

PAULA ROBLEDO SILVA*

DANIEL RIVAS-RAMÍREZ**

CAPÍTULO 2

*Cuando la leyenda de El Dorado se hace realidad:
análisis sobre las tensiones entre los intereses económicos
y los derechos de los pueblos indígenas*

RESUMEN

Cuenta la leyenda de El Dorado que durante la época de la conquista los colonizadores emprendieron una campaña para encontrar un tesoro inmensurable de riquezas en oro; sin embargo, nunca lo encontraron. Cientos de años después, una nueva forma de colonización llegó al continente con la recepción del derecho internacional de las inversiones; con el agravante que, a diferencia de lo que ocurrió en el siglo XV, en esta oportunidad cuenta con el auspicio de las autoridades locales, lo que facilitará el encuentro de El Dorado y la extracción del oro restante de la región, afectando sustancialmente a los pueblos indígenas. A partir de lo anterior, este capítulo se ocupa de evidenciar cómo el derecho internacional de la inversión extranjera es una herramienta neocolonial, cuya entrada a países como Colombia se debe a una decisión soberana del Gobierno, sin importar los costos que ello supone para los pueblos indígenas y los demás intereses públicos nacionales. Así las cosas, empezaremos por analizar cómo la política exterior colombiana en materia económica es proclive a favorecer a los inversionistas extranjeros y después explicaremos cuáles son algunos de los principales efectos negativos que el derecho internacional de la inversión extranjera tiene para los pueblos indígenas. Finalmente, lo ejemplificaremos por medio del caso de Cosigo & Tobie Mining, en donde se aprecian tales efectos sobre los pueblos indígenas.

Palabras clave: inversión extranjera, pueblos indígenas, empresas multinacionales, Colombia, Cosigo & Tobie Mining, Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Defensora delegada para los asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo y docente investigadora de los departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: <paula.robledo@uexternado.edu.co>; número Orcid: 0000-0002-7950-5233.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador editorial de la revista *Latin American Law Review* de la Universidad de los Andes y miembro en formación del Instituto Internacional de Derechos Humanos - Capítulo Colombia. Contacto: <danielrivasm@hotmail.com>; número Orcid: 0000-0002-8191-9996.

WHEN EL DORADO LEGEND COMES TRUE:
ANALYSIS ABOUT THE TENSION BETWEEN ECONOMIC
INTERESTS AND INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS

ABSTRACT

El Dorado Legend tells that during the time of the Conquest the colonizers undertook a campaign to find an immeasurable treasure of richness in gold, however, they never found it. Hundreds of years later, a new form of colonization reached the continent with the reception of international investment law; with the aggravating circumstance as long as this time, the colonizing campaign has the auspice of local authorities, which will facilitate reaching El Dorado and the extraction of gold from the region, affecting the peoples indigenous. This chapter deals with evidencing that the international law of foreign investment is a neocolonial tool that enters into countries like Colombia as consequence of a sovereign decision from the Government, regardless of the costs that this implies for indigenous peoples and the other national public interests. Thus, we will begin to analyze how Colombian foreign policy in economic matters is prone and favors foreign investors and then explain some of the main negative effects that international investment law has on indigenous peoples. Lastly, we will show how these negative effects can be seen in the Cosigo & Tobie Mining case.

Key words: Foreign investment, indigenous peoples, multinational corporations, Colombia, Cosigo & Tobie Mining, Natural National Park Yaigojé Apaporis.

INTRODUCCIÓN

En los años mil cuatrocientos las embarcaciones españolas “descubrieron” América Latina, encontrando en ella un “nuevo” mundo lleno de riquezas en oro y plata, que después se convertirían en parte del sustento de la Corona. Los *indios* no estaban preparados para enfrentarse al poder español ni a las sorpresas que con él venían y por ello, en gran medida, se vieron forzados a aceptar las condiciones impuestas por el Imperio, con lo cual perdieron gran parte de su independencia, su autonomía y su grandeza. La fórmula binaria “civilización - barbarie” jugó un papel determinante y permitió la aparición de un sistema de clasificación (y estratificación) por razas, la *castellanización*, la esclavitud y la encomienda, entre muchas otras instituciones que ahondaban

en los esfuerzos por someter a los pueblos ancestrales y explotar al máximo sus riquezas¹.

Cientos de años después, una nueva forma de colonización encontró asiento en el mundo, que se aprecia en particular en el caso de América Latina (y en general del Sur Global). Por medio del binomio “desarrollo – subdesarrollo” se consiguió ya no la categorización entre ciudadanos, sino entre países y se convirtió a los Estados *subdesarrollados* en sujetos con voz, pero no con un voto verdadero dentro de la comunidad internacional². En consecuencia de esa lógica inclusión – exclusión, los países *subdesarrollados* se han convertido en un medio para los intereses de los que sí están *desarrollados*, en particular en un escenario dentro del cual el poder depende inevitablemente del factor económico³.

Con el paso de los años, diferentes mecanismos y herramientas han aparecido para aprovecharse de la premisa del *desarrollo*, manipulando y condicionando la libertad y la autonomía de los Estados *subdesarrollados*. Este es el caso de los acuerdos de protección y promoción a la inversión extranjera que aparecieron a finales de la década de los cincuenta como parte de un experimento jurídico desarrollado por Alemania. Fue en ese entonces que, en respuesta al proceso de descolonización, se convertiría a Pakistán en *conejillo de indias* para establecer una nueva estructura para blindar la propiedad privada y los intereses económicos de los nacionales alemanes⁴. Una iniciativa que tras resultar exitosa, aprovechando al máximo la relación entre dinero, poder

1 RODRÍGUEZ CUENCA, JOSÉ VICENTE. *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 267.

2 Con esto no hacemos referencia a la figura formal de la capacidad de voto que tienen o no los países en las decisiones que se toman en los diferentes foros de negociación y decisión del escenario internacional. Más allá de la institución del *voto*, hablamos sobre la verdadera “participación” que tienen estos Estados en la comunidad internacional, la cual en realidad es prácticamente nula, dado que no tienen la misma importancia que los países desarrollados. KENNEDY, DAVID. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Estados Unidos, Princeton University Press, 2016.

3 LINDAHL, HANS. *Legal Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018.

4 URUEÑA, RENÉ y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE Alberto. *Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones*. En: CÉSPEDES-BÁEZ, LINA y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE (eds.). *Utopía y oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Universidad del Rosario, 2017, p. 160.

y desarrollo, terminaría haciéndose popular y replicándose hasta el 2018 en más de 3.322 oportunidades⁵.

La inversión extranjera ha sido vendida a los Estados *subdesarrollados* bajo la falsa premisa del desarrollo, asegurando que *a mayor atracción de capital extranjero, habrá mayor desarrollo*⁶. Esto ha supuesto que la gran mayoría de los países de América Latina y el resto del Sur Global hayan entrado en el universo de la inversión extranjera, aceptando las condiciones impuestas por este sistema y, en algunos casos, reconociendo los riesgos y efectos colaterales que puede generar. En el caso latinoamericano, los acuerdos de protección y promoción a la inversión (APRI) y la inversión extranjera en general se han convertido en la regla general para legitimar y desarrollar proyectos extractivos relacionados con los recursos naturales que aún existen dentro del territorio regional.

Por su parte, Colombia no ha sido ajena a este fenómeno y, sorprendida por el potencial *desarrollista* que tiene la inversión extranjera, ha abierto sus puertas a las empresas multinacionales. Sin embargo, al idealizar la noción de *desarrollo*, y admitir el sistema de la inversión extranjera, se ha puesto en vilo el interés público nacional y a los pueblos originarios y ancestrales del país en el entendido que gran parte de los recursos naturales se encuentran en sus territorios.

Partiendo de esta realidad, este artículo tiene por objeto reconocer que, si bien el derecho internacional de la inversión extranjera puede ser un nuevo vehículo para la colonización⁷, se consolida mediante una decisión soberana del Estado colombiano que privilegia los intereses económicos privados extranjeros, lo que afecta gravemente el interés público nacional y los derechos de

5 Esta cifra incluye no solo los Acuerdos de Protección y Promoción a la Inversión Extranjera (APRI), sino también aquellos tratados de libre comercio que cuentan con un capítulo de inversión (altamente asimilable a un APRI). Solo en el caso de los APRI son 2946 tratados. Unctad. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, United Nations, 2018, p. 88.

6 Cuando hablamos de la *falsa premisa del desarrollo* hacemos referencia al racionamiento en el que, *a mayor capital, mayor desarrollo*. No obstante, no por ello estamos desconociendo que la inversión extranjera puede tener una serie de efectos “positivos” dentro de los países receptores de la inversión que de una u otra manera inciden en el desarrollo; un buen ejemplo de ello es la transferencia de conocimiento y tecnología. Al respecto se puede ver la segunda parte del trabajo de FOSTER, GEORGE. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, n.º 4, 2012, p. 27.

7 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Encrypted International Investment Law. En: SANÍN-RESTREPO, R. (ed.). *Decrypting Power*, Rowan & Littlefield, 2018, p. 49.

para la internacionalización de la economía nacional y la libre circulación de corporaciones⁸.

Como parte de esta apertura económica al mercado internacional, una de las políticas exteriores que se ha mantenido constante con el paso de los años (y de los gobiernos de turno) ha sido la de promover y proteger la inversión extranjera en Colombia⁹. De esta manera, desde el año 1991 hasta la fecha, Colombia ha celebrado más de veinte tratados internacionales de este tipo y ha creado un amplio espectro de protección a la inversión proveniente de más de treinta países¹⁰.

Ahora bien, en principio, este complejo entramado normativo que protege la inversión extranjera hace parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto parecería estar condicionado al cumplimiento de los presupuestos constitucionales. Por lo anterior, podría concluirse que la protección a la inversión extranjera se encuentra limitada por el interés público y los derechos fundamentales de los colombianos. No obstante, la realidad indica lo contrario.

La experiencia latinoamericana, y en concreto la colombiana, muestran que los conflictos entre las normas internacionales de la inversión extranjera y las normas nacionales no pueden ser resueltos por medio del principio de la supremacía constitucional. Esta difícil dinámica entre ambos ordenamientos da lugar a una serie de riesgos que tienen incidencia en el grado de satisfacción de los derechos y que terminan por propiciar un nuevo escenario para la conquista de los recursos nacionales, como es lo que sucede con la alteración de la constitución económica y la naturaleza autónoma e independiente del derecho internacional de las inversiones. Veámoslo con más detalle.

8 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011, p. 139.

9 TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN. 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, FLORALBA y CORREA HENAO, MAGDALENA (eds.). *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo II: *El Estado constitucional y el derecho internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 186.

10 Esta cifra corresponde a los acuerdos internacionales de promoción y protección a la inversión extranjera y a los tratados de libre comercio que contienen un capítulo relativo a la inversión. En concreto se trata de los tratados que han sido celebrados con Canadá, Corea, Chile, China, EFTA, España, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Japón, México, Perú, Reino Unido, Singapur, Suiza, el Triángulo Norte, Turquía y la Unión Europea.

los pueblos indígenas. Para tales efectos, al hilo de la leyenda de El Dorado, se analizará la forma en la que la inversión extranjera tiene serios efectos negativos en los pueblos indígenas del país. De esta manera, la primera parte del artículo presentará cómo la admisión de la inversión extranjera ha sido resultado de una decisión soberana, reflejada en la política exterior colombiana. Después se presentarán en términos generales los potenciales efectos nocivos que ella puede tener en los pueblos indígenas; estos se evidencian en la tercera parte del documento en donde analizaremos el caso de Cosigo & Tobie Mining en la Amazonía colombiana. Finalmente, concluiremos mostrando cómo la apertura nacional a la inversión extranjera será la llave que finalmente conduzca a los *conquistadores* a encontrar el tesoro de El Dorado.

I. UN ESCENARIO PROLÍFICO PARA LA CONQUISTA

Mientras que en el siglo XV la llegada del imperio español a América Latina tomó por sorpresa a los pueblos originarios de la región, el aluvión de inversionistas extranjeros y multinacionales no ha sido para nada inesperado. A diferencia de lo que ocurrió en la conquista, este nuevo proceso de colonización se caracteriza porque los Estados latinoamericanos no solo están esperando la llegada de los extranjeros, sino que además la están promoviendo. En pocas palabras, la admisión de las multinacionales en territorio latinoamericano y la autorización para su explotación de los recursos naturales (entre otras actividades) hace parte de una decisión soberana de los Estados de la región.

Pese a que la celebración de tratados internacionales de inversión corresponde a decisiones soberanas, ello no quiere decir que se trate de decisiones libres e informadas. Por el contrario, puede defenderse que se trata de medidas que son tomadas por los Estados *subdesarrollados* con miras a participar dentro del sistema económico internacional y para lograr alcanzar, eventualmente, el estándar del *desarrollo*. En suma, se trata de acciones que se realizan, más que por el voluntarismo estatal, por la necesidad de entrar dentro de un sistema internacional constituido y operativo con base en los cánones del *primer mundo*.

Al igual que en el caso de la mayoría de los Estados latinoamericanos, Colombia ha sido uno de los países que, como consecuencia de esa necesidad inagotable por participar del sistema internacional, ha cedido ante la globalización y la internacionalización de la economía. Es así como en la década de los noventa, cuando se adoptó la nueva Constitución nacional, se acogieron los postulados del Consenso de Washington y se estableció un mandato

I. I. EL ANCLAJE A LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Tal y como lo hemos destacado ya, una de las características de la Constitución de 1991 tiene que ver con la implementación de las ideas neoliberales que se empezaron a desarrollar en el marco del Consenso de Washington. Prueba de ello es que ahora desde la academia y en la jurisprudencia constitucional se habla de la figura de la *constitución económica* en el interior de la Constitución nacional. En términos generales, este concepto agrupa disposiciones tanto orgánicas como dogmáticas que tienen que ver con las libertades y las actividades públicas económicas. Esto quiere decir que, por un lado, esta figura consagra y reconoce los derechos y libertades económicas; pero, por el otro, establece los poderes estatales para la intervención en la constitución económica y sus límites.

En tal sentido, dentro de los contenidos de la *constitución económica*, se ha identificado entre los principios estructurantes y procedimentales el que se encuentra en el artículo 226 de la Constitución y que establece un mandato para la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y ecológicas del Estado¹¹. De acuerdo con Correa Henao, esta dimensión de la *constitución económica* se manifiesta en particular mediante tres tipos de tratados, entre los que se incluyen los tratados internacionales de libre comercio y de protección a la inversión extranjera¹². Estos últimos cobran especial relevancia en este contexto en el entendido que en gran medida, por el tipo de relaciones e intereses que protegen, definen la actividad económica productiva, el mercado, la libre competencia (componente fundamental de la *constitución económica*), el patrimonio público y el poder de intervención pública en la economía¹³.

Ahora bien, es de destacar que, como consecuencia de ello, a los tratados internacionales de contenido económico se les reconoce una mayor importancia frente a muchas otras disposiciones legales e incluso, en algunas oportunidades, constitucionales (al considerar que, al fin y al cabo, la constitución económica también se erige como límite a otros contenidos de la constitución nacional,

11 CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional. En: CORREA HENAO, MAGDALENA, OSUNA, NÉSTOR y RAMÍREZ, GONZALO (eds.). *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 706.

12 Sumados a estos tratados que desarrollan y privilegian los mercados abiertos, también están los tratados de derechos humanos y los tratados de integración regional económica. Al respecto ver: CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional, cit.

13 CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional, cit.

como es el caso de la constitución ecológica)¹⁴. Esto se explica al entender estos tratados como parámetros interpretativos así como también cláusulas de articulación del derecho internacional con el derecho interno colombiano; lo que se evidencia en particular al ver cómo la Corte Constitucional colombiana ha tratado en su jurisprudencia este tipo de normas internacionales, empleándolas como criterios de interpretación de diferentes tipos de normas nacionales¹⁵.

Por último, el anclaje que el derecho internacional de las inversiones tiene a la *constitución económica* cobra mayor relevancia al ver que ese andamiaje normativo internacional tiende a lo que expertos como Prieto-Ríos y Abramovich han llamado el *enfriamiento regulatorio*. Se trata entonces de aquel fenómeno que estas normas generan en el que los Estados receptores de la inversión terminan perdiendo su capacidad regulatoria de los diferentes asuntos públicos que pueden llegar a afectar la inversión extranjera, como el mercado o los pueblos indígenas¹⁶.

Así pues, el talante neoliberal de nuestra Constitución conduce a que este tipo de normas internacionales que protegen los derechos económicos de los inversionistas se integren de cierta manera a la llamada *constitución económica*; complicando con ello la ponderación de los intereses y derechos que entran en juego cuando la inversión extranjera afecta o pone en riesgo bienes jurídicos como el medio ambiente o los derechos de los pueblos indígenas.

I . 2 . DOS LENGUAJES: EL DERECHO INTERNO Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Una segunda cuestión que conduce a que el escenario para la conquista sea más prolífico es el origen internacional de la protección a la inversión extranjera.

14 RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes constitucionales: tres herramientas para el Estado en el arbitraje de inversión*, tesis de pregrado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 54.

15 RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

16 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE. Thinking on International Investment Law: From Colonialism to International Systemic Violence, PhD diss., Birkbeck College University of London, 2017; ABRAMOVICH, VÍCTOR. Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global, *Global Campus Human Rights Journal*, vol. 1, 2017. pp. 141-164.

Al tratarse de obligaciones cuya vigencia y obligatoriedad tienen fundamento en normas internacionales cuya validez y coercibilidad son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, la resolución de un conflicto frente a una norma constitucional es aún más difícil y, por tanto, los intereses nacionales pueden verse comprometidos¹⁷. Veámoslo.

En términos generales, una norma internacional emerge cuando existe una convergencia de voluntades entre Estados. En el caso de los tratados internacionales (incluidos aquellos que protegen y promueven la inversión extranjera), estos cobran plena validez una vez las partes involucradas los han ratificado; existen, en todo caso, obligaciones preliminares y parciales entre la suscripción y la ratificación.

De acuerdo con nuestra Constitución nacional, los tratados internacionales entran a nuestro ordenamiento jurídico una vez ha sido proferida y sancionada la ley aprobatoria del tratado internacional correspondiente; lo que desde la doctrina ha sido asociado con un acto de transformación. En pocas palabras, la ley aprobatoria constituye un acto de refrendación interna frente a las obligaciones internacionales, envolviéndolas de efectos jurídicos plenos dentro del plano nacional e incluyéndolas, de cierta manera, dentro de nuestro sistema de fuentes.

Este *acto de transformación*, si bien para muchos académicos y practicantes del derecho internacional resulta determinante para que una norma internacional resulte válida dentro del plano interno, su ausencia o su posterior limitación o derogatoria no vician en ningún momento la validez internacional de la norma.

Tan solo para dar un ejemplo basta con pensar en un caso en el que un tratado internacional de inversión extranjera sea aprobado por el Congreso por medio de una ley aprobatoria de tratado internacional y que posteriormente su aplicación sea limitada por la Corte Constitucional, o en su defecto sea derogado por una nueva norma nacional. Estas decisiones soberanas, sean de la Corte Constitucional o del Legislativo, solo modularán los efectos internos que tiene el tratado internacional, pero, en virtud de los principios del derecho internacional, no limitan en ningún momento las obligaciones internacionales surgidas de tal tratado¹⁸.

17 ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA ANDREA *et al.* Conclusiones generales del proyecto de investigación. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAULA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios...*, cit., p. 708.

18 En concreto nos referimos al principio de derecho internacional contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el que se establece que ninguna

Esta doble naturaleza que cobra, para muchos, la norma internacional al ingresar al derecho nacional puede ser explicada también mediante la responsabilidad del Estado. Así las cosas, en el caso que un tratado que protege la inversión extranjera sea limitado en el ámbito nacional por la Corte Constitucional o alguna otra autoridad pública, no exonera de responsabilidad internacional a este Estado; ejemplo de ello es cómo, pese a la confluencia de intereses constitucionales e internacionales, Argentina fue condenado internacionalmente en más de una oportunidad por proteger los intereses que estaban tutelados vía su Constitución¹⁹.

En suma, pese a que el derecho internacional de la inversión extranjera entra a ser parte de nuestra pirámide normativa, no por ello pierde su naturaleza jurídica internacional. Es así como en realidad el derecho internacional y el derecho nacional, pese a mantener relaciones y dinámicas constantes, deben ser entendidos en principio como dos lenguajes diferentes, con implicaciones diferentes.

2. ENTRE EL ORO Y SUS GUARDIANES

Al igual que en la época de la Conquista, la explotación de recursos naturales viene acompañada de una serie de impactos para los pueblos indígenas. En los años mil cuatrocientos todo el territorio nacional pertenecía a los pueblos originarios; en cambio, hoy se estima que menos del 28% pertenece a ellos²⁰. Esta considerable disminución del territorio indígena durante los últimos seiscientos años ha sido resultado de los procesos de occidentalización y *desarrollo* que ha atravesado nuestro país. Consecuencia de lo anterior es que los territorios indígenas hayan sido reducidos hasta el punto de quedar exclusivamente en las zonas rurales del territorio nacional²¹. Es desde allí que las características

parte podrá invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales.

19 GARCÍA MATAMOROS, LAURA VALENTINA y ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017.

20 SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*, Unicef, 2003, p. 26.

21 Los integrantes de los pueblos indígenas colombianos se encuentran distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional. Pero ello no quiere decir que el que haya población indígena

propias de los pueblos indígenas supervivientes dan lugar a la aparición de una serie de riesgos y efectos que tiene la inversión extranjera.

2.1. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Al estar ubicados los territorios indígenas en las zonas rurales, ello supone que los pueblos indígenas habitan aquellos lugares en donde se encuentran la mayoría de los recursos naturales no explotados; es decir, ocupan el epicentro de la inversión extranjera y la industria extractiva. Ahora bien, esta coexistencia de intereses sobre el territorio y sus recursos supone riesgos tanto para los indígenas como para los inversionistas extranjeros en el entendido que en principio no es posible proteger los derechos indígenas sin afectar los intereses económicos de los inversionistas, o viceversa.

Sumado a lo anterior, la Relatora Especial para los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas también ha destacado que la particular desproporción que hay en los efectos de la inversión extranjera frente a los pueblos indígenas radica en la relación especial que ellos mantienen con el territorio y la naturaleza. En la mayoría de los casos, las comunidades indígenas, y en particular las latinoamericanas, reconocen cierta sacralidad al territorio y a la naturaleza que les hace imposible explotar o aprovechar desmedidamente la tierra²².

Estas condiciones suponen, en el contexto colombiano, la existencia de un riesgo particular, que se caracteriza por ser grave y desproporcionado. Tal desproporción tiene origen en la especial vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas por la violencia sistémica que padecen en el interior del sistema nacional, en donde pese al reconocimiento del pluralismo cultural existen patrones históricos de discriminación que se manifiestan tanto en el plano institucional como en el social²³.

en los centros urbanos y capitales signifique que siguen siendo los titulares (formales) de esos territorios. Cuando hacemos alusión al aislamiento del territorio indígena nos referimos a aquel del que la población indígena es titular (jurídicamente hablando).

22 Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, A/HRC/33/42, 2016.

23 Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 2017, párs. 65, 67 y 70.

3. UNA NUEVA VIOLENCIA SISTÉMICA: LOS EFECTOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Como resultado de la sumatoria de factores entre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y el diseño normativo e institucional de la inversión extranjera es posible concluir la aparición de una nueva violencia sistémica que termina por afectar a las comunidades indígenas. Esto cobra sentido al ver que ya no solo se repiten y mantienen los tradicionales patrones de discriminación social e institucional en contra de los grupos indígenas, sino que, además, se suman a ellos los patrones propios y discriminatorios de la inversión extranjera. Desde la doctrina se han identificado diferentes efectos nocivos que la inversión extranjera tiene frente a las comunidades indígenas dentro de los países receptores de la inversión y los cuales procedemos a explicar a continuación.

3.1. FALTA DE TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN

El primer gran efecto nocivo que se evidencia en el marco de la relación entre el derecho internacional de las inversiones (y el derecho internacional económico, en general) y los pueblos indígenas es el que tiene que ver con la ausencia de la participación de las comunidades ancestrales y los pueblos originarios en la negociación y la celebración de este tipo de tratados internacionales, así como en los procesos que resuelven las diferencias relativas a la inversión.

Con relación al proceso de negociación y celebración de este tipo de tratados, es claro que los intereses de los pueblos indígenas se encuentran subrepresentados, no solo por la ausencia física de representantes de estas comunidades, sino también porque los representantes del Estado rara vez los incluyen dentro de la agenda de negociación. Para evidenciar esto basta con ver cómo en ninguno de los procesos de negociación y celebración de los tratados económicos actualmente vigentes para Colombia participaron o fueron representadas las comunidades indígenas del país. Otro buen ejemplo es cómo la liberalización económica que se pretende a través de la ampliación de la Alianza del Pacífico tampoco ha sido consultada a los pueblos indígenas colombianos, a diferencia de lo que sí se ha hecho en el caso de Canadá y Nueva Zelanda, quienes son

dos de los países que buscan entrar a este acuerdo²⁴. Finalmente, un tercer y último ejemplo que puede dar fe de esta afirmación es la Sentencia C-187 del 2011 en la que la Corte Constitucional de Colombia declaró que no era necesario hacer consulta previa a los pueblos indígenas para celebrar y aprobar un tratado sobre informes de derechos humanos y libre comercio, en el entendido que el tratado “afectaba” a todo el pueblo colombiano y no solo a las comunidades indígenas.

Ahora bien, a lo anterior hay que sumar que esa ausencia de participación y representación no solo se limita a la celebración y negociación de los tratados, sino también a la solución de las diferencias surgidas con ocasión de ellos. Debido a la estructura y el diseño que tienen los mecanismos de solución de controversias relativas a la inversión, las vías para la participación de terceros (diferentes a los inversionistas o a los Estados) son mínimas; con el agravante que las opiniones y conceptos de los *amici curiae* son absolutamente subvaloradas a la hora de la toma de decisiones por parte de los árbitros internacionales²⁵. Ejemplo de ello es la forma en la que el tribunal de arbitramento hizo caso omiso a las declaraciones ofrecidas por parte de los representantes de las comunidades indígenas en el marco del caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú²⁶.

3.2. PREVALENCIA SISTEMÁTICA DE LOS INTERESES DE LOS INVERSIONISTAS

Un segundo efecto que tiene la recepción del derecho internacional de la inversión extranjera tiene que ver con la forma en la que la balanza siempre se inclina a favor de los inversionistas extranjeros. Esto en buena parte tiene que ver con lo que hemos destacado ya con relación al anclaje de la inversión extranjera a la constitución económica, pero continúa y se agrava en el entendido

24 PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. Neocolonialism and the Tension Between International Law and Indigenous Peoples: The Latin-American Experience. En: BORROWS, J. y SCHWARTZ, RISA (eds.). *Indigenous Peoples and International Trade: Building an Equitable and Inclusive International trade and Investment Agreement*, Cambridge University Press, 2019.

25 COLEMAN, JESSE y CORDES, KAITLIN. *International Investment and the Rights of the Indigenous Peoples*, Columbia Center of Sustainable Investment.

26 Bear Creek Mining Corporation v. Peru [2017], Icsid Case n.º ARB/14/21.

que el mismo andamiaje normativo que constituye esta rama del derecho internacional está diseñado de tal manera que proteja solamente los intereses económicos de los inversionistas extranjeros; tanto así que el mismo nombre de estos acuerdos internacionales así lo anticipa: “Acuerdos de *protección y promoción* a la inversión extranjera”.

Entre las principales características que este entramado normativo tiene está la facultad de acudir de manera directa a un foro internacional, autocontenido, para la resolución de cualquier problema que surja en el marco de la inversión protegida. Un sistema seudojurisdiccional que, además, no solo no da lugar a la participación de terceros interesados, sino que tampoco permite la apelación de las decisiones. Adicionalmente, el diseño y funcionamiento de este tipo de justicia se caracteriza por ser de carácter particular (por el tipo de personas que allí administran justicia), privado (por el carácter reservado de sus decisiones) y restringido (por su naturaleza autocontenida que restringe el derecho aplicable a sus decisiones).

Todas las anteriores características y su naturaleza discriminatoria, en cuanto a los pueblos indígenas y sus intereses, pueden ser apreciadas en casos como los de Chevron contra Ecuador o Burlington Resources Inc. contra Ecuador²⁷. Tanto en uno como en otro la justicia arbitral ejercida en el marco de los correspondientes tratados internacionales económicos dio lugar a una decisión contradictoria a la que habían o proferirían otras jurisdicciones como la constitucional ecuatoriana o la interamericana. Esto en el entendido que los árbitros internacionales tuvieron en cuenta únicamente las normas internacionales relativas a la inversión y privilegiaron su interpretación a favor de los inversionistas extranjeros.

3.3. EFECTOS MATERIALES EN LO CULTURAL Y LO SOCIAL

Finalmente, tal vez una de las categorías más preocupantes de los efectos de la inversión extranjera frente a los pueblos indígenas es la que tiene que ver con las implicaciones negativas que tiene en cuanto a su integridad social y cultural. Por las razones que hemos expuesto, al hablar de la especial vulnerabilidad que

27 Chevron and TexPEt v. Ecuador [2018], PCA Case n.º 2009 - 23, Second Partial Award on Track II, part VIII-001; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador [2010], Icsid Case n.º ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)).

tienen los pueblos indígenas y en particular debido a su ubicación geográfica, la inversión extranjera puede tener graves efectos adversos en cuanto a la supervivencia de estas comunidades.

La presencia de proyectos extractivos en territorios indígenas puede dar lugar, entre otras cosas, a la exposición a enfermedades e infecciones exógenas a su sistema, a la contaminación química de sus recursos naturales vitales (como el agua, la flora y la fauna) y la destrucción de su ecosistema. Sumado a ello, la llegada de esta industria puede generar también la erosión de su cultura e identidad al exponerlos al diálogo con el personal de la compañía, que proviene de la sociedad mayoritaria e incluso de sociedades extranjeras. Por consiguiente, la sumatoria de ambas situaciones, junto con los intereses excluyentes que las multinacionales tienen en sus territorios, también da lugar al desplazamiento forzado y el desarraigo de las culturas, lo que puede convertirse en el final de una comunidad indígena²⁸.

Ahora bien, hasta el momento hemos mencionado apenas algunos de los muchos efectos que la inversión extranjera y el derecho internacional de las inversiones pueden y tienen sobre los pueblos indígenas. Ahora, a continuación, procederemos a ejemplificar cómo en una de las tantas controversias internacionales que han surgido en contra de Colombia con ocasión de tratados internacionales que protegen y promueven la inversión extranjera se evidencian estos efectos, como consecuencia de la decisión soberana del Estado de abrir su economía a este tipo de relaciones económicas, poniendo en riesgo intereses nacionales y constitucionales como lo son los derechos de los pueblos indígenas.

4. LANZAS CONTRA GIGANTES METÁLICOS

Tal y como lo hemos visto, la admisión del derecho internacional de la inversión extranjera da lugar a que se avecine(n) una(s) nueva(s) batalla(s) entre los pueblos originarios y los extranjeros. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en la Conquista original, en esta oportunidad los colonizadores cuentan con el aval y el apoyo de las autoridades públicas nacionales, por lo que es probable que en esta oportunidad no solo se repita el genocidio indígena, sino que, además, los extranjeros encuentren El Dorado.

28 FOSTER, GEORGE K. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, issue 4, p. 627.

Para dar cuenta de lo anterior, a continuación narraremos lo que ha ocurrido y nos arriesgaremos a vaticinar lo que ocurrirá en el marco del caso de Cosigo & Tobie Mining contra Colombia, una de las trece demandas internacionales en contra de Colombia, surgidas en virtud de los acuerdos de protección y promoción a la inversión extranjera con la que las multinacionales persiguen una compensación que supera los 16 billones de dólares estadounidenses.

Para comprender a cabalidad el hilo narrativo de este caso es necesario reconocer la coexistencia de dos historias paralelas (la de la protección de los pueblos indígenas y la del desarrollo del proyecto extractivo de las multinacionales). Así las cosas, a continuación relataremos cada una de ellas.

4.1. UN MUNDO DE ENSUEÑO, LIBRE Y SEGURO

Por las razones que hemos señalado, la región de la Amazonía colombiana es no solo una de las más inexploradas y vírgenes del país, sino que además concentra una gran porción de los pueblos indígenas que aún subsisten en nuestro territorio. Por lo anterior, es apenas obvio que este sería uno de los primeros escenarios que procurarían protegerse con el reconocimiento de la diversidad cultural y la riqueza natural de nuestro país.

Así las cosas, la protección de los bienes medioambientales y las comunidades ancestrales del sur del país se remonta mucho más allá de la vigencia de la Constitución de 1991. De hecho, los primeros vestigios de la protección del medio ambiente y las cuestiones relativas en el Vaupés y la Amazonía se presentan en la década de los cincuenta con la expedición de la Ley Segunda de 1959, por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. Por medio de ella se ordenó la creación de siete zonas de reservas forestales (ZRF) a lo largo y ancho del país²⁹. Entre ellas, la ZRF de la Amazonía, que incluye tanto el Departamento del Vaupés como el Departamento del Amazonas³⁰.

29 ZRF del Pacífico, ZRF Central, ZRF del Río Magdalena, ZRF de la Sierra Nevada de Santa Marta, ZRF de la Serranía de los Motilones, ZRF del Cocuy y ZRF de la Amazonía.

30 El artículo 1.7 de la Ley 2 de 1959 delimita la ZRF de la Amazonía en los siguientes términos: “Partiendo de Santa Rosa de Sucumbíos, en la frontera con el Ecuador, rumbo Noreste, hasta el cerro más alto de los Picos de la Fragua; de allí siguiendo una línea, 20 kilómetros al Oeste de la Cordillera Oriental hasta el Alto de Las Oseras; de allí en línea recta, por su distancia más corta, al Río Ariari, y por este hasta su confluencia con el Río Guayabero o el Guaviare, por el cual se sigue aguas abajo hasta su desembocadura en el Orinoco; luego se sigue la frontera con

Esto quiere decir que, desde ese momento, los recursos naturales y el territorio comprendido dentro de la reserva ascendieron a la categoría de constitucionalmente protegidos. En este sentido, esos bienes no solo quedaron cobijados por la obligación estatal de proteger el medio ambiente y la administración responsable de los recursos naturales, sino también por las normas relacionadas con las zonas forestales protectoras y los bosques de interés público previstos por el Decreto legislativo 2278 de 1953. En concreto, debido a su pertenencia a la categoría de ZRF, el aprovechamiento de los recursos quedó sujeto al régimen especial que dictaminase el Gobierno en ese entonces.

Posteriormente, en la década de los ochenta, el Incora mediante Resolución 035 de 1988 declaró la constitución de una serie de resguardos indígenas, entre los que se incluyeron el Resguardo Yaigojé Apaporis de 518.320 hectáreas³¹ y el Resguardo Vaupés de 3.375.125 hectáreas³². Así entonces, los territorios aquí incluidos pasaron a estar protegidos por el inciso segundo del artículo 329 de la Constitución que entró en vigor en 1991, al ser reconocidos como

Venezuela y el Brasil, hasta encontrar el Río Amazonas, siguiendo la frontera Sur del país, hasta el punto de partida”.

- 31 La delimitación del resguardo corresponde a la siguiente conforme a lo establecido por la Resolución: “Noreste: Desembocadura del caño Korubari. Norte: Río Apaporis aguas abajo, río Pirá-Paraná, caño Agua Blanca o Umuña, Resguardo Indígena del Vaupés. Este: Divisoria de aguas entre los afluentes del río Apaporis, sistema rocoso del oriente, quebrada Jotabeyá, divisoria de aguas entre las quebradas Jotabeyá, Alsacia, Chontaduro y Agua Blanca y de los afluentes del río Yaunas o Ugá, de los afluentes del río Ujca Vica o río Pare, caño Venado, aguas arriba por el río Apaporis, Trocha de Joaquín, divisoria de aguas entre los afluentes del río Apaporis y los afluentes del río Mirití-Paraná. Sur: Divisoria de aguas entre las quebradas Agua Blanca, afluentes del río Popeyacá y afluentes del río Mirití Paraná, Resguardo Indígena Mirití Paraná. Oeste: Divisoria de aguas entre los afluentes del río Popeyacá y de la quebrada Guacayá o Yapiyá, caño Korubari”.
- 32 La delimitación del resguardo corresponde a la siguiente, conforme a lo establecido por la Resolución: “Noreste: Hito Internacional Colombia-Brasil, Camanaos. Norte: río Isana, Margen derecha del río Pupunaua, confluencia del caño Aceite-río Papunaua. Oeste: río Querarí, río Cuduyarí, caño Paraná-Pichuna, caño Pindaiba, río Vaupés, bocas del caño Cuya, trocha Tío Barbas, caño Pirandira, caño Tui, trocha que comunica el caño Tui con el caño Negro, caño Cananarí, caño Churuco hasta su desembocadura en el río Apaporis, bocas del Pirá en la confluencia del río Apaporis y el río Pirá-Paraná, caño Umuña. Este: Nacimiento del río Taraira donde se encuentra el Hito Internacional Colombia-Brasil siguiendo el límite Internacional hasta el Hito Internacional llamado Melo Franco en orillas del río Papurí se sigue el límite hasta la confluencia del río Papurí-río Vaupés, Yavaraté, río Vaupés aguas arriba hasta la desembocadura del río Querarí, Camanaos”.

derecho colectivo y no enajenable. Esto quiere decir que, en realidad desde ese momento, perdió cualquier posibilidad de ser comerciable.

Finalmente, el proyecto de la delimitación y declaración del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis inició con la solicitud realizada por Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé Apaporis (Aciya)³³ el 17 de marzo del 2008 ante MinAmbiente. Para ello, el Ministerio y Parques Nacionales Naturales diseñaron y establecieron los criterios para la realización de la consulta previa, conforme a los estándares nacionales e internacionales, y procedieron a realizarla aun cuando el Ministerio del Interior le había notificado a Parques Nacionales Naturales que no se cumplía con todos los requisitos previstos nacional e internacionalmente para ello.

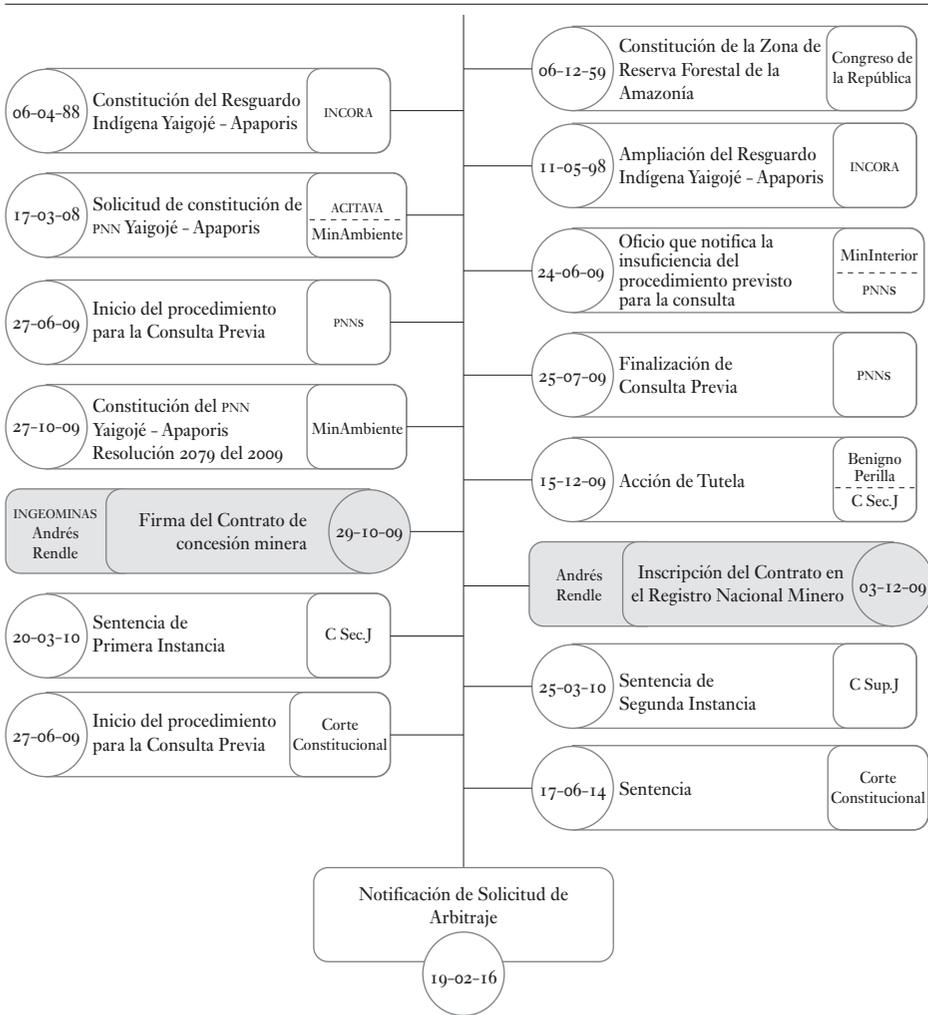
El proceso de consulta previa transcurrió por cerca de un mes, concluyó el 25 de julio del 2009 y se autorizó la constitución del parque, debido a que las comunidades indígenas que serían afectadas por la decisión estaban de acuerdo con ello. Esto llevó a que finalmente el 27 de octubre de ese mismo año el Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución 2079 del 2009, declarara la constitución del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

Como respuesta a tal decisión sobre la constitución del parque, una organización representativa de una porción de los grupos indígenas en cuestión instauró una acción de tutela en su contra, alegando que su derecho fundamental a la consulta previa había sido vulnerado. De allí que en Sentencia T-384A del 2014 la Corte Constitucional declarara que la constitución del parque estaba en orden y que por tanto no se había vulnerado el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas³⁴.

33 Resolución 0135 del 11 de octubre de 2002.

34 Para resumir las razones que llevaron a esta decisión podemos señalar que para la Corte se cumplió a cabalidad con el debido proceso en la consulta previa, toda vez que se llevó a cabo un acto preparativo³⁶, una preconsulta³⁶, una convocatoria pública y suficiente³⁶, una socialización masiva de la intención³⁶, la divulgación y difusión del proyecto y sus posibles consecuencias –positivas y negativas–³⁶ y la protocolización cumplió con los requisitos necesarios. De igual manera, la Corte estableció que la constitución del PNN no implicaba una limitación o afectación al derecho a la propiedad colectiva ni a la autonomía de las autoridades indígenas. Esto debido a que, tal y como se encontró probado en el proceso, las autoridades del PNN ya habían desplegado los actos necesarios para reconocer y articularse con las comunidades indígenas, respetándoles su autonomía y su propiedad dentro de los estándares constitucionalmente establecidos.

FIGURA 1. CRONOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN DEL PNN YAIGOJÉ APAPORIS



Fuente: elaboración propia.

4.2. UNA NUEVA CAMPAÑA POR EL ORO

Por otro lado, la historia relacionada con el proyecto minero de Cosigo y Tobie Mining en la zona del Taraira en el Vaupés tiene origen en tiempos más recientes. En concreto, con la solicitud que hizo Tobie Mining el 17 de julio del 2007 para la concesión minera para la exploración y explotación de los

tres yacimientos ubicados en esa zona. Al respecto, Ingeominas respondió a la propuesta (denominada bajo la referencia IGH-15001X), el 14 de abril del 2009, señalando la sobreposición de la zona de interés para el proyecto con la ZRF de la Amazonía³⁵.

Posteriormente, Ingeominas notificó el otorgamiento de la concesión minera al representante de la multinacional, el 16 de septiembre del 2009. No obstante, la firma del contrato de concesión tuvo lugar únicamente hasta el 29 de octubre de ese mismo año y su inscripción posterior en el Registro Nacional Minero no fue sino hasta el 3 de diciembre.

Tomando en consideración que tanto la firma como la inscripción en el registro fueron posteriores a la constitución del Parque Yaigojé Apaporis, la entidad Parques Nacionales Naturales notificó al concesionario de la imposibilidad de ejecutar el objeto de su contrato debido a la protección constitucional de la zona con base en la delimitación del parque³⁸. Consecuencia de ello fue que posteriormente Ingeominas mediante Resolución DSM 0112 del 6 de julio del 2011 ordenó el cese de actividades de exploración y explotación y el retiro y desalojo de las inmediaciones del proyecto ubicadas dentro del parque. Si bien los representantes de la multinacional adelantaron los recursos correspondientes en contra de la decisión, la determinación definitiva de Ingeominas fue la de mantener la orden de retiro y desalojo.

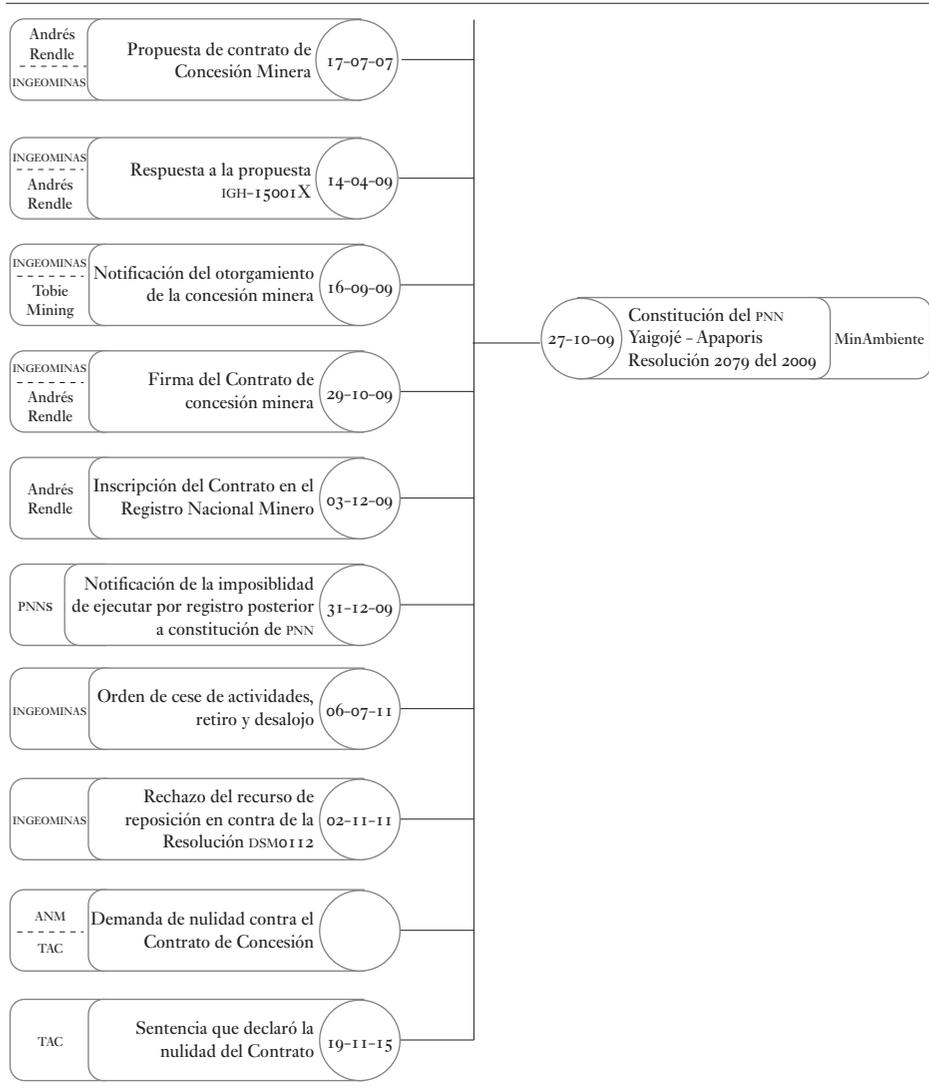
Finalmente, el contrato de concesión fue demandado por la Agencia Nacional de Minas (entidad que reemplazó a Ingeominas) con el objetivo de ser declarado nulo por su objeto ilícito. Situación que terminó por ser zanjada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al ser declarado nulo mediante sentencia del 19 de noviembre del 2015.

Ahora bien, de la revisión de la minucia de los detalles fácticos es posible evidenciar que hay una serie de puntos en los que se entrelazan las historias. De esta manera, es claro que hay una coincidencia de intereses por un mismo territorio, el cual además venía atravesando procesos diferentes con relación a su protección y su destinación y por lo cual además no sería posible una solución intermedia que satisficiera tanto a las comunidades indígenas como a los inversionistas extranjeros. Por lo anterior, es necesario revisar las implicaciones

35 En ella se destacó que para efectos de proceder a conceder la concesión en cuestión sería necesario que se pudiese garantizar la coexistencia de ambas actividades y áreas, contar con todos los permisos ambientales correspondientes y, finalmente, que se realizase la consulta previa correspondiente, debido a que la decisión podría afectar a varias comunidades indígenas.

que tiene esta coexistencia entre la inversión extranjera y las comunidades indígenas en el marco del caso Cosigo & Tobie Mining contra Colombia.

FIGURA 2. CRONOLOGÍA DEL PROYECTO MINERO DE COSIGO Y TOBIE MINING



Fuente: elaboración propia.

5. EL ENFRENTAMIENTO PREVIO A EL DORADO

De las dos historias que hemos relatado hasta el momento, es evidente la coexistencia de intereses (excluyentes) en un mismo territorio en el entendido que la veta aurífera sobre la que versa el proyecto de la multinacional se encuentra en tierras indígenas. Por lo anterior, y considerando lo que hemos destacado en las primeras páginas de este capítulo, es evidente que existe una serie de riesgos y efectos adversos para los pueblos indígenas aledaños a la veta del Taraira Sur que ya se hacen evidenciables, incluso antes de que el caso sea resuelto por los árbitros internacionales.

Para empezar, hay que señalar que ningún pueblo indígena del país hizo parte del proceso de negociación y celebración del Tratado de Libre Comercio firmado entre Colombia y Estados Unidos en el entendido que a los ojos del Gobierno nacional y de la Corte Constitucional no era necesario, al no afectar de manera directa e individual los derechos de los pueblos indígenas³⁹. Esto quiere decir que, de entrada, las comunidades indígenas se vieron subrepresentadas y discriminadas en el proceso de negociación de un instrumento que en realidad no solo podía generar una afectación directa, sino que podría tener sendos y gravísimos efectos adversos sobre sus derechos, tal y como lo ha destacado *a posteriori* la Relatora Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas⁴⁰.

Sumado a lo anterior, hay que destacar que en este caso el riesgo de exposición y de erosión cultural se concretó al ver cómo la multinacional no solo contactó directamente a las comunidades indígenas, sino que además se entrometió mediante maniobras engañosas y fraudulentas en el proceso de consulta previa para la constitución del Parque Nacional Yaigojé Apaporis⁴¹.

Una tercera cuestión por medio de la cual se evidencian los efectos negativos que este tipo de tratados tienen sobre los derechos de los pueblos indígenas y que ocurre en esta oportunidad es la de la prevalencia de los intereses de los inversionistas extranjeros sobre los de los pueblos indígenas que se ha gestado gracias a la apertura económica de nuestro Estado. Esto se evidencia en el entendido que pese a que media una decisión de la Corte Constitucional (órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) que establece la legalidad de la constitución del Parque Nacional Natural (y con ello la protección a los intereses y derechos de los pueblos indígenas en cuestión), el sistema dio a lugar que Cosigo & Tobie Mining pudiesen acudir de manera directa a la jurisdicción internacional para la tutela de sus intereses.

Esta demanda internacional tiene fundamento en el capítulo décimo del Tratado de Libre Comercio que versa sobre la inversión extranjera y en concreto en el artículo séptimo de este capítulo que habla sobre la expropiación. El primero de los cargos se fundamenta en que se les había realizado una expropiación basada en fraude, toda vez que se les habían afectado sus derechos sobre el yacimiento aurífero ubicado en –y llamado– Taraira Sur, a raíz de una medida tomada a partir de razones fraudulentas. Para explicar tal afirmación, los demandantes traen a colación que las mayorías que participaron en la consulta previa para la constitución del Parque Nacional Natural fueron falsas; que las firmas recogidas en el acta de protocolización de la consulta previa también eran falsas y finalmente que, en la audiencia pública ante la Corte Constitucional, se habían realizado actos de fabricación de falsas identidades para reemplazar a los directivos de la Asociación de Capitanes Indígenas de Taraira-Vaupés (Acitava). Actos que fueron orquestados y realizados, según la empresa, por Parques Nacionales Naturales, MinAmbiente y la Fundación Gaia Amazonas (FGA). El segundo cargo reclamaba que la expropiación –indirecta– había sido realizada sin la compensación correspondiente, incluso en contradicción de nuestro ordenamiento jurídico nacional. Así mismo, que se trataba de una expropiación indirecta toda vez que era por causa de Parques Nacionales Naturales que no estaban pudiendo desempeñar las actividades exploratorias.

Ahora bien, debido a la naturaleza de la justicia que se administra en el arbitraje internacional de inversiones y dado que Colombia aún no tiene experiencia de defensa en esos escenarios es difícil señalar con certeza lo que ocurrirá. Pese a lo anterior, debido a los elementos de análisis que hemos señalado y la experiencia comparada latinoamericana, es factible predecir lo que podrá llegar a ocurrir.

Así las cosas, es posible prever que debido al foro que se ha elegido para la solución de esta controversia, es decir, el arbitraje de inversión, es posible prever que no habrá lugar a la participación de las comunidades indígenas dentro del proceso; y que, en caso tal de que acepten su presencia como *amicus curiae*, no serán tenidas en cuenta. Sumado a ello, debido al derecho aplicable para la solución de la controversia y el *modus operandi* de este tipo de tribunales, la decisión será tomada con base en el tratado de libre comercio sin tener en consideración el derecho constitucional ni las demás disposiciones de derecho internacional que pertenecen a otros regímenes como el del derecho internacional de los derechos humanos.

Consecuencia de lo anterior, el Estado colombiano tendrá dos posibilidades. Por un lado, podrá continuar con el proceso de arbitraje y elevar su defensa con la esperanza de conseguir la no condena; o en su defecto podrá resolver la situación concediendo de nuevo las licencias correspondientes para la explotación de los recursos auríferos de la zona Taraira Sur, afectando materialmente a las comunidades indígenas y dando lugar a un eventual proceso ante otro foro internacional como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En cualquiera de ambos casos, Cosigo & Tobie Mining encontrará El Dorado, sea en oro o en dólares.

CONCLUSIONES

La historia de Colombia y de Latinoamérica en general está lejos de lograr escapar de los arquetipos y la repetición pronosticados por el mito del eterno retorno. Las relaciones de sometimiento son apenas uno de los muchos ejemplos de ello, solo que con el agravante que al parecer no solo no logramos salir de la repetición de la historia, sino que parecería que facilitamos su curso. Esto es justamente lo que ocurre con la recepción del derecho internacional de la inversión extranjera dentro de nuestros ordenamientos nacionales; muchas veces damos pie a que ocurra una nueva forma de colonización, solo que, en esta oportunidad, blindada por todos los frentes.

Tal y como lo hemos destacado, la admisión de la inversión extranjera por medio de tratados internacionales que la protegen y la promueven a veces no solo abre la puerta para la afectación de los intereses nacionales y los derechos de los pueblos indígenas, sino que además los termina sacrificando gracias a una decisión soberana en pro de una añoranza por el desarrollo. Una decisión que se consolida y fortalece con el paso de los años y con la firma de más y más tratados de este tipo, pero que, proporcionalmente, aumenta el riesgo y los daños a nuestras comunidades indígenas.

En esta oportunidad hemos visto en términos generales únicamente tres de los muchos efectos adversos que tiene la inversión extranjera (y el derecho que la protege) sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de la renovación y consolidación de nuevos patrones discriminatorios que pretenden silenciar y excluir cada vez más las voces de los pueblos indígenas, propiciando su erosión y su paulatina desaparición.

El caso de Cosigo & Tobie Mining es apenas uno de los muchos en los que se ve cómo una empresa multinacional, legitimada por un instrumento internacional sobre inversión extranjera, termina por contaminar y poner en

riesgo la integridad y la subsistencia de las comunidades indígenas nacionales. Sin embargo, es un caso que resulta ideal para evidenciar cómo la política exterior colombiana (como manifestación de la soberanía nacional) en muchas ocasiones conduce a las multinacionales a encontrar, sin margen de error, el tesoro de El Dorado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR. Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global. *Global Campus Human Rights Journal*, vol. 1, 2017, pp. 141-164.
- ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA *et al.* Conclusiones generales del proyecto de investigación. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Bear Creek Mining Corporation v. Perú (2017). Icsid Case n.º ARB/14/21.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador. Icsid Case n.º ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), 2010).
- Chevron and TexPET v. Ecuador. PCA Case n.º 2009-23, Second Partial Award on Track II, part VIII-001, 2018.
- COLEMAN, JESSE y CORDES, KAITLIN. *International Investment and the Rights of the Indigenous Peoples*, Columbia Center of Sustainable Investment.
- CORREA HENAO, MAGDALENA. El orden económico constitucional. En: CORREA HENAO, MAGDALENA, OSUNA, NÉSTOR y RAMÍREZ, GONZALO (eds.), *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia T-384A del 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-217 del 2017.
- GARCÍA MATAMOROS, LAURA y ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los

- arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017.
- Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous peoples*, United Nations, A/HRC/33/42, August 11th, 2016.
- FOSTER, GEORGE K. Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, issue 4, 2012.
- KENNEDY, DAVID. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016.
- LINDAHL, HANS. *Legal Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018.
- Ministerio del Medio Ambiente. Resolución 0135 del 11 de octubre de 2002.
- Parques Nacionales Naturales. Oficio 002653 del 31 de diciembre del 2009, de Parques Nacionales Naturales, dirigido a Andrés Rendle, representante en Colombia de la empresa Tobie Mining.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. *Thinking on International Investment Law: From Colonialism to International Systemic Violence*, PhD diss., Birkbeck College University of London, 2017.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Enrypted International Investment Law. En: SANÍN-RESTREPO, RICARDO (ed.). *Decrypting Power*, Rowan & Littlefield, 2018, pp. 49-66.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. Neocolonialism and the Tension Between International Law and Indigenous Peoples: The Latin-American Experience. En: BORROWS, J. y SCHWARTZ, R. (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade: Building an Equitable and Inclusive International trade and Investment Agreement*, Cambridge University Press, 2019.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL y HERRERA SANTA, KEVIN. La jerarquía normativa del derecho económico internacional ¿legalidad o infralegalidad de los tratados de libre comercio?

- En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: ACOSTA LÓPEZ, JUANA, ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes constitucionales: tres herramientas para el Estado en el arbitraje de inversión*, tesis de pregrado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RODRÍGUEZ CUENCA, JOSÉ VICENTE. *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*, Unicef, 2003.
- TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN. *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, FLORALBA y CORREA HENAO, MAGDALENA (eds.), *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo II: *El Estado constitucional y el derecho internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Unctad. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, United Nations, 2018.
- URUEÑA, RENÉ y PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO. Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones. En: CÉSPEDES-BÁEZ, L. M. y PRIETO-RÍOS, E. (eds.), *Utopía y oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Universidad del Rosario, 2017.