueblos indígenas y derecho internacional de las inversiones:
alternativas para una mayor participación*

Introducción. I. Las cosmovisiones indígenas y su relación con el medio ambiente. II. La participación indígena en el ordenamiento jurídico nacional a través de la consulta previa. III. El régimen internacional de inversiones como instrumento colonialista. IV. Hacia una transformación incluyente del régimen internacional de inversiones. Conclusiones. Bibliografía

RESUMEN

Una de las características transversales de los pueblos indígenas de Colombia y la región es la relación especial que tienen con el medio ambiente y el territorio. Por ello cumplen un papel fundamental en la representación y protección de la naturaleza, y por tanto, su inclusión debe ser uno de los pilares fundamentales de la democracia y la justicia ambiental. Pese a que en el contexto nacional es frecuente ver que, al menos en términos normativos, el ordenamiento jurídico ha garantizado la participación activa de estas comunidades en las decisiones que les afectan, el panorama que afrontan ante la apertura internacional al derecho internacional de las inversiones es deplorable. El régimen internacional que regula dichas inversiones se caracteriza por ser un sistema excluyente, discriminatorio y neocolonialista que no cuenta con espacio alguno para la participación de los pueblos indígenas, descalificando sus intereses en la construcción, la implementación y la solución de controversias habidas en el marco de dicho régimen. A partir del análisis de estas características, este artículo se propone ofrecer algunas alternativas para transformar al régimen en uno mucho más incluyente que permita la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Pueblos indígenas, comunidades indígenas, Colombia, participación, derecho internacional de las inversiones, TWAIL.

* Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid (España). Docente investigadora de los departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Contacto: paula.robledo@uexternado.edu.co.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador editorial de *Latin American Law Review* de la Universidad de los Andes (Colombia) y del Centro de Investigación y Docencia Económicas (México). Contacto: danielrivasram@hotmail.com.

ABSTRACT

One of the main traits of the indigenous peoples in Colombia and Latin America is the special relationship they have with the environment and their territories. As long as they play a fundamental role in representing and protecting nature, their inclusion should be a corner stone for environmental justice and environmental democracy. Although the national legal system guarantees the indigenous peoples active participation in all the decisions that may affect their own interests, it is a completely different scenario when it comes to the national opening to the international investment law. The international regime for these type of investments is characterized for being an exclusive, discriminatory and neocolonialist system that does not provides any space for Indigenous participation; disqualifying their interests on the building, the operation and the dispute resolution on the regime. Using these characteristics as a starting point, this article intends to offer some alternatives for transforming the international investment law in a regime much more inclusive that allows the indigenous peoples effective participation.

Keywords: Indigenous peoples, participation, Colombia, International Investment Law, TWAIL.

Se estima que en el mundo hay cerca de cinco mil culturas indígenas que se encuentran distribuidas en noventa países y agrupan más de 370 millones de personas (Department of Economic and Social Affairs, 2009, 1). Con base en esos mismos datos, se calcula que América Latina reúne poco más del doce por ciento de la población indígena mundial, la cual además representa más del ocho por ciento de la población de la región (CEPAL, 2014, 98). Esto quiere decir que si se agruparan todos los pueblos indígenas de Latinoamérica, estamos hablando de más de 45 millones de indígenas, cifra muy similar a la población total colombiana para el año 2018.

Dado el volumen y la diversidad de culturas indígenas, es difícil e impreciso generalizar las características de la población indígena, pues después de todo ello conduciría una vez más a los temidos sesgos universalistas que suelen ser tan frecuentes en el campo del derecho y en el contexto latinoamericano (Acosta *et al.*, 2020). Sin embargo, dadas las características históricas y territoriales de América Latina es posible establecer al menos algunos rasgos comunes entre los diferentes pueblos indígenas que subsisten. En ese sentido, podemos destacar, como mínimo, que se trata de una porción minoritaria de la población de cada país; que en su mayoría se encuentran ubicados en zonas rurales en donde aún existe abundancia de recursos naturales y biodiversidad, en buena medida porque se encuentran alejadas de los nuevos centros de poder y “desarrollo”; y lo que es más importante para los efectos de este trabajo, tienen una relación especial con su entorno natural.

Pese a que los pueblos indígenas se encuentran en “la periferia” territorial y ello supone, por un lado, cierta garantía de aislamiento y preservación para ellos mismos; por otro, tiene implicaciones de exclusión, desprotección y olvido institucional del Estado. Al respecto, algunos sectores de la doctrina han asegurado que la indiferencia estatal con respecto a los territorios indígenas, lejos de ser un efecto colateral de la debilidad del Estado, es en realidad una decisión deliberada para fomentar el surgimiento y fortalecimiento de otro tipo de poderes *de facto* que puedan tener el control territorial (Serje, 2013). En el contexto colombiano, este tipo de “autoridades” han estado asociadas tradicionalmente a las dinámicas propias del conflicto armado y la cultura del narcotráfico, lo cual explica en buena medida la gravedad del impacto que fenómenos como el desplazamiento forzado han tenido en los pueblos indígenas.

Ahora bien, desde hace algunos años, nuevos tipos de actores han entrado al panorama del control territorial del campo colombiano, dentro de los que se encuentran los inversionistas extranjeros responsables de diferentes clases

de megaproyectos extractivos (Robledo Silva, 2020). Esta nueva dimensión del contexto social de los territorios hace parte de las consecuencias derivadas del proceso de apertura económica que el Estado colombiano ha experimentado a partir de la década de los noventa, en gran medida por la celebración y ratificación de diferentes tratados internacionales de contenido económico que promueven la liberalización del comercio y la inversión extranjera (Tole Martínez, 2018; Rivas-Ramírez, 2018b). En la práctica, esto se traduce en que las comunidades indígenas que aun habitan el campo colombiano y los territorios que históricamente les han pertenecido, ya no solo deben resistir a las amenazas e intimidaciones que ejercen los grupos armados al margen de la ley y en oportunidades el Estado, sino también las presiones que ejercen compañías trasnacionales que tienen interés en los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

En medio de esta pugna por el control territorial, el papel que ocupan los pueblos indígenas es doble en la medida en que representan sus intereses colectivos, pero también ejercen activamente una defensa de la naturaleza. Pese a la importancia que tiene esa protección del medio ambiente que realizan las comunidades indígenas, los obstáculos para su ejercicio son múltiples; y cada vez aumentan más. En ese sentido, y a raíz de la aparición de los nuevos actores económicos que hemos referido, ya no solo tienen que afrontar la violencia física y los amedrentamientos que han padecido históricamente por los grupos al margen de la ley, sino que tienen que lidiar también con nuevas barreras normativas y económicas como lo son los complejos sistemas interordinamentales que protegen la inversión extranjera. En otras palabras, ya no solo basta con tener que luchar por su inclusión y representación ante la sociedad mayoritaria y sus centros nacionales del poder, sino que también tienen que penetrar en nuevos esquemas de negociación y litigio trasnacional e internacional.

A partir de ese contexto, este capítulo tiene por objeto evidenciar cuáles son esos nuevos escenarios que los pueblos indígenas tienen que afrontar para proteger y defender sus intereses y al medio ambiente. En concreto, pretendemos mostrar cómo tienen que enfrentarse a un complejo sistema normativo que tiene efectos nacionales e internacionales y el cual, en todo caso, es intencionalmente excluyente y discriminatorio para blindar los intereses económicos de los inversionistas extranjeros. Así las cosas, este documento se divide en cuatro partes. En primer lugar, se analiza la relación que existe entre los pueblos indígenas y el medio ambiente. Después se presenta el esquema tradicional nacional que “protege” a las comunidades indígenas y garantiza su participación en las decisiones y los proyectos que les afectan. En tercer lugar, se analiza la estructura y el funcionamiento del régimen internacional de las inversiones para mostrar cómo se caracteriza por ejercer una violencia sistémica contra los pueblos indígenas que

les excluye y silencia. Finalmente, ofrecemos algunas alternativas para empezar a transformar dicho sistema internacional de las inversiones, de tal manera que sea más incluyente al permitir la participación de las comunidades indígenas en sus diferentes etapas.

I. LAS COSMOVISIONES INDÍGENAS Y SU RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE

Como hemos dicho, es difícil generalizar cuando de los pueblos indígenas y originarios latinoamericanos se trata. Sin embargo, al igual que ocurre cuando se habla de identidad regional, es posible identificar al menos unos rasgos comunes que permiten la caracterización de estas comunidades. En ese sentido, en el contexto latinoamericano es posible establecer al menos una serie de elementos que se encuentran presentes en la mayoría de las comunidades indígenas. Así las cosas, podemos reconocer que en su gran mayoría se trata de culturas prehispánicas que existían antes de la llegada de los españoles; que, en ese sentido, cuentan con una larga y compleja historia cultural; que son sobrevivientes de los complejos procesos de colonización occidental que ha vivido y continúa experimentando la región; y que, en definitiva, cuentan con una forma sustancialmente diferente de entender el universo en el que habitamos y nuestras relaciones ambientales, sociales, económicas, culturales y espirituales. En pocas palabras, los pueblos indígenas de América Latina se asemejan por la diversidad que representan ante la sociedad mayoritaria, diversidad que se materializa en su(s) historia(s) y en su cosmovisión (Florescano, 2000).

También es posible asemejar a los diferentes pueblos indígenas del continente en razón del papel que desempeñan dentro de la sociedad mayoritaria. En ese sentido, a raíz de la diversidad que representan y su tradicional exclusión social e institucional que han padecido a lo largo de la historia, representan también una figura de resistencia social, política y jurídica (Álvez Marín y Becker Lorca, 2017, 23; Walsh, 2007, 47). En concreto, se trata de un símbolo de resistencia frente a la dominación, la opresión, el despojo y el racismo propios de las sociedades poscoloniales en las que vivimos (Smeke de Zonana, 2000). Sin embargo, la similitud que existe entre los pueblos indígenas latinoamericanos que más nos interesa es la que tiene que ver con la parte de sus cosmovisiones que les otorga una especial relación con la naturaleza, el territorio y el medio ambiente (Grünberg, 2003).

A grandes rasgos, el punto de partida de las cosmovisiones indígenas tiene que ver con el hecho de reconocer que son varias las identidades que componen a la naturaleza y que por tanto tienen vidas que deben ser respetadas, tanto como

las de los seres humanos. Esto supone reconocer y valorar la relación inescindible que hay entre el colectivo humano, su entorno y el cosmos; es decir, la interdependencia que existe entre la raza humana, el medio ambiente y el universo en general (Barrientos Aragón, 2011). En suma, las cosmovisiones indígenas reconocen y operan a través de un modelo de vida holístico, basado en la relacionalidad, la complementariedad, el equilibrio y la reciprocidad (Llasag Fernández, 2009). En palabras de Bonilla Maldonado, el universo funge como unidad y todas las partes que lo integran se relacionan entre sí, de manera armónica, recíproca y complementaria para que las acciones de unas sean correspondidas por las de las otras; es decir, para que operen a través de un vínculo de equilibrio en donde *recibir* suponga *dar* (Bonilla Maldonado, 2019, 17).

Es frecuente encontrar que las comunidades indígenas tienen una relación más allá de lo terrenal con lo que nosotros conocemos como la naturaleza y el medio ambiente. En realidad, es a través de esta relación ecológica y espiritual como las comunidades indígenas reconocen el *pluriverso* de seres orgánicos e inorgánicos que integran su escenario “social” (Bacca, 2019b, 143). La mayoría de estas culturas suele asociar los diferentes elementos del entorno natural con su espiritualidad, incluyéndolas dentro de su cosmogonía (la forma de entender el origen y el desenlace del universo), su cosmografía (la división y la composición del cosmos) y su cosmología (el equilibrio del universo). Es así como a lo largo y ancho de los diferentes pueblos indígenas de la región encontramos diferentes encarnaciones y representaciones del Sol, de la Luna, de algunos tubérculos, del tabaco, del maíz y de la naturaleza en general, como deidades. De allí que de acuerdo con la cosmogonía de cada una de las culturas indígenas se atribuya a algunos de esos dioses la creación del universo. Así por ejemplo, en la cultura chamula de México el universo fue creado por el dios Sol (Florescano, 16); en la comunidad tuyuca del norte de Brasil la familia del trueno organizó el universo para ser habitado (Dos Santos, 2011, 31); en el pueblo mapuche de Chile el universo se pobló a través de encarnaciones a partir y en la naturaleza como el agua, el aire y las estrellas (Villagrán y Videla, 2018); en la cultura arhuaca del norte de Colombia, la ley del origen está relacionada con el orden establecido en la naturaleza (De la Hoz Milinares, Pacheco Fernández y Trujillo Varilla, 2016, 44); y en el pueblo wayúu las deidades están representadas por fenómenos naturales como las tormentas y la lluvia, y la conjunción de formas animales y humanas dio lugar a las costumbres, las leyes y las relaciones de dicho pueblo (Sánchez, 2005).

En relación con los territorios indígenas, estas cosmovisiones suponen que las comunidades que los habitan y los ocupan encuentran en ellos algo mucho más complejo que un simple espacio geográfico. En realidad, corresponden a

espacios en donde se reúnen los humanos, la naturaleza y sus recursos, el agua, los animales y las plantas. Constituyen así una parte integral de su identidad cultural y espiritual, al reconocer que ellos hacen parte de ese territorio, así como también él hace parte de ellos; y que él recoge y agrupa su historia, su memoria y su pasado (2011)¹. En otras palabras, el territorio es un presupuesto esencial de la identidad indígena (Ramírez, 2017, 16). De allí que emerja un tipo de relación diferente a la que la sociedad occidental y mayoritaria tiene con su entorno y que explica el porqué de la racionalidad diferente en cuanto a la utilización y destinación de los recursos naturales y la tierra, discurso que generalmente implica una oposición filosófica entre las cosmovisiones indígenas y la explotación de dichos recursos. Por lo anterior, en el contexto de las cosmovisiones indígenas el centro del universo no es propiamente el ser humano. Por el contrario, en virtud de la relación espiritual e identitaria, el centro del universo indígena es la naturaleza.

Un buen ejemplo que sirve para explicar esta racionalidad en términos occidentales es el del *buen vivir* y las constituciones de Bolivia y Ecuador. Ambos textos normativos, que sirven como norma fundamental de los ordenamientos nacionales de estos países acogen dos principios fundamentales que hacen de ellos sistemas normativos *sui generis* frente al reconocimiento de los pueblos indígenas, al construir un modelo híbrido de Estado a partir de la lógica dominante y las cosmovisiones indígenas. Se trata de los principios de la plurinacionalidad, la interculturalidad y del *buen vivir*. Los primeros dos implican la diversidad cultural, la igualdad intercultural entre los pueblos indígenas y la sociedad dominante y acogen como cláusula general de articulación intercultural el diálogo a partir de la diferencia (Bonilla Maldonado, 9). En esencia, la plurinacionalidad supone reconocer una forma plural de nación y cultura en donde coexisten más de una en un mismo Estado, en particular en lo que se refiere a la comunidad política (10). Por otra parte, el principio del *buen vivir* reconoce, con base en las cosmovisiones indígenas, a la naturaleza (o a la Pacha Mama) como un ser vivo titular de derechos. Este principio tiene importantes implicaciones normativas y prácticas, dentro de las que se destacan, en el caso ecuatoriano: la consagración de derechos propios como el derecho a la vida o a la restauración de los ciclos vitales; la obligación de respeto de los procesos y estructuras que componen a este sujeto y el deber de protección y defensa;

1 Es importante aclarar que las nociones de *historia* y *pasado* no son sinónimos, ni en la filosofía indígena ni en la historiografía. Para ver un ejemplo sobre el segundo escenario véase, entre otros: ORFORD, 2016.

y en el caso boliviano: la consagración de un principio rector transversal de todo el ordenamiento jurídico que reconoce a la naturaleza como un ser vivo y como fuente de vida; que debe ser protegido y defendido, pese a no ser titular de derechos subjetivos propios, como en el caso ecuatoriano (13).

A partir de lo anterior es posible concluir que los pueblos indígenas cumplen un papel ecológico en virtud de su historia, su cosmovisión y su espiritualidad. En la medida en que la naturaleza y el medio ambiente ocupan un lugar vital dentro de su universo, la protección y defensa de este se hace una prioridad en lo que respecta a su relación e interacción con la sociedad dominante u occidental. Esto se traduce en que los pueblos indígenas por lo general se organizan y viven bajo las nociones del respeto por la naturaleza, del acceso social equilibrado a los recursos que ella provee y la responsabilidad ambiental o natural hacia el futuro; inspirándose en valoraciones extrasensoriales que están ligadas a la espiritualidad y al mundo natural; lo que algunos, desde una perspectiva occidental, han denominado el *etno-ecodesarrollo* (Monje Carvajal, 2015). En otras palabras, los pueblos indígenas, en razón de su forma de ver y relacionarse con el mundo, tienen como prioridad, la defensa y protección de la naturaleza y el medio ambiente.

A diferencia de lo que ocurre en los casos boliviano y ecuatoriano, el contexto latinoamericano en general, y el colombiano en particular, son bastante diferentes en lo que respecta al reconocimiento efectivo de la plurinacionalidad e interculturalidad en el país. Uno de los rasgos comunes de los Estados latinoamericanos es que pese a la aparición de un nuevo constitucionalismo latinoamericano que reconoce los derechos de los pueblos indígenas (Gargarella, 2018), aún cuenta con importantes elementos neoliberales que privilegian intereses económicos frente a los de los derechos de los pueblos indígenas y la naturaleza (Álvarez Marín, 2016; Robledo Silva & Rivas-Ramírez, 2019). En esa misma medida, solo apenas hace unos años, a través del razonamiento heterodoxo de los jueces nacionales colombianos, inspirándose y valiéndose en cierta medida de las cosmovisiones indígenas, se han empezado a “otorgar” derechos a la naturaleza (Acosta Alvarado y Rivas-Ramírez, 2018); sin embargo, se trata de casos aislados que aún están lejos de constituir una inclusión del pensamiento indígena respecto a la Madre Tierra en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo pronto, la Constitución prevé algunas disposiciones que abren espacios para la participación de los pueblos indígenas en el marco del sistema institucional y normativo de la sociedad dominante, tal y como lo veremos a continuación.

II. LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL A TRAVÉS DE LA CONSULTA PREVIA

Como ya lo hemos señalado, la región Andina y Colombia en particular se han caracterizado históricamente por sus raíces indígenas y por la persistencia de pueblos originarios en el territorio. Tan solo en Colombia se estima que existen 115 pueblos indígenas, cuya población indígena se compone hoy por cerca de dos millones de personas, es decir, casi el 4% de la población nacional (Dane, 2019); una cifra que ha venido incrementando con el paso de los años, hasta el punto en que en el periodo comprendido entre los años 2005 y el 2018 este sector de la población creció en el 36,8% (Dane, 2019). No obstante lo anterior, hemos de anotar que la precisión de dichos registros suele ser cuestionada en la medida en que existen varias zonas del país a las que el Dane no llegó ya fuese por la impenetrabilidad del territorio o por el grado de aislamiento de algunas comunidades indígenas².

Esta diversidad étnica y cultural ha estado presente en nuestro territorio incluso antes de que apareciera el Estado moderno. Sin embargo, con la llegada de los españoles se empezó un proceso de colonización que condujo al genocidio, la esclavitud y la discriminación de los indígenas. En ese sentido, la nueva sociedad mayoritaria que se gestó en todo el continente latinoamericano adoptó la fórmula de la barbarie como clave para comprender y tratar a los miembros de los pueblos originarios del territorio. En realidad, esta fórmula fue constante en todo el pensamiento español de la época al ver que sirvió para justificar tanto la conquista como la intervención española en el territorio americano; incluso los sectores más liberales del pensamiento de la época, como el de Soto y el de Vitoria promovían la cuestión civilizatoria de los indígenas (Koskenniemi, 2016, 144-145). Dicha fórmula sirvió también como fundamento para promover la evangelización de la población indígena, lo cual conduciría a la paulatina desaparición de las costumbres de algunos pueblos indígenas y con ello a la pérdida de su cosmovisión originaria.

Estas dinámicas sociales y jurídicas propias de la colonia y la sociedad criolla se convirtieron en vértebras de la sociedad actual, hasta el punto de servir, en buena medida, como punto de partida para el republicanismo y la evolución al Estado contemporáneo (Robledo Silva, 2020). En realidad, no fue sino hasta 1824 cuando

2 Es importante señalar que para los efectos de este documento, tratamos de manera indistinta los términos *pueblos indígenas* y *comunidades indígenas*; sin embargo, somos conscientes que la forma más indicada para referirse a ellos es la primera, toda vez que reconoce su real entidad y su autodeterminación.

empezaron a aparecer esfuerzos normativos que protegieran, en el contexto de la nueva sociedad mayoritaria, a las comunidades indígenas; iniciativas que en todo caso se verían truncadas con la promulgación de la Constitución de 1886. Prueba de ello fue que pocos años después se expidió la Ley 89 de 1890, por medio de la cual se establecía una regulación “blanca” y excluyente sobre cómo *gobernar a los salvajes* para reducirse a la *vida civilizada*; una iniciativa que retornaba a los ideales y principios de la colonia, a través de los cuales se asumía una posición de superioridad dogmática y racial por parte de la sociedad mayoritaria.

En ese sentido, el verdadero reconocimiento y la protección jurídica del pluralismo étnico en el contexto del Estado colombiano solo comenzaron a ocurrir bien entrado el siglo XX, cuando con los decretos 88 y 1142 de 1978 se empezó a promover el bilingüismo y la biculturalidad de los pueblos indígenas. Sin embargo, no fue sino hasta 1991 cuando con la nueva Constitución Política del país se reconoció como principio medular del ordenamiento constitucional el pluralismo étnico y la diversidad cultural (Robledo Silva, 2019; art. 7). Este texto constitucional no solo reconoce de manera explícita dicho principio, sino que además prevé una serie de disposiciones con las que pretende afianzarlo dentro del ordenamiento y de la sociedad.

Dentro de las garantías más importantes que ofrece el texto constitucional para los pueblos indígenas está la protección de riquezas culturales de la nación (art. 8), el reconocimiento de las lenguas y dialectos indígenas como lenguas oficiales (art. 10); la libertad e igualdad de todas las personas (art. 13); la libertad de cultos (art. 19); la creación de la circunscripción especial indígena (art. 171), de la jurisdicción especial indígena (art. 246), la autonomía territorial a través de las Entidades Territoriales Indígenas y sus respectivos derechos (arts. 286, 287 y 329) y la noción de *autogobierno* y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (art. 330). Sin embargo, estas no pueden ser entendidas de manera aislada, sino que, por el contrario, deben ser leídas en clave de los principios y valores transversales que constituyen los pilares fundamentales del Estado social de Derecho colombiano. Es así como deben ser interpretadas de manera sistemática con la naturaleza democrática, participativa y pluralista de la República de Colombia (art. 1) y la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que les afectan como un fin esencial del Estado (art. 2).

En desarrollo de estas disposiciones y garantías, el Congreso de la República y el Gobierno nacional han expedido cerca de treinta normas que intentan materializarlas en los diferentes campos que tienen relación con las comunidades indígenas. Es así como casi tres décadas después de la expedición de la Constitución se cuenta, entre otras, con reglamentaciones sobre las lenguas indígenas (Ley 1381 de 2010), las asociaciones de Cabildos o autoridades tradicionales

indígenas (Decreto 1088 de 1993), la atención educativa para las comunidades étnicas (Decreto 804 de 1995), la titulación y el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas (Decreto 2164 de 1995) y la constitución (provisional) de Entidades Territoriales Indígenas (Decreto 1953 de 2014).

Sumado a lo anterior, reconocer el derecho a la consulta previa ha sido especialmente importante para efectos de materializar los valores democráticos y participativos de nuestra Constitución en lo que tiene que ver con los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Así las cosas, dentro del ordenamiento jurídico colombiano cobran especial relevancia dos instrumentos normativos: la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales y el Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reguló el ejercicio del derecho a la consulta previa, los cuales además han sido complementados por la jurisprudencia constitucional. En todo caso, no podemos dejar de señalar que con anterioridad a este decreto ya se habían proferido algunas normas que de una u otra manera hacían referencia a la importancia de la opinión y el conocimiento de las comunidades indígenas, como es el caso de la Ley 99 de 1993 y la Ley 165 de 1994.

Por su parte, la Ley 21 de 1991 aprueba el Convenio 169 de la OIT y con ello integra al bloque de constitucionalidad una serie de obligaciones estatales frente a las comunidades indígenas. Dentro de estos compromisos internacionales que se integran de manera definitiva e indubitable al sistema jurídico colombiano se encuentran³, en esencia, la adopción de medidas para salvaguardar a los pueblos indígenas (art. 4), el reconocimiento de sus valores y prácticas sociales, culturales y espirituales (art. 5), la consulta previa respecto a cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectarlos directamente (art. 6), el derecho a decidir sus propias prioridades frente a su desarrollo (art. 7), la valoración del derecho propio de las comunidades indígenas al aplicar el derecho nacional (art. 8), el respeto de la importancia que tiene la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios (art. 13) y el derecho de propiedad y de posesión territorial de dichos pueblos (art. 14). Como se puede ver, estas obligaciones internacionales que tienen efectos en el contexto nacional se ajustan y corresponden a los principios,

3 Al respecto es importante recordar que la doctrina discute los efectos del derecho internacional dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales al defender diferentes modelos teóricos como lo son el monismo, el dualismo, o en el caso colombiano, el monismo moderado. Sin embargo, en casos como este, en el que los tratados versan sobre derechos humanos, prácticamente desaparece dicha discusión en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad. Sobre esta discusión teórica, la cual es relevante para los efectos de lo que se analizará en los apartados III y IV, se puede consultar, entre otros, ACOSTA ALVARADO, P. A., 2016; y ACOSTA ALVARADO, P. A. & HUERTAS CÁRDENAS, J. E., 2017.

valores y fines esenciales consagrados en la Constitución de 1991 al perseguir las garantías del pluralismo, la igualdad material y la participación ciudadana.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples oportunidades aclarando la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa y la especial importancia que ella reviste en los contextos nacionales e internacionales. A partir de la aplicación del método censitario *stricto sensu* (Fuentes Contreras, 2010), se encuentra un total de 767 providencias que abordan la cuestión de la consulta previa. Dentro de ellas vale la pena resaltar algunas sentencias hito, como la sentencia SU-039 de 1997, a través de la cual se señalaron los parámetros mínimos para la realización de una consulta previa válida y la cual sentaría las bases sustanciales para la expedición del Decreto 1320 de 1998.

Es así como este decreto definió el objeto de la consulta previa como un mecanismo para analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que la explotación de recursos naturales puede suponer para las comunidades indígenas y negras del país, cuando dicha explotación sea realizada dentro de su territorio (art. 1). Para dichos efectos, el decreto estableció el procedimiento para la consulta previa en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, frente a documentos de evaluación y manejo ambiental y respecto de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables. Sin embargo, el decreto limitó el ejercicio de la consulta previa respecto de dos elementos: por un lado, al tipo de medidas que podrían afectar los intereses de las comunidades indígenas al reducirlas solo a la explotación de recursos naturales; y, por el otro, al espectro físico dentro del que podría generarse la eventual afectación de sus intereses, al elevar la consulta solo respecto de los proyectos extractivos que fuesen a tener lugar en el territorio declarado resguardo, reserva indígena o propiedad colectiva de comunidades negras, o en su defecto, que estuviesen habitados por dichas comunidades; con ese fin, habilitó al Ministerio del Interior para certificar la presencia de comunidades indígenas.

En atención a las características fácticas sobre las que versa el decreto y la forma en la que este fue expedido (omitiendo realizar una consulta previa al respecto), la Corte Constitucional ha reconocido que a través de su jurisprudencia le ha restado eficacia al ordenar su inaplicación y al establecer criterios de procedibilidad mucho más amplios (Corte Constitucional, T-547 del 2010, 4.2.2). Lo anterior es resultado de la interpretación sistemática e integradora de la Constitución nacional, al reconocer como fundamentos normativos y sustanciales de la consulta previa no solo los artículos 1, 2, 7, 70 y 330 del texto constitucional, sino también las obligaciones internacionales contenidas en el Convenio 169 de la OIT, la CADH, el PIDCP, e incluso la CIEFDR, la Declaración Universal de las Naciones Unidas

sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Recomendación General 23 de 1997 del Comité de la CIEFDR (Corte Constitucional, SU-123 del 2018, 5.2-5.4).

Es así como la Corte Constitucional ha señalado que la consulta previa tiene por objeto intentar alcanzar un acuerdo del Estado con las comunidades indígenas sobre las medidas que les afectan directamente y que se debe realizar respecto de cualquier medida, sea legislativa o administrativa, que pueda llegar a afectar sus intereses (6.2). También ha establecido que la consulta previa debe estar orientada por la buena fe; garantizar la participación activa y efectiva de los miembros de la comunidad indígena; realizarse como un diálogo intercultural en condiciones de igualdad; y debe ser flexible para adaptarse a las necesidades propias de cada asunto que se consulta (6.2-6.4), de tal manera que el proceso de consulta se realice en concordancia con los principios y valores constitucionales.

En relación con la “afectación directa”, la Corte ha señalado que pese a ser una categoría jurídica indeterminada, se entiende, en virtud de la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional, como cualquier impacto (sea positivo o negativo) que una medida determinada pueda tener en las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que sirven como pilar de la cohesión social de un determinado pueblo indígena. A modo de ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado que dicha afectación puede ocurrir cuando haya perturbación de las estructuras sociales, espirituales, de salud u ocupacionales; haya un impacto en las fuentes de sustento de las comunidades; impida el ejercicio de las actividades que permiten dicho sustento; suponga el reasentamiento de la comunidad; afecte los derechos de la comunidad o de sus individuos; se impongan nuevas cargas o se modifique su situación jurídica; y cuando interfiera con los elementos que definen la identidad o la cultura de la comunidad indígena en cuestión (7.3).

También vale la pena destacar que el juez constitucional ha hecho hincapié en que una de las afectaciones directas más claras y en donde por ningún motivo puede omitirse la consulta previa de las comunidades indígenas es la que tiene que ver con el territorio. De esta manera, descartando lo propuesto por el decreto, la Corte establece que siempre que una medida (sea legislativa, administrativa o incluso un plan o proyecto) afecte, ya sea el territorio geográfico legalmente titulado, o el territorio amplio que la comunidad ha ocupado y en donde ha desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales, deberá ser consultada dicha comunidad indígena (8.7).

En suma, el juez constitucional ha entendido a la consulta previa como el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas respecto de una medida que les puede afectar y en particular respecto a proyectos extractivos que vayan a ocurrir dentro de su territorio (Corte Constitucional, T-129 del 2011). Sin embargo, ha aclarado que en virtud de su naturaleza dialógica y su

relación con el principio de igualdad la consulta previa no puede ser entendida como un derecho de veto de las comunidades indígenas, ni como un derecho de imposición con el que cuenta el Estado para justificar cualquier decisión (SU-123 del 2018, 6.3).

Como se puede ver, la consulta previa constituye una clara herramienta con la que desde el derecho constitucional y el derecho internacional se ha dotado al ordenamiento jurídico para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Pese a lo anterior, su desarrollo se ha dado, principalmente, gracias a la comunidad internacional y a la Corte Constitucional, en la medida en que se han encargado de asegurar la amplitud de la figura, garantizando la participación de las comunidades indígenas en todas las decisiones que les afectan en términos sociales, ambientales, económicos, culturales y espirituales, con independencia de su situación jurídica o la titulación formal de su territorio.

Ahora bien, pese a las buenas intenciones que la Corte Constitucional ha tenido en relación con la garantía de la consulta previa, su aplicación y efectividad práctica aún se discuten en la medida en que en el escenario nacional no constituye la regla general, sino, por el contrario, una excepción. Al respecto, diferentes académicos han resaltado también los problemas teóricos y prácticos de la consulta previa. Así, por ejemplo, hay quienes señalan que a pesar de su origen en el discurso de los derechos humanos, la consulta previa se enmarca en la racionalidad occidental y en el pensamiento liberal que reproduce el legado colonial, obstaculizando el uso efectivo de la consulta previa como una herramienta emancipadora o descolonizadora de las decisiones del Estado (Sierra Camargo, 2017). En ese mismo sentido, hay otro sector que reconoce la forma en la que el Estado y los diferentes *stakeholders* han aprendido a utilizar la consulta previa a su favor, hasta el punto de sumergirla en supuestos de corrupción (Robledo Silva y Rivas-Ramírez, 2019), tal y como quedó visto en la sentencia T-384A del 2014. Finalmente, cabe señalar que la academia también ha mostrado cómo la consulta previa es relativa y cómo pese al inconformismo y la oposición de las comunidades indígenas, el Estado termina tomando decisiones que les afectan de manera sustancial y cuya reparación es prácticamente imposible (Arias Restrepo, Ávila Escobar, Toledo Romero, Torres Ariza y Escobar Arango, 2018).

En conclusión, la participación de los pueblos indígenas en la sociedad en general y en la toma de las decisiones que les afectan está garantizada, formalmente, por la Constitución a través de las máximas pluralistas, democráticas y participativas que en ella se reflejan. Como lo hemos visto, son varias las disposiciones de rango constitucional que pretenden dar a las comunidades indígenas el lugar que se merecen dentro de la sociedad y del poder; garantizando su participación tanto en el máximo órgano democrático (el Congreso de la República),

como en todas las decisiones de carácter legislativo o administrativo que puedan llegar a afectar sus intereses. Estas figuras e instituciones han sido defendidas y desarrolladas en gran medida, por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, y en razón de ello deben ser tenidas como obligatorias, con independencia de las voluntades políticas o económicas que puedan estar en juego. Desde luego, las críticas y los problemas que han sido identificados en la práctica y por la academia, son cuestiones que deben ser resueltas y que, con mayor razón, deben ser utilizadas como punto de partida para los futuros ejercicios de la consulta previa y de la garantía participativa de los pueblos indígenas.

Como parte de esas iniciativas que deben realizarse para contribuir a afianzar mejor el sistema de participación de las comunidades indígenas en la construcción y el funcionamiento del sistema mayoritario dominante, es necesario empezar a pensar en los diferentes escenarios que más les afectan. Como hemos visto, el panorama que enfrentan los pueblos indígenas no es fácil, en particular si se considera que su participación en todas las decisiones que les afectan en el contexto nacional aún no está plenamente garantizada en la práctica. Sin embargo, ello no ha impedido que a partir de las políticas económicas de apertura internacional que rigen al Estado se fomenten y promuevan nuevos escenarios en los que se pongan en riesgo los intereses y los derechos de este sector de la población (Robledo Silva & Rivas-Ramírez).

En concreto, hacemos referencia a las complicaciones que supone la apertura nacional al capital extranjero que se ha desarrollado en paralelo al reconocimiento del pluralismo y la interculturalidad en Colombia. En ese sentido, creemos que es importante reconocer y analizar los elementos problemáticos que trae consigo la inversión extranjera y el Derecho Internacional de las Inversiones (DII), para poder comprender cómo ello afecta a las comunidades indígenas y desde allí poder avanzar hacia la construcción de escenarios participativos que les permitan a los pueblos indígenas hacer frente a estas nuevas dinámicas económicas, doblemente ajenas a su realidad y a sus intereses.

III. EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE INVERSIONES COMO INSTRUMENTO COLONIALISTA

El origen del sistema o régimen internacional de las inversiones suele ubicarse entre los años de 1959 y 1965, con la celebración de primer tratado bilateral de inversiones que tuvo lugar entre Alemania y Pakistán y la firma del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Bray, 2018, 103). Ese primer tratado bilateral, pese a

estar lejos de ser el primer acuerdo internacional que versara sobre la inversión extranjera, constituyó un punto de inflexión al experimentar, a partir de la relación entre un país *desarrollado* y un país del *Tercer Mundo* una nueva fórmula para (oficialmente) promover el desarrollo a través de la atracción de capital extranjero. Esta nueva propuesta se caracterizó en términos generales por estructurar un complejo sistema de concesiones, beneficios y garantías para los inversionistas extranjeros que decidieran llevar su capital al otro país. Dentro de estas garantías se encontraban la prohibición de un trato discriminatorio, el trato nacional, la nación más favorecida, la protección y seguridad en el territorio nacional, la prohibición de expropiación, la transferencia de capital y el sometimiento de las diferencias derivadas de la interpretación y aplicación del tratado a la Corte Internacional de Justicia (Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 1959).

Sin embargo, también es importante recordar que este tipo de tratados surgió como una respuesta de los países *desarrollados* a través del cual podrían proteger sus intereses económicos ante un nuevo fenómeno de descolonización en África y Medio Oriente (Miles, 2013) y que en buena medida fueron una expansión de las reglas tradicionales europeas que contenían los tratados de navegación y amistad (Miles, 2010, 10). Después de todo, ante el crecimiento de este tipo de procesos “emancipatorios”, el Norte global emprendió nuevos mecanismos para preservar el control del Tercer Mundo; dentro de estos apareció el discurso *desarrollista*, a través del cual el proyecto económico se convirtió en la clave para transformar la independencia que adquirirían los Estados en vías de desarrollo, en un factor de dependencia respecto del *Primer Mundo* (Eslava, 2019, 41, 80).

Desde ese entonces, pese a que el DI ha crecido exponencialmente, hasta el punto de abarcar al día de hoy cerca de 3284 acuerdos relativos a la inversión extranjera (UNCTAD, 2020, xii), los elementos generales que lo integran y lo caracterizan no han variado sustancialmente. La estructura de los tratados bilaterales de inversión sigue siendo esencialmente la misma y apenas hasta hace un par de años se han empezado a discutir nuevas alternativas para el DI, dentro de las que se consideran cláusulas relativas a la protección de los derechos humanos, la promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias, la limitación de acceso al sistema de solución de diferencias relativas a la inversión, la posibilidad de apelación y la creación de un tribunal permanente de arbitraje (Álvarez Zárate, 2016; Pendleton, 2018; Charris Benedetti, 2019).

En términos generales, el DI puede ser caracterizado como un régimen especializado autocontenido del derecho internacional, a través de cual se agrupa una serie de instrumentos internacionales que versan sobre la protección y promoción de la inversión extranjera. Se trata de un sistema complejo, que no cuenta con un

cuerpo unificado de normas, al integrarse principalmente por tratados bilaterales y que en razón de ello presenta un alto grado de fragmentación normativa e institucional. Esto quiere decir que en lugar de tener un órgano máximo que se encargue de la resolución de las controversias relativas a la inversión, cuenta con tantos tribunales de arbitramento como controversias surjan en la medida en que los APPRI prevén la posibilidad de un arbitraje *ad hoc* (es decir, con un tribunal especialmente constituido para un caso), o un arbitraje institucional (a través del CIADI o de otro organismo análogo que integre un tribunal para el caso en concreto, con base en una lista reducida y limitada de árbitros). Adicionalmente, es necesario señalar que el DII es uno de los pocos regímenes internacionales que pese a ser constituidos por tratados internacionales entre Estados, los titulares directos de los derechos que en ellos se reconocen y se otorgan, son particulares: los inversionistas extranjeros. En ese sentido, serán estos últimos quienes podrán aprovechar las disposiciones previstas en uno de estos tratados para perseguir una pretensión económica ante un escenario internacional.

Ahora bien, debemos señalar que el origen y desarrollo del DII se ha dado en el contexto de la fragmentación del derecho internacional (Rivas-Ramírez, 2018a), a partir de la cual se consolida como un régimen internacional autocontenido y especializado, en donde se reclama la prevalencia de sus normas sobre los demás regímenes del derecho internacional (Koskenniemi, 2006, párs. 123-137). Lo anterior quiere decir que el DII se ha gestado en un universo normativo que se compone de múltiples subregímenes especializados que regulan temáticas específicas de manera independiente y en donde cada uno reivindica la prevalencia de sus normas sobre las de los demás. En ese sentido, *grosso modo*, las normas del DII han sido construidas y desarrolladas bajo una noción de prevalencia que desconoce, dentro de su régimen, la existencia e importancia de otras normas como las del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional del medio ambiente (Sornarajah, 2011, 205).

A la vez, autoras como Miles han destacado que el diseño orgánico del DII está pensado para eximir de responsabilidad a los inversionistas extranjeros frente a los efectos adversos que sus proyectos puedan suponer para las comunidades locales (2010, 25). En concreto, ha resaltado que esto se debe, en gran medida, a la *comercialización* del medio ambiente y la influencia política que las empresas multinacionales tienen en los escenarios nacionales e internacionales. De igual manera, explica que esto está arraigado en los APPRI al permitir que las medidas de orden público y la regulación medioambiental puedan constituir una vulneración a la protección que el DII ofrece a los inversionistas (80).

Sumado a ello debemos señalar que el régimen construido por el DII es un sistema que ha sido edificado, esencialmente, por los países *desarrollados*, en

la medida en que son ellos quienes han propuesto e impuesto los estándares de protección de la inversión de acuerdo con sus intereses y sus necesidades. Después de todo, ello se explica en el entendido de que, al ser una supuesta herramienta para el desarrollo, ha sido diseñada y perfeccionada por aquellos países que *dominan* la fórmula para llegar a él. Este rasgo del DII coincide en gran medida con la misma naturaleza imperialista y colonial del derecho internacional en general (Pahuja, 2011; Anghie, 2018; Vela Orbegozo, 2019; Leichtweis, 2020) y se traduce en que en realidad solo los Estados que pertenecen al club de *desarrollados* tienen la capacidad material para proponer, negociar e imponer las normas internacionales. Esta reducida posibilidad se explica a través de factores que trascienden lo jurídico, pasando por lo económico y lo político, en donde las herramientas de negociación son exclusivas de quienes detentan este tipo de poder en la comunidad internacional (Kennedy, 2018; Sandoval Trigo, 2020).

Ejemplos claros de lo anterior en el contexto del DII son los diferentes estándares de protección que los APPRI traen en su interior. En ese sentido, cláusulas como las de la nación más favorecida, el trato nacional, la de seguridad y protección o la del arbitraje internacional son claras muestras de ese diseño no neutral y conveniente, orquestado por los países *desarrollados*. A grandes rasgos, estas disposiciones, que se encuentran presentes en la gran mayoría de los tratados internacionales de este tipo (si no es en todos) tiene por objeto garantizar que ningún otro país (con independencia de sus características o condiciones) pueda tener un trato que resulte más favorable que el que el Estado signatario tiene; que se ofrezca el mismo trato que reciben los nacionales del Estado receptor de la inversión a los inversionistas extranjeros; que se ofrezcan todas las garantías de seguridad y protección física y jurídica para los inversionistas extranjeros; y, por último, que se habilite a dichos inversionistas a acudir directamente a un foro internacional para resolver las diferencias relativas a su inversión. En relación con esta última cláusula, vale la pena señalar que se trata de un mecanismo que, bajo la premisa de la desconfianza en la justicia nacional (de los países del Tercer Mundo), permite a los inversionistas saltarse los mecanismos nacionales de resolución de controversias.

No obstante, la cláusula más problemática y controversial es la del trato justo y equitativo. Se trata de un estándar de protección que pese a estar incluido en todos los APPRI, no cuenta con una definición clara y precisa que permita delimitar su alcance. En la práctica, esto quiere decir que en realidad los Estados no tienen cómo saber cuáles de las medidas que tomen en el territorio nacional podrían llegar a afectar los derechos de los inversionistas extranjeros (Prieto-Ríos & Rivas-Ramírez, 2020, 87), independientemente de que se trate de medidas proteccionistas respecto de grupos que tradicionalmente han sido

excluidos o discriminados, como es el caso de los pueblos indígenas, las comunidades afro o los defensores de derechos humanos. A partir de la abstracción y el tecnicismo que requiere el acercamiento a cláusulas como la del trato justo y equitativo, podemos también señalar que el DII se caracteriza por ser un área especializada del derecho internacional, cuyo lenguaje normativo se encuentra encriptado (Prieto-Ríos, 2018). Dicho cifrado se explica, principalmente, por tres razones o elementos.

En primer lugar, está la vaguedad y el tecnicismo de los términos que se emplean en este tipo de tratados internacionales, los cuales conducen a que sea supremamente complicado entenderlos, dominarlos y aplicarlos, y con ello el campo de acción en este quede reducido a un grupo extremadamente pequeño de litigantes y árbitros (52-53). Pese a que la gran mayoría de APPRI contiene la misma batería de disposiciones, su redacción, su configuración y sus efectos son variables, por lo que a quienes no pertenecen a los países que los diseñan y promueven se dificulta comprenderlos en realidad. Un claro ejemplo de esto es la forma en la que Colombia reconoció que cometió errores en la celebración del APPRI con Francia en lo que respecta a la redacción de la cláusula del derecho aplicable (Rivas-Ramírez, 2018b; Corte Constitucional, C-252, 2019).

El segundo elemento que explica la naturaleza encriptada del DII se relaciona con la inexistencia de un solo cuerpo normativo que condense las normas internacionales relativas a la inversión (Prieto, Ríos, 52). Como hemos visto, una de las características principales del régimen internacional de las inversiones es su consolidación exponencial mediante la celebración de miles de APPRI alrededor del mundo. Esto quiere decir que en realidad el derecho aplicable en el marco de las controversias del DII es variable de acuerdo con cada supuesto fáctico, por lo que el diseño estructural del sistema parecería estar pensado para evitar que alguien ajeno pudiese conocer y especializarse en él, reduciendo al máximo el riesgo de que alguien pueda descifrar los códigos del DII para usarlo a favor de intereses diferentes a los de los inversionistas. Sobre esta característica, académicos consagrados como Sornarajah han señalado que inclusive los mismos defensores del DII han tenido que buscar diferentes mecanismos para defender las normas propias del régimen y han tenido que modificar las estructuras argumentativas que utilizan para defender y mantener el neoliberalismo (2011).

Por último, se encuentra el Sistema de Solución de Disputas Inversor-Estado (SDIE) que crea el DII. En términos generales, se trata de un sistema complejo que permite la conformación de un tribunal de arbitramento para cada disputa que surja en el marco de un APPRI. Esto quiere decir que habrá tantos tribunales como casos que busquen la solución de la controversia ante el SDIE. Independientemente del tipo de arbitraje que se elija (es decir, sea a través de un tribunal

ad hoc o por uno institucional), los árbitros que resolverán la diferencia serán elegidos a partir de una limitada lista de posibles árbitros, que en su mayoría provienen del Norte global en la medida en que son quienes tienen el monopolio del conocimiento sobre el DII y el funcionamiento del SDIE. Es así como el SDIE es el último elemento para encriptar el DII, y con el que se configura y exacerba la dinámica excluyente del DII (Prieto-Ríos, 50).

En relación con el SDIE es importante señalar que no solo es problemática la forma en que se constituyen los tribunales de arbitramento, sino también cómo funcionan y resuelven las controversias internacionales relativas a la inversión y los impactos que ello tiene en los contextos nacionales. Así, entonces, vale la pena mencionar que en términos generales el SDIE se caracteriza por ser un foro de acceso directo para los inversionistas, para el cual no se requiere agotar ningún tipo de recurso nacional ni de etapa “prejudicial” y el cual, en todo caso, es de naturaleza privada (en lo que respecta a la publicidad del proceso). La conformación del tribunal se realiza con base en el criterio de ambas partes (es decir, del inversionista y del Estado), a partir de una lista reducida de árbitros que ha sido previamente elaborada. Una vez constituido el tribunal, los árbitros conocen el caso de manera privada y toman sus decisiones a partir de un análisis que se centra, principalmente, en el contrato celebrado por los inversionistas y el APPRI en virtud del cual están acudiendo al arbitraje internacional.

Ahora bien, en relación a lo anterior es necesario señalar que a partir del análisis cuantitativo y estadístico de los casos que ya han sido resueltos por parte del SDIE es posible ver que entre el 45 y el 50% de los tribunales se repiten los nombres de diez a veinticinco árbitros (Puig, 2014, 387; Stone & Griesel, 2017, 71-72), lo que denota que en efecto existe un monopolio del conocimiento y un círculo cerrado del poder. Esto a su vez ha llevado a que surjan preocupaciones en torno a la independencia y neutralidad de los árbitros, en la medida en que el sistema de selección y el mercado de árbitros puede dar lugar a la interferencia de las partes (General Assembly, 2018, 3-4).

También existen fuertes críticas en relación con la consistencia, la coherencia, la predictibilidad y la corrección de las decisiones arbitrales (3). Esto en cierta medida se debe a que, como ya lo hemos dicho, el SDIE no opera bajo una lógica judicial y por tanto no cuenta con figuras que contribuyan a la seguridad jurídica como ocurre con el precedente en los demás sistemas de solución de controversias internacionales y nacionales (Eliason, 2018). Sumado a ello, también se eleva como crítica el hecho de no contar con un mecanismo de apelaciones propiamente dicho, sino únicamente con un procedimiento de anulaciones.

Por último, y para efectos de lo que veremos en el próximo acápite, es esencial resaltar que el arbitraje internacional de inversión cuenta con dos características

que redundan en un sesgo estructural como lo es la miopía de sus decisiones. En concreto nos referimos a la forma en que se toman las decisiones a partir de un análisis limitado del caso. Por un lado, tradicionalmente se limitan a utilizar en sus decisiones un derecho aplicable al fondo de la controversia, que corresponde al APPRI y al contrato; un derecho aplicable a los temas jurisdiccionales que permiten determinar la competencia y el alcance del acuerdo arbitral; y un derecho aplicable al procedimiento arbitral, como serían las reglas de arbitraje del CIADI (Linares Cantillo, 2019, 85-93), que normalmente entran en tensión y omiten los otros regímenes del derecho internacional y al derecho nacional del Estado receptor de la inversión. Sumado a ello, no solo desconocen el complejo contexto normativo dentro del que se ubica la controversia, sino que, además, reduce al máximo la participación de otros terceros que tengan interés en el caso o que puedan aportar elementos de análisis para conocer el escenario y el contexto económico, social y ambiental en el que se produce dicha disputa. Esto se advierte con mayor claridad al ver que para que un tercero pueda participar en el proceso arbitral requiere de la aprobación explícita del tribunal y la cual, en todo caso, suele ser excepcional. En el periodo comprendido entre los años 2006 y 2018 se elevaron 72 solicitudes de este tipo, y solo se concedieron diez de ellas (Prieto-Ríos & Rivas-Ramírez, 89).

Adicionalmente, el DII en general y el SDIE en particular tienen un efecto importante en lo que respecta al derecho y soberanía nacionales. A diferencia de como ocurre con otros regímenes del derecho internacional, la principal y directa consecuencia que tiene la violación al DII es en términos económicos. Por lo general, las condenas que se dan en el marco del SDIE suelen ser millonarias en la medida en que las inversionistas elevan sus pretensiones al proyectar las eventuales ganancias que podrían haber percibido a partir de los diferentes proyectos económicos que tenían planeados a través de la inversión en disputa. Tan solo para hacerse una idea de las cuantías de este tipo de procesos, basta con ver las pretensiones de Cosigo & Tobie Mining en su demanda contra Colombia, las cuales superan los 16,5 billones de dólares estadounidenses (un poco más del 4% del presupuesto nacional de Colombia para el año 2020). Ante lo que implica una amenaza económica como esta, el DII y el SDIE han generado un efecto colateral en los Estados nacionales que la doctrina ha llamado el *enfriamiento regulatorio* y que se traduce en que los gobiernos dejan de regular algunas cuestiones por temor a infringir los derechos de los inversionistas extranjeros (Bohoslavsky, 2010, 37; Abramovich, 2017).

Es así como a partir de una perspectiva teórica y empírica del Tercer Mundo es posible asegurar que el DII constituye un régimen excluyente y discriminatorio en la medida en la que elimina en gran medida la posibilidad de intervención de

agentes o actores externos al *pool* de quienes lo han construido y lo dominan al tener el monopolio del conocimiento sobre él. En ese sentido, es posible comprenderlo, tal y como lo propone Prieto-Ríos, como un mecanismo de violencia sistémica internacional (2017). Sumado a ello, debemos reconocer que dadas las características que hemos señalado en este acápite, coincidimos con Prieto-Ríos en que se trata de un régimen que reproduce los patrones coloniales de jerarquía y dominación.

IV. HACIA UNA TRANSFORMACIÓN INCLUYENTE DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE INVERSIONES

La relación entre los Estados y los pueblos indígenas ha sido definida tradicionalmente a través de la paradoja de la inclusión/exclusión. Esta ha sido entendida como el escenario al que los pueblos indígenas han sido conducidos en razón de los patrones coloniales que las sociedades latinoamericanas han heredado y reproducido. En concreto, consiste en la forma en la que reducen la participación de las comunidades indígena en la sociedad mayoritaria y el Estado a través de dos únicas alternativas: la de la asimilación o la marginalización. La primera supone reconocer e incluir a estos pueblos como grupos minoritarios, pero limitando sus derechos subjetivos y, en particular, sus derechos de propiedad, al desconocer su nacionalidad intercultural. En cambio, la opción de la marginalización conduce a excluir, explotar y eliminar a estos pueblos en el contexto nacional (Merino, 2018b, 465). En ese sentido, si se decide incluir en términos formales se termina excluyendo en términos sustanciales, mientras que al excluir en términos formales se termina incluyendo (negativamente) en términos materiales; sea cual sea la alternativa, las comunidades indígenas terminan cayendo en una nueva rúbrica de colonialismo etnocéntrico.

Ante esta realidad, la doctrina ha coincidido en que en la práctica la marginalización de los pueblos indígenas está arraigada al derecho nacional y a las políticas públicas domésticas (Borrows, 2020, 16). Esto se explica, esencialmente, por tres razones. Por un lado se encuentra el legado colonial que se materializa a través de sesgos raciales y civilizatorios (12; Puig, 2019); por el otro, la naturaleza de las élites del poder y su relación con los intereses económicos (Merino, 2020, 66); y, finalmente, la influencia que ejerce el derecho internacional en los ordenamientos nacionales y el cual, en el caso del DII es aún más evidente (Rivas Ramírez, 2017). En relación con esto último, parece oportuno señalar que en realidad hay quienes aseguran que los Estados nacionales y, por tanto, las regulaciones internas son invenciones o proyectos del derecho o la comunidad internacional (Eslava & Pahuja, 2020, 118). Siguiendo esta teoría, no podemos

perder de vista que el derecho internacional se ha caracterizado, desde hace más de 500 años, por excluir a los pueblos indígenas y reducir al máximo los escenarios para su participación en el orden internacional (Borrows, 2020, 12). Inclusive, la adopción de instrumentos internacionales que protegen a estos pueblos ha sido objeto de críticas por parte de la comunidad académica, asegurando que operan a partir de la lógica de la asimilación y utilizan el discurso de los derechos de los pueblos indígenas como un mecanismo para legitimar otro tipo de acciones e intereses (Gordon, 2006/2007, 417-419; Sierra-Camargo, 2017), lo que explica también el por qué los gobiernos locales se vuelven menos tolerantes con las resistencias indígenas (Eslava & Pahuja, 2020, 127).

A partir de este contexto, cobra mayor claridad el por qué las características principales del DII que hemos visto en el acápite anterior y que ilustran la violencia sistémica internacional que ejerce contra el *Tercer Mundo* tienen efectos adversos más fuertes para los pueblos indígenas. Esa apertura internacional hacia la inversión extranjera muestra cómo los intereses económicos de las élites nacionales se alinean con los de los inversionistas extranjeros, hasta el punto en que se utilizan argumentos como el “interés nacional” y el “desarrollo” como justificación para promover proyectos extractivos en los territorios indígenas (Merino, 2020, 68). La lógica extractivista termina convirtiéndose en una economía política que mantiene el modelo colonialista, en particular en lo que tiene que ver con la acumulación de riquezas a partir del despojo de tierras, de derechos y de identidades (Merino, 2015, 85).

Es posible identificar al menos cinco impactos materiales del DII sobre los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son mayores cuando en el ámbito nacional no se cuenta con el reconocimiento pleno de derechos y de la titularidad de las tierras de los pueblos indígenas (General Assembly, 2016, pár. 28). Para empezar, el DII profundiza el descontento social y las brechas socioambientales en el ámbito nacional, especialmente en lo que respecta a los pueblos indígenas. En concreto, promueve la discriminación de este grupo de la población al inclinar la balanza, una vez más, a favor de los intereses económicos de las élites dominantes y de los inversionistas extranjeros. En segundo lugar están los efectos materiales en lo que respecta a su cultura, su organización social y su espiritualidad. La llegada de actores externos les obliga a entrar en contacto con diferentes manifestaciones de la cultura dominante occidental y en ocasiones les obliga a alterar sus creencias y sus dinámicas sociales. En tercer término encontramos que la llegada de inversores extranjeros y la puesta en marcha de proyectos pueden afectar su entorno y obligarles a despojarse de sus territorios sagrados, desplazándose forzosamente a nuevas tierras. Por otra parte, el enfriamiento regulatorio también genera una especial afectación a los

pueblos indígenas en la medida en que ocasiona bloqueos normativos, políticos e institucionales en lo que respecta al reconocimiento y avance de los derechos de estas comunidades. Finalmente, el quinto impacto es el que tiene que ver con su exclusión de todas las decisiones que les pueden afectar en lo que respecta al DII (Robledo Silva & Rivas-Ramírez, 2019, 60-63).

Dado el objeto de este artículo, este último efecto del DII sobre los pueblos indígenas merece una especial atención. En realidad, cuando hablamos de su exclusión hacemos referencia a los múltiples supuestos que en lugar de promover y garantizar su participación, tienen como resultado lo contrario. En ese sentido, es importante mencionar al menos cuatro instancias en las que, pese a que deberían ser involucrados para que participaran en las decisiones que les afectan, tienden a ser excluidos. Estas son: el diseño y adopción de las políticas públicas relacionadas con la inversión extranjera y los proyectos extractivos en sus territorios; la negociación y celebración de los APPRI; el estudio, evaluación y autorización de proyectos extractivos; y, finalmente, en los diferentes escenarios para la resolución de las controversias relacionadas con dichos proyectos.

En el caso concreto colombiano, pese a que existe una serie de disposiciones y garantías constitucionales que imponen al Estado hacer partícipes a los pueblos indígenas de las decisiones que les afectan, la realidad es que son muy pocos los casos en que se propician y garantizan dichos espacios participativos. Como lo hemos visto, la regulación legal interna de mecanismos de participación como la consulta previa está sesgada y limitada a determinados asuntos, lo cual conduce a que haya fallas y omisiones en su realización. En síntesis, esto ha llevado a que el uso de la consulta previa se limite para los casos en los que se trata de la autorización de proyectos extractivos y la constitución de parques naturales que coincidan con resguardos indígenas.

Si bien *prima facie* parecería ser un escenario acertado al considerar que los proyectos extractivos son el foco de los casos en los que se afectan directa y materialmente los derechos de los pueblos indígenas, ello no es suficiente. Tal y como ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional más reciente, la consulta previa debe ser realizada para consultar a los pueblos indígenas siempre que una medida, independientemente de su naturaleza jurídica, pueda afectar sus intereses y sus derechos. Esto quiere decir que no solo debe ocurrir en el caso de los licenciamientos ambientales y extractivos, sino también en la elaboración y adopción de normas jurídicas que les afecten. Así mismo, también es importante destacar que uno de los principales sustentos de la consulta previa está relacionado con el derecho de las comunidades indígenas a participar en la utilización, la administración y la conservación de los recursos naturales, por lo que se hace aún más importante

garantizar su inclusión dentro del proceso de toma de decisiones sobre esta materia (Bacca, 2019a, 132).

En ese sentido, es importante que la participación de los pueblos indígenas no se limite única y exclusivamente al momento en el que se autoriza un proyecto extractivo. Por el contrario, es necesario garantizar su participación también durante todas las etapas del proceso regulatorio en las áreas y temas que se relacionan y que pueden afectarles a ellos y a sus territorios. Esto quiere decir que es necesario pensar en utilizar la consulta previa y otros mecanismos de participación para involucrar a los pueblos indígenas en el diseño de políticas públicas, la negociación y celebración de tratados internacionales y en la resolución nacional e internacional de las diferencias relativas a la inversión. A continuación ofreceremos algunos ejemplos a partir de los cuales podemos analizar cómo se ha omitido la participación de los pueblos indígenas en estos tres escenarios y cómo podrían transformarse para propiciar dicha participación.

En primer lugar, la participación de las comunidades indígenas en el diseño y la adopción de políticas públicas es prácticamente inexistente. Si bien es cierto que en casos como el colombiano existen algunas garantías mínimas de representación como lo son la circunscripción especial indígena y la dirección de asuntos indígenas del Ministerio del Interior, ellas no son suficientes para garantizar la participación en los escenarios regulatorios y de políticas públicas. En el caso de la circunscripción especial indígena, es apenas evidente que contar con dos representantes en el Senado y uno en la Cámara de Representantes (lo cual corresponde apenas al 2,8% del órgano democrático) es insuficiente al constituir una manifestación más de la paradoja inclusión/exclusión en donde se garantiza que tengan representación y puedan participar en los debates democráticos, pero en donde el peso de su voto es insoportablemente leve (en particular si se tiene en cuenta que en Colombia el funcionamiento del Congreso se basa en una lógica partidista de bancadas [Padrón Pardo, 2015; Rico Marulanda, 2018]). Bajo esa misma idea, y en razón del marcado presidencialismo de nuestro Ejecutivo, la representación de los intereses a través del Ministerio del Interior no termina siendo otra cosa que una herramienta para la asimilación que en lugar de representar la posición de los pueblos indígenas sirve para moldearla en términos formales en pro de los intereses y proyectos del Gobierno y las élites dominantes.

En la práctica esto se ha visto acompañado por la exclusión de los pueblos indígenas del proceso de toma de decisiones en el marco regulador del Estado. Así, por ejemplo, es difícil encontrar que en el contexto de una ley o una política pública sobre temas como la política nacional de inversión extranjera se haya involucrado a los pueblos indígenas como un elemento de análisis o como una parte relevante para su diseño y consolidación. A decir verdad, ninguno

de los decretos y leyes que la integran tuvo participación de estos pueblos, lo cual explica que en ninguno de esos casos se realizara una consulta previa al respecto. Esto se debe a que ni el Gobierno ni el Legislativo vieron la necesidad de consultarles, en la medida en que la legislación nacional en materia de consulta previa habla sobre la “afectación directa de los intereses”; y dado que en este caso los efectos materiales que podría tener la regulación sobre ellos eran inteligibles, prefirió excluirlos de la discusión para evitar un obstáculo (más) para atraer capital extranjero en pro del *desarrollo*.

En ese sentido, un primer escenario que es necesario replantear para garantizar la participación de los pueblos indígenas es el que tiene que ver con el diseño y la adopción de políticas públicas. En concreto, es necesario superar la lógica de la asimilación para aceptar y valorar las opiniones diferentes y divergentes que tienen los pueblos indígenas, bajo la idea de una sociedad pluralista, democrática y deliberativa. Después de todo, es necesario promover un cambio cultural dentro de la sociedad dominante a través del cual se genere un proceso deconstructivo, en el que se pierdan los sesgos y patrones coloniales y raciales y se comprenda que las opiniones y cosmologías indígenas son igualmente válidas y que no necesariamente son contradictorias con los intereses de la sociedad dominante.

Un segundo escenario en el que los pueblos indígenas han sido tradicionalmente excluidos es el de la negociación y celebración de APPRI, la cual coincide a grandes rasgos con el caso anterior. A la fecha, Colombia cuenta con más de dos docenas de tratados internacionales que protegen la inversión y, sin embargo, en ninguno de ellos se ha incluido a los pueblos indígenas en el proceso de negociación, celebración o aprobación. Con respecto a esto es importante señalar que existen al menos tres momentos del proceso de celebración de tratados dentro de los que podrían abrirse espacios para la participación de los pueblos indígenas. Estos son: cuando se consolida el interés en celebrar un APPRI, cuando se negocia un APPRI, y finalmente, cuando se celebra y aprueba un APPRI.

Para empezar, antes de que el Estado inicie la negociación formal de un APPRI, lo más sensato sería consultar con la población en general y a los pueblos indígenas en particular si están de acuerdo con promover ese tipo de tratados y con ese tipo de países. En ese sentido, desde el principio se podrá conocer la opinión de los diferentes grupos en torno a la iniciativa. Como hemos señalado, en el caso colombiano esto no ha ocurrido, sin embargo, en el escenario internacional hemos visto que algunos países, como Canadá y Nueva Zelanda, han promovido este tipo de escenarios participativos cuando de tratados internacionales de contenido se trata. Así por ejemplo, ambos promovieron y celebraron consultas públicas en general y consultas previas con los pueblos indígenas para conocer su posición respecto a iniciativas internacionales económicas como la

celebración del CPTTP o la adscripción a la Alianza del Pacífico (Prieto-Ríos & Rivas-Ramírez, 2020; Gunn, 2020).

Una vez iniciada la negociación de los APPRI, los pueblos indígenas deberían ser incluidos nuevamente de tal manera que ya no solo manifiesten su interés y su consentimiento en relación con la posibilidad de abrirse a la inversión extranjera, sino también para conocer los términos de dicha apertura y opinar al respecto. En esta medida, los pueblos indígenas podrían aportar, desde su cosmovisión, sus intereses y sus prioridades a que un determinado tratado fuese más incluyente, más garantista y más participativo. Es importante comprender que la participación de los pueblos indígenas no es sinónimo de un veto, sino por el contrario, una oportunidad para nutrir mejor la iniciativa. Así por ejemplo, a partir de la representación activa de los intereses de los pueblos indígenas podría darse lugar a la inclusión de cláusulas que reconozcan los derechos de los pueblos indígenas, la propiedad de determinados territorios o de la propiedad inmaterial. Un buen ejemplo de estos resultados es la forma en la que Nueva Zelanda incluyó tanto en el TPP como en el CPTTP una cláusula que reconoció la preeminencia del Tratado de Waitangi, reconociendo, en el marco de estos tratados económicos, un trato más favorable para el pueblo *māori* (Kawharu, 2020).

Un tercer momento dentro del proceso de celebración en el que los pueblos indígenas deberían ser involucrados es el de la aprobación del APPRI. En el caso colombiano, la Constitución nacional establece que todos los tratados internacionales deben contar con una ley que los apruebe dentro del ordenamiento nacional (art. 150.16). En términos generales, esta aprobación consiste en que el Congreso revise la conveniencia política del tratado y profiera una autorización al presidente de la República (o a quien haga sus veces) para la ratificación del tratado internacional (Acosta Alvarado, 2018, 171). En ese sentido, esa revisión del tratado es la oportunidad perfecta para que, en el marco del máximo órgano democrático del país, se garantice la participación de los pueblos indígenas y se consulte con ellos el texto final del acuerdo. De esta manera, la consulta a los pueblos indígenas podrá constituir un importante elemento de análisis para que el Congreso pueda emitir un concepto mejor fundamentado sobre la conveniencia del tratado en los términos que se ha redactado.

Sin embargo y como la práctica nos indica, esto no ocurre así. Por ello la Corte Constitucional, en el marco del control automático de constitucionalidad que hace a todas las leyes aprobatorias de tratados internacionales, debería promover la realización de dicha consulta previa. Esto cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que el juez constitucional se ha limitado históricamente a revisar que los tratados internacionales de contenido económico cumplan con los requisitos de forma exigidos por la Constitución y la ley (Rivas-Ramírez, 2017; Rivas-Ramírez,

2018b) y que a pesar de que rara vez opine sobre la redacción o el contenido del tratado, podría incluir en su análisis de constitucionalidad a la consulta previa como un requisito más de forma. De esta manera, en el contexto de la celebración de los APPRI, la participación indígena no estaría condicionada a la voluntad política del Congreso y del Gobierno, sino que empezaría a ser tratada como un requisito de obligatorio cumplimiento, en especial considerando la ya consolidada jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza jurídica y la importancia democrática que tiene el derecho fundamental a la consulta previa, en general.

Estos primeros dos escenarios de los que hemos hablado corresponden en realidad a la esfera nacional y no propiamente al DI. No obstante, nos ha parecido oportuno mencionarlos en la medida en que creemos, por un lado, que el derecho internacional y el derecho nacional no son ordenamientos estancos que funcionan de manera paralela e independiente, sino que, por el contrario, se trata de órdenes dinámicas e interactivas que se construyen paulatinamente; y, por el otro, en la medida en que estos dos escenarios corresponden a la dimensión doméstica que prepara y auspicia un terreno fértil para la incidencia del DI en el contexto nacional. No obstante, el tercer y último escenario en el que consideramos que es importante promover la participación de los pueblos indígenas sí corresponde de manera directa al DI y más concretamente al SDIE.

Como hemos señalado en el acápite anterior, el SDIE se caracteriza por involucrar dentro de los procesos de solución de diferencias, única y exclusivamente a las partes de la disputa. Es decir, al inversionista y al Estado receptor de la inversión. Desde el año 2006 las reglas de arbitramento del SDIE cambiaron y habilitaron la participación de terceros a través de intervenciones o *amicus curiae*, lo cual resulta útil porque permite ver los diferentes intereses jurídicos que están en juego y que merecen cierta visibilidad dentro de la solución de la controversia (Levine, 2011, 223). Sin embargo, dicha participación está condicionada a la autorización expresa por parte del tribunal de arbitramento, la cual, como ya hemos señalado, es excepcional. Esta decisión de reformar el SDIE a través de la participación condicionada está orientada por un lado, para nutrir el trabajo de los árbitros, pero por el otro, garantizando que no se pierda el atractivo que el arbitraje de inversión tiene para los inversionistas extranjeros (223). Esto cobra sentido si se tiene en cuenta que a mayor participación de terceros interesados, mayores elementos de análisis para el caso y menores probabilidades para que las pretensiones económicas de los inversionistas queden incólumes.

En la práctica encontramos que la lógica utilizada por los tribunales de arbitramento suele ser similar, si se tiene en cuenta que descartan la participación de terceros y en especial cuando se trata de pueblos indígenas u organizaciones que los representan. Así, por ejemplo, vemos que en casos adelantados ante el CIADI

como el de *Von Pezold and Border Timbers vs. Zimbabwe*, pese a que la disputa tenía origen en el territorio de cuatro comunidades indígenas, el tribunal decidió rechazar el *amicus curiae* que presentaron con base en cuatro razones que dejan al descubierto, una vez más, la sesgada naturaleza del DIJ. En concreto, los árbitros justificaron esta decisión en la medida en que existía una relación cierta entre las autoridades indígenas y el Estado; en que ni los inversionistas ni el Estado habían incluido el elemento indígena dentro de la controversia; y en que el mandato del tribunal de arbitramento no incluía cuestiones de derechos humanos y por tanto carecía de competencia para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2012).

Este mismo sesgo ideológico y racial se puede apreciar en otros casos que pese a que involucraban de manera directa cuestiones relacionadas con pueblos indígenas, los tribunales decidieron ignorarlas. Así por ejemplo, en el caso de *Burlington Resources vs. Ecuador* desconoció que la controversia surgía a raíz de la violación al derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas ecuatorianas (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2010); en *South American Silver Mining vs Bolivia* omitió considerar como un factor relevante para la resolución del caso que la multinacional presuntamente había fabricado el consentimiento de las comunidades indígenas (Permanent Court of Arbitration, 2018) y en *Bear Creek Mining vs. Perú* desconoció que el proyecto extractivo había sido suspendido a raíz de la omisión de la consulta previa (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2017).

Como se puede ver en los casos que hemos mencionado a modo de ejemplo, en todos se trata de situaciones en las que los derechos territoriales y de participación de los pueblos indígenas están en vilo y que son sumamente relevantes para zanjar la discusión. Sin embargo, la posición de los tribunales de arbitramento ha sido la de descartar de plano cualquier consideración ajena al DIJ de sus decisiones, desconociendo el complejo contexto social y normativo en el que se produce. Sin embargo, hemos de anotar que ello supone una actitud malintencionada que aprovecha la fragmentación del derecho internacional para desconocer el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, favoreciendo con ello intereses eminentemente económicos, en su mayoría, del Norte global. De allí que respuestas como la del tribunal de arbitramento en el caso *Von Pezold and Border Timbers vs. Zimbabwe* constituyan una clara violación al deber de realizar una interpretación de los casos a partir de la integración sistémica del derecho internacional (Rivas-Ramírez, 2018a).

Por lo anterior, es necesario continuar buscando alternativas para reformar el DIJ y el SDIE. Más específicamente, es necesario transformar el régimen para que lidie de manera positiva con la fragmentación del derecho internacional

y con ello se logre una mejor democratización de este. Solo a través de esta transformación será posible promover la verdadera y efectiva participación de las demás partes que estén involucradas en la controversia, en particular en lo que respecta a los pueblos indígenas. Es necesario y oportuno hacerlos partícipes en la medida en que solo a través de sus voces será posible comprender las verdaderas implicaciones que un proyecto extractivo auspiciado por la inversión extranjera pueda tener en el contexto plurinacional latinoamericano (y en general del Sur global). Esto a su vez permitirá que el DII y el SDIE cobren mayor legitimidad en el ámbito internacional y, por qué no, logren establecer lazos dialógicos con otros tribunales y organizaciones con los que se permita y promueva alcanzar objetivos comunes como la agenda del desarrollo sostenible.

Igualmente, es importante propiciar la participación indígena a lo largo de todo el proceso en la medida en que de esta manera se reduce el riesgo de la contradicción absoluta y permite que en lugar de vetar los proyectos de inversión se puedan construir escenarios incluyentes y respetuosos para la inversión extranjera. En otras palabras, al incluir a los pueblos indígenas desde el principio se permite que ellos participen del proceso de negociación y por tanto, que sus opiniones sean valoradas e incluidas dentro de los resultados finales. De esta manera, mientras que se garantice su participación a lo largo de todo el proceso, habrá mayores probabilidades de que sea una participación constructiva y no tanto descalificadora. Sólo en la medida en que sean incluidas las opiniones y las cosmovisiones indígenas, desde una perspectiva no tradicional que en lugar de asimilar comprenda a los pueblos indígenas, será posible que tanto el sistema nacional como el internacional se vuelvan más representativos y más igualitarios (Gordon, 2006/2007, 403).

No obstante, también es importante reconocer que la promoción de escenarios participativos para los pueblos indígenas debe realizarse de manera consiente y cuidadosa, de tal manera que no se cometan los mismos errores que se han cometido en el contexto nacional al utilizar mecanismos como la consulta previa como herramientas para la despolitización del extractivismo (Merino, 2018a, 76). En lugar de ello, deben ser empleados como alternativas para propiciar una verdadera comprensión de las cosmovisiones indígenas, en condiciones de igualdad y con las que se logre realizar una transformación positiva y constructiva de la sociedad dominante y de la economía política de la inversión extranjera. Por ello cobra particular relevancia que las demandas sociales y las opiniones de los pueblos indígenas que sean recogidas a través de este tipo de instrumentos sean efectivamente oídas, analizadas y atendidas según cada caso. No basta con que esto se quede como un simple requisito de forma que es cumplido.

CONCLUSIONES

Una de las principales críticas que se le hacen al movimiento TWAIL es que la crítica que realiza al derecho internacional pese a ser constructiva no es propositiva (Hippolyte, 2016); sin embargo, no se puede perder de vista que uno de los objetivos esenciales de este movimiento es el de lidiar con los patrones imperialistas del derecho internacional desde una perspectiva del Sur global, y el primer paso para ello es, sin duda, identificar esos patrones y los lugares en los que se requiere intervenir y promover una transformación (Chimni, 2006; Eslava, 2 de abril del 2019). En el caso latinoamericano, el movimiento TWAIL ha tenido un importante desarrollo durante las últimas décadas, especialmente cuando se dialoga con el Norte global; sin embargo, dentro de la región aún se encuentra invisibilizado en lo que respecta a temas que, como la situación de los pueblos indígenas, se alinean de manera casi idéntica con las epistemologías que respaldan el pensamiento TWAIL. En concreto, creemos que es importante, como lo propone Amaya Álvez, establecer un diálogo entre TWAIL y las aproximaciones del Tercer Mundo al derecho constitucional. En otras palabras, es determinante que ese pensamiento de resistencia, emancipación y reforma que propone TWAIL sea replicado y articulado con los contextos nacionales y el derecho constitucional.

Así, a partir de esta premisa, en este capítulo hemos analizado una cuestión que supone la interrelación de tres niveles epistemológicos y normativos diferentes: las cosmovisiones de los pueblos indígenas, el derecho constitucional colombiano y el DIH. A través de este ejercicio hemos mostrado cómo la apertura nacional al DIH supone un ingrediente adicional a la problemática relación que han tenido históricamente los Estados latinoamericanos con los pueblos indígenas que en ellos habitan. En concreto, hemos mostrado cómo el DIH supone un escenario en el que la participación de los pueblos indígenas es prácticamente inexistente, pese a que los efectos materiales que este régimen supone son diferencialmente más graves que en lo que respecta para el Tercer Mundo en general. Así las cosas, identificamos cinco graves consecuencias que el DIH trae para los pueblos indígenas: su discriminación; la afectación a sus principios culturales, espirituales y sociales; el despojo (en todo sentido), el desmembramiento de su cultura y el desplazamiento forzado; el bloque institucional y político de los avances en pro de sus derechos; y, finalmente, la exclusión en los procesos de toma de decisiones.

Reconociendo estos cinco grandes efectos, nos concentramos en analizar el relacionado con la exclusión en términos participativos. Ello nos lleva a evidenciar que en el contexto del DIH existen múltiples escenarios dentro de los cuales

podría propiciarse la participación indígena y que ello permitiría no solo hacer del DII un régimen más garantista e incluyente, sino también conduciría a mejorar la configuración de los APPRI al nutrirlos con otras epistemologías diferentes y divergentes que permitirían empezar a construir una idea más completa y respetuosa de la inversión extranjera. Es así como mostramos cómo los indígenas podrían ser incluidos en la totalidad del proceso que da lugar al DII, empezando por el diseño de las políticas públicas de apertura económica, siguiendo por la negociación y celebración de APPRI, la autorización de proyectos extractivos y, finalmente, en los procedimientos de solución de disputas relativas a la inversión.

En suma, a través de este estudio hemos pretendido poner en evidencia un problema (más) que afrontan los pueblos indígenas de la región al vivir a la sombra de sociedades dominantes que, en razón de su herencia colonial, mantienen y privilegian una lógica económica que promueve la exclusión y la explotación. Más concretamente, hemos querido visibilizar un problema que se presenta como consecuencia de las dinámicas entre el derecho nacional y el DII que mantiene y reproduce la paradoja de la inclusión/exclusión en un doble nivel; replicando esa naturaleza imperialista que tanto recriminan los Estados del Tercer Mundo. En pocas palabras, hemos tratado de mostrar cómo en el contexto latinoamericano (y concretamente en el colombiano) seguimos haciendo a los pueblos indígenas aquello que reivindicamos históricamente ante la comunidad internacional; por lo que Eslava y Pahuja podrían tener razón al señalar que los Estados nacionales no son otra cosa que una invención del derecho internacional, a través del cual se garantiza la estabilidad y protección de los intereses económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. (2017). "Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global", *Global Campus Human Rights Journal*, 1(1), 141-164. <https://doi.org/20.500.11825/62>.
- ACOSTA ALVARADO, P. A. (2016). Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 15-60. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>.
- ACOSTA ALVARADO, P. A. & HUERTAS CÁRDENAS, J. E. (2017). Teorías sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Acosta López, J. I., Acosta Alvarado, P. A. & Rivas-Ramírez, D. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, (681-704). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ACOSTA ALVARADO, P. A. & RIVAS-RAMÍREZ, D. (2018). A Milestone in Environmental and Future Generations' Rights Protection: Recent Legal Developments before the

- Colombia Supreme Court. *Journal of Environmental Law*, 30(3), 519-526. <https://doi.org/10.1093/jel/eqy024>.
- ACOSTA ALVARADO, P. A. (2018) La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados en el sistema normativo de la Constitución colombiana de 1991. En Padrón Pardo, F. & Correa Henao, M. *¿El Estado constitucional en jaque?*, tomo 2, *El Estado constitucional y el derecho internacional* (165-179). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ACOSTA, P., ÁLVEZ MARÍN, A., BETANCUR-RESTREPO, L., PRIETO-RÍOS, E., RIVAS-RAMÍREZ, D. & VEÇOSO, F. (2020). La construcción de un diálogo sobre cómo repensar la educación en derecho internacional en América Latina. En Acosta Alvarado, P., Prieto-Ríos, E. & Rivas-Ramírez, D. *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- ÁLVEZ MARÍN, A. (2016) Constitutional Challenges of the South: Indigenous Water Rights in Chile Another Step in the “Civilizing Mission”? *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 33 (3), 87-110.
- ÁLVEZ MARÍN, A. & BECKER LORCA, A. (2017). Los pueblos originarios y la práctica del derecho internacional en Chile: nuevos horizontes ante el debilitamiento de los legados del autoritarismo. *Revista Derecho del Estado*, 39, 21-52.
- ÁLVAREZ ZÁRATE, J. M. (2018). Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible? *Boston College Law Review*, 59(8), 2765-2790.
- ANGHIE, A. (2018). Hacia un derecho internacional poscolonial. En Merino, R. & Valencia, A. *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, (131-156), Lima: Palestra Editores.
- ARIAS RESTREPO, J., ÁVILA ESCOBAR, N., TOLEDO ROMERO, Á., TORRES ARIZA, L. & ESCOBAR ARANGO, L. (2018). Derechos territoriales y colectivos en la política minera colombiana: estudio de casos Cerrejón y La Colosa. En Mathis, A., Zambrano, G., Correa, M. & Feitosa, M. *Políticas de regulación de las empresas transnacionales por violación a los derechos humanos en América Latina: estudios de caso* (23-203). Joao Pessoa: Editora UFPB.
- BACCA, P. I. (2019a). *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento: poscolonialismo, derecho internacional y cultura constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- BACCA, P. I. (2019b). Indigenizing International Law and Decolonizing the Anthropocene: Genocide by Ecological Means and Indigenous Nationhood in Contemporary Colombia. *Maguaré*, 33 (2), 139-169, doi: <https://doi.org/10.15446/mag.v33n2.86199>.
- BARRIENTOS ARAGÓN, C. (1.º de marzo del 2011). Cosmovisión dominante, cosmovisión indígena y territorio. *Os movimientos camponeses na América Latina, Dossier S'informer*. Recuperado de www.ritimo.org/Os-movimientos-camponeses-na-America-Latina.

- BOHOSLAVSKY, J. P. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- BONILLA MALDONADO, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*, 42, 3-23. Doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01>.
- BORROWS, J. (2020) Indigenous Diversities in International Investment and Trade. En Borrows J. & Schwartz, R. *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (11-42), Nueva York: Cambridge University Press.
- BRAY, H. L. (2018). Understanding change: Evolution from international Claims commissions to investment treaty arbitraiton. En Schill, S. W., Tams, Ch. J. & Hofmann, R. *International Investment Law and History*, (102-135). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. Doi: <https://doi.org/10.4337/9781786439963>.
- CEPAL (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- CHARRIS-BENEDETTI, J. P. (2019). The proposed Investment Court System: does it really solve the problems? *Revista Derecho del Estado*, 42, 83-115, doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n42.04>.
- CHIMNI, B. S. (2006). Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, 8, 3-27.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2019), sentencia C-252 del 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). Sarayaku v. Ecuador, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) n.º 245, para. 249 (June 27).
- DANE (2019). *Censo Nacional de Población y Vivienda. 2018 Colombia*.
- DAVID, W. (2020) Recognizing the Rights of Indigenous Peoples in International Trade and Environment. En Borrows J. & Schwartz, R. *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (133-163), Nueva York: Cambridge University Press.
- DE LA HOZ MOLINARES, E., PACHECO FERNÁNDEZ, J. & TRUJILLO VARILLA, O. (2016) Números y universo arhuaco. *Revista Latinoamericana de Etnomatemática*, 9 (2), 33-52. Doi: [10.22267/relatem.1692.1](https://doi.org/10.22267/relatem.1692.1).

- DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (2009). *State of the World's Indigenous Peoples*. New York: United Nations.
- ELIASON, A. (2018). "Evident Partiality and the Judicial Review of Investor-State Dispute Settlement Awards: An Argument for ISDS Reform". *Georgetown Journal of International Law*, 50, 1-44.
- ESLAVA, L. & PAHUJA, S. (2012). Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America-Verfassung and Recht in Übersee*, 45, 195-221.
- ESLAVA, L. (2 de abril de 2019). *Coordenadas Twail [blog]*. Recuperado de <https://criticalllegalthinking.com/2019/04/02/twail-coordinates/#translation>.
- ESLAVA, L. (2019) El estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur. *Revista Derecho del Estado*, 43, 25-65, doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.03>.
- ESLAVA, L. & PAHUJA, S. (2020). The State and International Law: a Reading from the Global South. *Humanity Journal*, 11, 118-138. <http://dx.doi.org/10.1353/hum.2019.0015>.
- FLORESCANO, E. (2000). La visión del cosmos de los indígenas actuales. *Desacatos*, 5, 15-29.
- FUENTES CONTRERAS, E. H. (2010) *La materialidad de la Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- GENERAL ASSEMBLY (2016). *Report of the Special Rapporteur on the Rights of indigenous peoples*. United Nations.
- GENERAL ASSEMBLY (2018). *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*. Vienna: United Nations.
- GORDON, S. (2006/2007). Indigenous Rights in Modern International Law from a Critical Third World Perspective. *American Indian Law Review*, 31 (2), doi: 10.2307/20070793.
- GRÜNBERG, F. (2003). La relación de los indígenas con la naturaleza y los proyectos de cooperación internacional (1-19). Recuperado de <http://guarani.roguata.com/sites/default/files/text/file/uid110/gruenberg-relacion-indigena-naturaleza-2003.pdf>.
- GUN, B. L. (2020). International Investment Agreements and Indigenous Peoples' Rights. En Borrows J. & Schwartz, R. *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements (194-216)*, Nueva York: Cambridge University Press.
- HIPPOLYTE, A. R. (2016). Correcting TWAIL's Blind Spots. A Plea for Pragmatic Approach to International Economic Governance. *International Community Law Review*, 18, 34-52.

- INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2010). *Burlington Resources Inc. (Claimant) v. Republic of Ecuador (Respondent) ICSID Case n.º Arb/08/5. Decision on Jurisdiction*. International Centre for Settlement of Investment Disputes.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2012). *Bernhard Von Pezold and Others (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) ICSID Case n.º Arb/10/15 and Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hanganí Development Co (Private) Limited (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) ICSID Case n.º Arb/10/25. Procedural Order n.º 2*. International Center for Settlement of Investment Disputes.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú. ICSID Case n.º Arb/14/21. Award*. International Centre for Settlement of Investment Disputes.
- KAWHARU, A. (2020). General Exceptions: The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand's Free Trade Agreements. En Borrows, J. & Schwartz, R. *Indigenous Peoples and International Trade: Building Equitable and Inclusive International Trade Agreements*. New York: Cambridge University Press.
- KENNEDY, D. (2018). *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. United States: Princeton University Press.
- KOSKENNIEMI, M. (2006). *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Geneva: International Law Comision, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (April 13, 2006).
- KOSKENNIEMI, M. (2016). Imperio y Derecho internacional. La verdadera contribución española. En *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.
- LINARES CANTILLO, A. (2019) *El derecho aplicable al arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LEICHTWEIS, M. G. (2020). The Colonial Origins and the Enduring Imperialist Legacy of International Law: A Critical Study on Imperialism and the Constitution of Contemporary International Legal Order. En Acosta-Alvarado, P. A., Betancur-Restrepo, L. & Prieto-Ríos, E. *Derecho internacional: investigación, estudio y enseñanza*, tomo 1. *Historia(s) del derecho internacional* (67-113). Bogotá: Universidad del Rosario.
- LEVINE, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, 29(1), 200-224, doi: <https://doi.org/10.15779/Z386D49>.

- MERINO ACUÑA, R. (2015). The politics of extractive governance: Indigenous Peoples and socio-environmental conflicts. *The Extractive Industries and Society*, 2, 85-92.
- MERINO, R. (2016). An alternative to ‘alternative Development’?: Buen vivir and human development in Andean countries. *Oxford Development Studies*, 1-16, <http://dx.doi.org/10.1080/13600818.2016.1144733>.
- MERINO, R. (2018a). Re-politicizing participation or reframing environmental governance? Beyond indigenous’ prior consultation and citizen participation. *World Development*, 111, 75-83. doi: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2018.06.025>.
- MERINO, R. (2018b). Descolonizar el Derecho, transformar el Estado: fundamentos políticos y legales de la plurinacionalidad. En Merino, R. & Valencia, A. *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional* (463-491), Lima: Palestra Editores.
- MERINO, R. (2020). The cynical state: forging extractivism, neoliberalism and Development in governmental spaces. *Third World Quarterly*, 41 (1), 58-76, doi: <https://doi.org/10.1080/01436597.2019.1668264>.
- MILES, K. (2010). International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment. *Colorado Journal of International Environmentla Law and Policy*, 25, 935-957.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Saeguard of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Monje Carvajal, J. J. (2015). El plan de vida de los pueblos indígenas de Colombia, una construcción de etnoecodesarrollo. *Luna Azul*, 41, doi: 10.17151/luaz.2015.41.3.
- ORFORD, A. (2016). ¿El pasado como derecho o como historia? La relevancia del imperia-lismo para el derecho internacional moderno. En *Imperialismo y Derecho internacional: historia y legado* (191-229). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.
- PADRÓN PARDO, FLORALBA (2015). *El concepto y función de las bancadas: transformaciones de la representación política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PAHUJA, S. (2011). *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PENDLETON, R. (2018). Choosing water over gold: Questioning the need for a hierarchical treaty analysis in the age of “new generation” international investment treaties. En Robayo Galvis, W. *La defensa internacional de los intereses del Estado en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- PERMANENT COURT OF ARBITRATION (2018). *PCA Case n.º 2013-15 in the matter of an Arbitration pursuant to the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Plurinational State of Bolivia for the Promotion and Protection of Investments, signed 24 May 1988 and the Uncitral Arbitration Rules (as revised in 2010) between South American Silver Limited (Bermuda) (the Claimant) and the Plurinational State of Bolivia (the Respondent and together with the Claimant, the “Parties”). Award.*
- PRIETO-RÍOS, E. (2017). *Thinking on International Investment Law: From Colonialism to International Systemic Violence (Ph. D. diss.)*. London: Birkbeck University of London.
- PRIETO-RÍOS, E. (2018). Encrypted International Investment Law. En Sanin Restrepo, R. *Decrypting Power* (49-65), Lanham: Rowman & Littlefield.
- PRIETO-RÍOS, E. & RIVAS-RAMÍREZ, D. (2020). Neocolonialism and the Tension Between International Investment Law and Indigenous People: The Latin American Experience. En Borrows J. & Schwartz, R. *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (85-108), Nueva York: Cambridge University Press.
- PUIG, S. (2014). “Social Capital in the Arbitration Market”. *European Journal of International Law*, 25 (2), 387-424. <https://doi.org/10.1093/ejil/chuo45>.
- RAMÍREZ, S. (2017). Pueblos indígenas, identidad y territorio. Sin territorio no hay identidad como Pueblo. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 15(1), 11-32.
- RICO MARULANDA, C. (2018). Las candidaturas independientes en Colombia: ¿realidad o ficción? En Padrón Pardo, F. & Correa Henao, M. *¿El Estado constitucional en jaque? t. 1: Los retos del componente democrático* (115-170). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RIVAS-RAMÍREZ, D. (2017). El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En Acosta López, J., Acosta Alvarado, P. A. & Rivas-Ramírez, D. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica* (627-660), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RIVAS-RAMÍREZ, D. (2018a). El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del derecho internacional público. En Padrón Pardo, F. & Correa Henao, M. *¿El Estado constitucional en jaque?, t. 2: El Estado constitucional y el derecho internacional* (45-78), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RIVAS-RAMÍREZ, D. (2018b). Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico. En Padrón Pardo, F. & Correa Henao, M. *¿El Estado constitucional en jaque?, t. 2: El Estado constitucional y el derecho internacional* (217-256), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- ROBLEDO SILVA, P. & RIVAS-RAMÍREZ, D. (2019). Cuando la leyenda de El Dorado se hace realidad: análisis sobre las tensiones entre los intereses económicos y los derechos de los pueblos indígenas. En Tole Martínez, J. *Derechos humanos y la actividad empresarial en Colombia. Implicaciones para el Estado social de Derecho* (47-57), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROBLEDO SILVA, P. (2019). La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado unitario. En Rincón Córdoba, J. I. *Las transformaciones de la administración y del derecho administrativo*, t. 1: *Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa* (47-75), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROBLEDO SILVA, P. (2020). ¿Cómo entender el territorio? Anotaciones sobre cómo ampliar el concepto. En Rincón Córdoba, J. *Ordenación del territorio y derecho urbano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SÁNCHEZ, B. (2005). Filosofía mítica Wayúu. *Revista de Artes y Humanidades UNINCA*, 6 (14), 41-54.
- SANDOVAL TRIGO, G. M. (2020). La conferencia de Breton Woods: Imperialismo y orígenes del capitalismo financiero. Acosta-Alvarado, P. A., Prieto-Ríos, E. & Rivas-Ramírez, D. *Repensar la educación en derecho internacional en América Latina: avances y discusiones en el 2019*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- SANTOS, G. M. DOS (2011). Érase una vez en Taracúá... sobre el origen del mundo: tradición cristiana, teoría científica y pensamiento indígena. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, 8 (2), 24-39. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1809-43412011000200002>.
- SERJE, M. (2013). El mito de la ausencia del Estado: la incorporación económica de las “zonas de frontera” en Colombia. *Cahiers des Amériques latines*, 71, 95-117, doi:10.4000/cal.2679.
- SIERRA-CAMARGO, J. (2017). La importancia de descolonizar el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 39, 137-186, doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.07>.
- SORNARAJAH, M. (2011). “Mutations of Neo-Liberalism in International Law”. *Trade, Law and Development*, 3 (1), 203-232.
- SMEKE DE ZONANA, Y. (2000). La resistencia: forma de vida de las comunidades indígenas. *El Cotidiano*, 16 (99), 92-102.
- STONE SWEET, A. & GRIESEL, F. (2017). *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*. Croydon: Oxford University Press.

- TOLE MARTÍNEZ, J. (2018). La “neutralidad” de la Constitución Económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? En Padrón Pardo, F. & Correa, M. *¿El Estado constitucional en jaque? t. 2: El Estado constitucional y el derecho internacional* (183–216). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 1959.
- UNCTAD (2020). *World Investment Report 2020. International Production Beyond the Pandemic. Key Messages and Overview*. Geneva: United Nations.
- VELA ORBEGOZO, B. (2019). *Poder, hegemonía y periferia. Una aproximación crítica al derecho internacional clásico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VILLAGRÁN, C. & VIDELA, M. A. (2018). El mito del origen en la cosmovisión mapuche de la naturaleza: una reflexión en torno a las imágenes de *Filu-Filoko-Piru. Magallanía*, 46 (1), 249–266. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-22442018000100249>.
- WALSH, C. (2007). Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. En Castro-Gómez, S. & Grosfoguel, R. *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Óscar Darío Amaya Navas
Lucas Bossoni Saikali
Álvaro Hernando Cardona González
Diego Felipe Contreras Pantoja
Eduardo del Valle Mora
María Daniela de la Rosa Calderón
William Gallo Aponte
Claudia Gafner-Rojas
María del Pilar García
Marta García
Gustavo Adolfo Guerrero
Ana Paola Gutiérrez Rico
Luis Felipe Guzmán-Jiménez
Giovanni José Herrera Carrascal
Jorge Iván Hurtado Mora
Juliana Hurtado Rassi
Lyndon W. Jay Huffington
Camila Jiménez
Mauricio Madrigal-Pérez
Alejandro Mesa
Javier Alfredo Molina Roa
Carolina Montes Cortés
Mauricio Pinto
Diana Geraldine Quevedo
Daniel Rivas-Ramírez
Paula Robledo Silva
Martha Robles Ustariz
Gloria Amparo Rodríguez
Nicole Walteros

