

IMPLICACIONES DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Yira SEGRERA AYALA*
Meylin ORTIZ TORRES**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto y Caracterización del TLC Colombia-Estados Unidos*. III. *Implicaciones del TLC Colombia-Estados Unidos frente a los Derechos de los Pueblos Indígenas*. IV. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

A nivel internacional, la lucha por el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas alcanzó uno de sus mayores logros con la aprobación en 2007, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI).¹ Adicionalmente, se pueden encontrar otros instrumentos, en particular el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² que buscan contribuir a superar la exclusión

* Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Master en estudios legales internacionales de American University en Washington (USA). En la Universidad del Norte: abogada; especialista en Derecho Público; Profesora Investigadora de tiempo completo del Departamento de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Directora del Observatorio en Comercio Internacional. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política GIDEPI. ysegrera@uninorte.edu.co.

** Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Abogada con énfasis en Derecho Internacional de la Universidad del Norte. Profesora a tiempo completo en la Universidad Sergio Arboleda sede Barranquilla. meylin.ortiz01@usa.edu.co.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 61/295, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.un-documents.net/a61r295.htm>. En sus inicios la Declaración fue aprobada con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones.

² Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989.

histórica de la que han sido víctimas los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional.

A nivel interamericano, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la protección de los pueblos indígenas ha sido un “campo de batalla”.³ Gracias a su jurisprudencia, hoy en día se puede afirmar que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, y recursos, así como el principio de su consentimiento libre, previo e informado, forman parte del *corpus iuris* del derecho vinculante de los derechos humanos.⁴ La Corte IDH ha sido el faro⁵ que ha permitido la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL)⁶ y que, a través de su jurisprudencia, ha ilustrado la contribución de la DNUDPI a la protección de los pueblos indígenas en los litigios relativos a los proyectos de inversión en sus territorios.⁷

Actualmente, los logros que se han alcanzado en la construcción del ICCAL⁸ se encuentran en riesgo, en parte debido a la celebración de tratados bilaterales de inversión (TBI) y la inclusión de capítulos de inversión dentro de los tratados de libre comercio (TLC).⁹ Según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, los Acuerdos

³ Burgogue-Larsen, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 438.

⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 127-128. Para mayor información véase Rodríguez Piñero, Luis, “The inter-American system and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en Allen, Stephen y Xanthaki, Alexandra (coords.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 457-484.

⁵ Herrera, Juan C., *The Right of Cultural Minorities to Binding Consent: Case Study of Judicial Dialogue in the Framework of a Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Max-Planck-Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-11, 2017, p. 3, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2972026>.

⁶ El proyecto ICCAL se desarrolla desde el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público con sede en Heidelberg, Alemania. Sobre los principales objetivos del ICCAL, véase <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-constitutionale-commune.cfm>.

⁷ Véase también la contribución de Christina Binder en este volumen.

⁸ von Bogdandy, Armin *et al.* (ed.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico, 2016.

⁹ En la literatura se hace referencia de manera general a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) para hacer referencia tanto a los TBI, como a los Capítulos de Protección de Inversiones en los TLC. Los AII otorgan una serie de garantías y derechos al inversor ex-

Internacionales de Inversión (AII) que se encuentran en vigencia son los celebrados con China, India, Perú, Chile, España, Suiza, Reino Unido, Japón, Estados Unidos, México, la Alianza del Pacífico, Triángulo del Norte, Mercosur y la Unión Europea (en este último se vincularon también Perú y Ecuador).¹⁰

El avance que se ha logrado en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas se ve amenazado por la poca protección que se les otorga a estos pueblos dentro de los TLC. Por ejemplo, la protección de la propiedad intelectual tal como se encuentra consagrada en los TLC pone en riesgo la protección de los conocimientos tradicionales de los indígenas, al incluir estos conocimientos tradicionales como propiedad intelectual, es decir, una mercancía que se puede comprar y vender.¹¹

En el presente capítulo, utilizaremos como caso de estudio el TLC entre Colombia y Estados Unidos.¹² El capítulo se enfoca en este TLC debido a las importantes implicaciones para el Estado colombiano y las controversias que generó su ratificación a nivel interno en Colombia. De esta manera, nuestro objetivo es delinear algunas opciones para promover un adecuado equilibrio entre el derecho económico internacional (DEI) y los derechos humanos, especialmente con relación a las tensiones que se generan en aquellas poblaciones más vulnerables, como lo son los pueblos indígenas.

II. CONTEXTO Y CARACTERIZACIÓN DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS

Al momento de discutirse la aprobación del TLC, entre los analistas que argumentaban a favor del mismo preponderaban argumentos en torno a que el TLC generaría desarrollo económico en favor del bienestar de los productores y del pueblo, innovación tecnológica, empleos con salarios más

tranjero establecido en los Estados de acogida, principalmente la protección de los derechos de los inversores a través de la solución de controversias en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁰ Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, 26 de junio de 2012, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/18028/acuerdo_comercial_entre_la_union_europea_colombia_y_peru.

¹¹ Rodríguez Cervantes, Silvia, *TLCs: el conocimiento tradicional en venta*, Grain, marzo de 2006, disponible en: <https://www.grain.org/fr/article/entries/38-tlcs-el-conocimiento-tradicional-en-venta>.

¹² Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, 22 de noviembre de 2006, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/727/texto_final_del_acuerdo.

altos y la promoción de la entrada masiva de inversión extranjera.¹³ Precisamente este llamado a la inversión como punto neurálgico de los afanes de la globalización económica permitió que, por su carácter transnacional o extranjero, muchas empresas realizaran proyectos de extracción y desarrollo¹⁴ en la región.¹⁵

Debido a que el TLC entre Colombia y Estados Unidos regula temas que van más allá que solo el comercio de bienes, se puede afirmar que pertenece a la categoría de acuerdos de nueva o segunda generación.¹⁶ Por ejemplo, se regulan temas relativos a comercio transfronterizo de servicios,¹⁷ propiedad intelectual,¹⁸ compras del Estado¹⁹ e inversión.²⁰ A su vez, la Corte Constitucional consideró que el TLC entre Colombia y Estados Unidos es un acuerdo de naturaleza especial, al señalar que

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América presenta unas características especiales que lo hacen atípico, por cuanto, dado el alcance de su propósito principal —la liberalización comercial de bienes y servicios—, las partes consideraron necesario consagrar en el mismo otros acuerdos y propósitos sobre aspectos no comerciales pero que para el caso se encuentran íntimamente relacionados con aquel, como los asuntos sanitarios y fitosanitarios, los derechos de propiedad intelectual, los laborales, y los del medio ambiente, que aunque sin el objeto per se de regular derechos fundamentales, en su desarrollo y aplicación sí pueden tener una repercusión sobre los mismos.²¹

¹³ Alviar, Helena, “El TLC con los Estados Unidos: redefiniendo los límites del debate”, en Urueña, René (coord.), *Derecho internacional, poder y límites del derecho en la sociedad global*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015, pp. 330 y 331.

¹⁴ Proyectos de desarrollo como: “carreteras, canales, represas, puertos y concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales”. Véase CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 30 de diciembre de 2009, párr. 205.

¹⁵ Véase CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015.

¹⁶ Universidad del Rosario, *Retos y perspectivas: el TLC en el contexto de la integración hemisférica*, 2006, p. 10, disponible en: http://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/w/Fasciculos-Anteriores/Tomo-I--2006/PDF/2006_fasciculo13/.

¹⁷ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, capítulo once.

¹⁸ *Ibidem*, capítulo dieciséis.

¹⁹ *Ibidem*, capítulo nueve.

²⁰ *Ibidem*, capítulo diez.

²¹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus car-*

Las referencias a cláusulas sobre derechos humanos en el TLC Colombia-Estados Unidos se limitaron solo a aspectos generales de carácter laboral y, por fuera de ello, no se hizo referencia explícita o implícita a compromisos en derechos humanos en el marco del TLC. Si bien es posible explicar la falta de inclusión de cláusulas sobre derechos humanos debido a la materia eminentemente comercial de los TLC y la falta de interés del Gobierno por proteger los derechos humanos en aras de beneficiar a los países contratantes y sus empresas,²² el Estado colombiano sí ha incluido este tipo de cláusulas en otros tratados como el TLC Unión Europea-Colombia y Perú,²³ y el TLC Colombia-Canadá.²⁴

El TLC entre Colombia y Estados Unidos generó polémicas en lo relacionado con la participación de los pueblos indígenas en la negociación, que se dio de acuerdo a lo establecido por el Decreto 2314 de 2004 “por el cual se reglamentan algunos aspectos procedimentales de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”.²⁵ Sin embargo, “la participación del movimiento indígena en estos espacios fue disminuyendo progresivamente pues se consideró que la incidencia de las propuestas y conclusiones era reducida, además de no implicar el cumplimiento de su derecho de participación y su desaprobación al proceso de negociación”.²⁶ No obstante, los pueblos indígenas promovieron su participación a través de procedimientos alternativos tales como la protesta civil y acciones judiciales.²⁷ Pese a estas manifestaciones, los indígenas y afrocolombianos vieron limitado su derecho a la consulta previa en temas

tas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006 y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007, julio de 2008, párr. 4.1.3.

²² Reatiga Mejía, Camilo *et al.*, “Internacionalización responsable: una perspectiva desde los TLC”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18, núm. 1, 2016, pp. 213 y 214.

²³ Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, *op. cit.*, capítulo 1, artículo 1.

²⁴ En el Preámbulo del TLC Colombia-Canadá se establece: los Estados reafirman “sus compromisos en relación con el respeto por los valores y principios de la democracia y la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales como lo proclama la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*”. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/16157/acuerdo_de_promocion_comercial_entre_la_república_de_colombia_y_canada.

²⁵ El Presidente de la República de Colombia, Decreto 2314, 21/07/2004, *Diario oficial* 45.617, disponible en: <https://actualicese.com/normatividad/2004/Decretos/D2314-04.htm>.

²⁶ Pérez, Olga Lucía y Novoa, Edwin, “El TLC Colombia-Estados Unidos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Pérez, Olga (coord.), *TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y resistencia*, Bogotá, Centro de Cooperación al Indígena (Cecoin)-Organización Indígena de Antioquia, 2007, p. 101.

²⁷ *Idem*.

relacionados con el TLC entre Colombia-Estados Unidos por decisión del juez constitucional.²⁸

III. IMPLICACIONES DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el marco de las primeras negociaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos, los pueblos indígenas exigieron la no aplicación del contenido del tratado en sus territorios, ya que ante el instrumento económico internacional, el Estado colombiano y los inversionistas veían el territorio como un instrumento de producción.²⁹ No debemos perder de vista que para los pueblos indígenas, la relación “con sus tierras y territorios tradicionales constituye una parte fundamental de su identidad y espiritualidad y se encuentra profundamente arraigada en su cultura y en su historia”.³⁰ Otra razón del rechazo se debió a que algunas normas³¹ necesarias para la aplicación de dicho TLC fueron entendidas por las organizaciones indígenas³² como evidentes formas de expropiación territorial. No se puede desconocer que el territorio

²⁸ Para la Corte Constitucional Colombiana, los efectos concretos del tratado no surgen a partir de su texto, sino de la materialización de los negocios que se celebran entre las empresas de cada Estado. Siendo esto así, no sería necesaria la consulta previa a las comunidades indígenas al momento de la negociación del tratado, Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

²⁹ Pérez, Olga Lucía y Novoa, Edwin, *op. cit.*, p. 105. Los pueblos indígenas participaron a través de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

³⁰ Foro Permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, *Los pueblos Indígenas – tierras, territorios y recursos naturales*, disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unhfi/documents/6_session_factsheet1_es.pdf.

³¹ El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la Ley General Forestal (recientemente declarada inconstitucional) y el Estatuto de Desarrollo Rural, y se incluirá la propuesta de la ley de aguas que se presentará próximamente en el Congreso, normas todas relacionadas con el Plan Visión Colombia 2019.

³² La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) expresó en Carta al Congreso de los Estados Unidos de América: “The Free Trade Agreement (FTA) between the governments of Colombia and the United States is a threat to our physical and cultural existence, as it allows for the individualization and commercialization of our rights. Moreover, it lays the foundation for the expropriation of our territories both through the acts of the armed actors and economic players, and by legal channels, through constitutional and statutory reforms adverse to our rights and existence as indigenous peoples”. Organización Nacional Indígena de Colombia, *To the Congress of the United States of America*, 18 de abril de 2007, disponible en: <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Andes/Colombia/past/April%202007%20ONIC%20FTA%20Letter%20to%20Congress.pdf>.

nacional es a su vez territorio y propiedad de grupos étnicos.³³ Este hecho generaría condiciones para un encuentro conflictivo entre el proyecto territorial indígena y el proyecto de ordenamiento territorial del Estado.

La ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) expresó:

El TLC afectara los territorios de nuestros pueblos indígenas, en cuanto se va a negociar sobre recursos que se encuentran en ellos. Se van a construir obras de infraestructura para garantizar estándares de competitividad, bajo el pretexto que son necesarias para posibilitar la salida ágil de nuestros recursos naturales.³⁴

En este sentido, la agenda económica del gobierno con la apertura a los acuerdos comerciales con otros países, iniciando con el acuerdo comercial con Estados Unidos, provocó la intensificación de algunas problemáticas. La suscripción por parte de Colombia del TLC con Estados Unidos vino acompañada de leyes que ayudaron a reconfigurar “la nueva espacialidad” requerida por el libre comercio.³⁵ Estas han incluido la privatización de los territorios a escala regional, la expropiación y desposesión directa de los territorios que se encuentran por fuera de la frontera agrícola, los efectos de la biotecnología, la imposición de modelos agrícolas de tardío rendimiento o la desprotección de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos. Estas situaciones, si bien no son específicas a los pueblos indígenas, constituyen una parte del impacto que se genera a sus territorios, donde su cosmovisión choca con la visión de producción del Estado y los inversionistas particulares,³⁶ por ejemplo aquellos interesados en invertir en el sector minero energético.

La problemática se centra en la negociación de los TLC, ya que son principalmente los gobiernos quienes se sientan a la mesa y, mientras que las organizaciones empresariales con frecuencia tienen un papel clave en la formulación de las propuestas bases de negociación, se prescinde de la

³³ “La Explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas...”. *Constitución Política de Colombia*, artículo 330.

³⁴ ONIC, *Denunciamos y rechazamos el Tratado de Libre Comercio*, 10 de septiembre de 2008, disponible en: <http://amazonwatch.org/news/2008/0910-onic-denunciamos-y-rechazamos-el-tratado-de-libre-comercio>.

³⁵ Houghton, Juan, “Desterritorialización, libre comercio y pueblos indígenas”, en Pérez, Olga Lucía (comp.), *TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y la resistencia*, Bogotá, Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN)-Organización Indígena de Antioquia, 2007, pp. 39 y 40.

³⁶ *Ibidem*, p. 39.

participación de algunos grupos sociales tales como los pueblos indígenas.³⁷ Debido a las obligaciones y consecuencias que este tipo de acuerdos conllevan a nivel nacional, así como a sus implicaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, podría afirmarse que al ser estos últimos excluidos de la toma de decisión respecto a su suscripción se violarían los preceptos del artículo 6 del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es decir, su derecho de participación política, siendo impactados por las inversiones extractivas o de infraestructura que dichos acuerdos han incentivado en sus tierras y territorios de ocupación tradicional.³⁸

1. *Tensiones entre los capítulos de medio ambiente y propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos frente a los derechos de los pueblos indígenas*

El capítulo de propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos, disminuye los estándares que se encuentran establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) del cual Colombia hace parte³⁹ y Estados Unidos aún no ha ratificado. En el CDB, en sus artículos 3 y 15, se acepta que los Estados son soberanos en el acceso a los recursos genéticos y tienen la facultad de regular el acceso a los mismos.⁴⁰ Como consecuencia de esto, los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), entre estos Colombia, a través de la Decisión 486, artículo 20, literal c, prohibieron las patentes sobre formas de vida humana, animal y vegetal en estado natural.⁴¹ Por su parte, el artículo 16.9.2 del TLC Colombia-Estados Unidos, ordena a que “una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes”. Esta situación genera claramente una tensión, pues al permitir la patente sobre plantas, se afecta de manera directa los conocimientos tradicionales de los

³⁷ Aylwin Oyarzún, José *et al.*, *El TPP y los derechos de pueblos indígenas en Latinoamérica*, Lima, IWGIA, 2016, pp. 74 y 75; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 159-167.

³⁸ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

³⁹ Colombia es Parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), mediante la Ley 165 de 1994 y entró en vigor para el país el 26 de febrero de 1995.

⁴⁰ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículos 3 y 15.

⁴¹ Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial*, 2000, artículo 20, literal c). No serán patentables: “las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”.

pueblos indígenas, ya que es justamente a través de las patentes como se legitima la biopiratería.

El capítulo de propiedad intelectual debe analizarse en contraste con el capítulo sobre medio ambiente del TLC Colombia-Estados Unidos. Existe una estrecha relación entre el tratamiento de la biodiversidad, el cuidado al medio ambiente y los recursos biológicos, genéticos y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Lo anterior se evidencia de manera expresa en los objetivos de dicho capítulo, que exponen la dinámica de apoyo mutuo de las políticas comerciales y ambientales, que pretenden la promoción y utilización óptima de los recursos conforme con el objetivo de desarrollo sostenible que integra el TLC.⁴² Dicha relación encuentra su justificación en la concepción de propiedad desde el mundo indígena, ya que está directamente relacionada con la tierra y está comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.⁴³

El tema de la propiedad presenta una complejidad enorme en el TLC, donde está regulada desde una perspectiva individualista, frente a la caracterización del mundo indígena que todo lo concibe bajo el criterio de colectividad.⁴⁴ De igual forma existe un desencuentro en las formas de propiedad entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Los primeros son de propiedad soberana del Estado,⁴⁵ y los segundos, pese a las obligaciones del Estado relativas al respeto y preservación de los conocimientos tradicionales, se conciben como propiedad colectiva desde la realidad indígena.⁴⁶

Esta situación lo que hace es favorecer la presencia de la biopiratería, que consiste en

⁴² Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, capítulo 18 (Medio Ambiente).

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149.

⁴⁴ La Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 de la CADH concerniente a la propiedad desde una perspectiva colectiva, que forma parte de la cultura jurídica de los pueblos indígenas. Cinelli, Claudia, “Inversiones extranjeras, pueblos indígenas y desarrollo sostenible: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tanzi, Attila (coord.), *Derecho internacional de las inversiones en América Latina*, Leiden, Brill, 2016, p. 719.

⁴⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 81.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Revisión constitucional de las Leyes 162 y 165 de 1994 por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, Vladimiro Naranjo Mesa (M.P)*, Sentencia C-519, 21 de noviembre de 1994.

una apropiación directa o indirecta de recursos biológicos, genéticos o conocimientos tradicionales por parte de terceros. Esta apropiación puede darse a través de un control físico, mediante derechos de propiedad intelectual sobre productos que incorporan estos elementos [obtenidos ilegalmente], o en algunos casos, mediante la invocación de derechos sobre los mismos. En la región andina en general, plantas como la quina, el ayahuasca, la maca, el algodón de color, entre otros, son algunos de los ejemplos clásicos en los cuales, a veces utilizando el propio sistema legal vigente, se legitima una situación jurídica que un tercero se reputa legítimo propietario o titular de un derecho cuando menos injusta y cuestionable desde el punto de vista de los principios y el espíritu del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).⁴⁷

Se afirma que las patentes legitiman la biopiratería ya que, al permitirse la patente sobre plantas, se hace posible la privatización de los recursos genéticos. Adicionalmente, los criterios de patentabilidad de Estados Unidos son mucho más amplios que los de Colombia.⁴⁸ Y fueron justamente estos criterios los que se tuvieron en cuenta al momento de regularse el tema de patentes en el TLC. En el artículo 16.9.1 del capítulo de propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos, se señala expresamente la posibilidad de obtener patentes siempre y cuando se cumpla con el requisito de novedad, “entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial”.⁴⁹ Sin embargo no se establece qué debe entenderse por novedad, y los criterios “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” se consideran sinónimos de “no evidentes” y “útiles”,⁵⁰ respectivamente, permitiendo de esta manera que se apliquen criterios amplios. Por ejemplo, en Estados Unidos por el solo hecho de aislarse un gen se entiende cumplido el requisito de novedad, ya que no se encontraba previamente en la naturaleza, y por lo tanto sería nuevo.⁵¹ Esta disposición va en contravía de lo estipulado en el artículo 15 literal b de la Decisión 486 de la CAN que establece: “No se considerarán invenciones... b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material

⁴⁷ Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, *Análisis del capítulo ambiental del tratado de libre comercio Centroamérica – Estados Unidos*, Documentos Informativos”, SG/di654, 24 de agosto de 2004, p. 7.

⁴⁸ Gómez Lec, Martha Isabel, “El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería en contra del interés nacional”, *OASIS*, núm. 13, 2008, p. 125.

⁴⁹ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículo 16.9.1.

⁵⁰ *Cf.* Gómez Lec, Martha Isabel, “El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería...”, *cit.*, p. 124.

⁵¹ *Ibidem*, p. 125.

biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural”.⁵² Lastimosamente, en el texto del TLC no se logró incluir la propuesta andina sobre biodiversidad para evitar la biopiratería.⁵³ El capítulo de propiedad intelectual del TLC no reglamenta de manera clara la forma en la que debería realizarse el procedimiento para poder acceder a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales.⁵⁴ Asimismo, “la contraprestación económica o de cooperación para la conservación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales no son principios rectores del preámbulo, ni del TLC, ni del capítulo de derechos de propiedad intelectual, ni del capítulo ambiental”.⁵⁵ El vacío jurídico que presentan dichos capítulos no es justificable frente a la rigurosidad con que estos temas son tratados en la Decisión 486 de la CAN y frente a la diversidad multiétnica y pluricultural de países como Colombia.

Colombia tiene claramente definida la supranacionalidad andina desde los aportes de su jurisprudencia constitucional.⁵⁶ En Colombia la naturaleza supranacional del ordenamiento andino es expresada en términos de aplicabilidad directa, las normas comunitarias para surtir sus efectos no necesitan procedimientos de recepción y su aplicación prevalece sobre las normas internas.⁵⁷ En cuanto a las obligaciones de Colombia según la legislación andina, el Estado debe velar por la protección de la propiedad industrial y el acceso a los recursos genéticos reconociendo la salvaguarda y el respeto por los conocimientos tradicionales y colectivos de los pueblos indígenas.⁵⁸

En materia de propiedad intelectual, las autoridades colombianas solamente aplicarán directamente la norma andina y no las reglas del TLC, por

⁵² Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 486...*, *cit.*, artículo 15, literal b.

⁵³ Gómez Lee, Martha Isabel, “Amenazas del TLC a la biodiversidad andina”, *OASIS*, núm. 12, 2006, p. 371.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Revisión de la Ley 323 de 1996*: “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996”, Eduardo Cifuentes Muñoz (M.P.), Sentencia C-231, 15 de mayo de 1997; Corte Constitucional de Colombia, *Revisión de la Ley 457 de 1998* “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, suscrito en la ciudad de Cochabamba (Bolivia), Eduardo Cifuentes Muñoz (M.P.), Sentencia C-277, 14 de abril de 1999.

⁵⁷ Tremolada Álvarez, Eric, *El derecho andino en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 107.

⁵⁸ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 486...*, *cit.*, artículo 3; Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*, 1996, artículo 2, disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can011es.pdf>.

efecto del principio de la aplicación directa del derecho comunitario. En Colombia, el derecho comunitario es de mayor jerarquía que los tratados internacionales en materia económica y comercial.⁵⁹ Esta es la razón por la cual, a nivel interno, los dos instrumentos no son aplicables al mismo tiempo y, por lo tanto, no es posible que se presente un choque normativo.⁶⁰ Hasta aquí se podría decir que está todo resuelto. Sin embargo, a nivel internacional el hecho de que no se aplique o cumpla con lo establecido en el TLC le podría generar responsabilidad internacional al Estado colombiano, el cual podría ser demandado frente a un tribunal arbitral. Siendo así, existe un estímulo importante para que la legislación interna se adecue a lo establecido en el TLC.

En el artículo 18.10(3) en lo relativo a la Diversidad Biológica, se menciona expresamente a las comunidades indígenas remitiéndose a lo establecido por la CAN en la Decisión 391 que versa acerca del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.⁶¹ Sin embargo, esta referencia a la Decisión 391 de la CAN tampoco resuelve el problema, pues solo se refiere a una definición pero no asegura la coherencia normativa entre el TLC y dicha decisión de la CAN. Es a través de la Decisión 391 que se

establece derechos como el Consentimiento Fundamentado Previo (CFP), cuando se quiera aprovechar un conocimiento por parte de una persona ajena a la comunidad y el derecho de las comunidades a participar de manera justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de un conocimiento tradicional asociado a un recurso biológico”.⁶²

Es así como a la luz del TLC es posible solicitar una patente sin que sea obligatoria la obtención del consentimiento fundamentado previo del país de origen o de las comunidades indígenas. Así las cosas, para el caso de Colombia, los pueblos indígenas no tienen las herramientas jurídicas para proteger sus conocimientos frente a las operaciones de empresas estadounidenses o de otros actores. Por esta razón, existe la necesidad de identificar el patrimonio

⁵⁹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 166.

⁶⁰ Rojas Arroyo, Santiago y Lloreda, María Eugenia, *¿TLC?: aspectos jurídicos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos*, Bogotá, Norma, 2007, p. 106.

⁶¹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 391...*, cit.

⁶² Gómez Lee, Martha Isabel, *Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (TLC)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 37.

cultural de dominio público,⁶³ para evitar que sea patentado y, asimismo, es necesario plantear la forma de darles un título de propiedad a los pueblos indígenas. Si bien es posible pensar que a través de la Carta de Entendimientos respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales del 22 de noviembre de 2006 que acompaña al TLC se intentó llenar el vacío en cuanto a “la obtención del consentimiento informado” y “la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos”, la realidad es que esta regulación no deja de ser un mero reconocimiento al no materializar la forma en la que deberían garantizarse estas disposiciones en la práctica. Igualmente sucede con el artículo 18.10(3) del TLC, el cual contempla una mención de “la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales”, pero que en nada aporta al reconocimiento efectivo.

Con relación a estos vacíos en el capítulo de medio ambiente del TLC y a las implicaciones que pueden surgir en materia de protección de conocimientos tradicionales y recursos genéticos de los pueblos indígenas, cabe destacar que en la negociación de este instrumento se ignoraron los mandatos del Convenio núm. 169 de la OIT, que establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas acerca de las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos.⁶⁴

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C 750 de 2008, consideró que el capítulo de medio ambiente estaba conforme a las normas constitucionales, declarando así la exequibilidad del capítulo de medio ambiente, aduciendo que el deber de consulta previa

es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación. Sin embargo, también ha considerado esta corporación, que tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el

⁶³ Graham, Lorie y McJohn, Stephen, “Indigenous Peoples and Intellectual Property”, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 19, enero de 2005, pp. 317 y 318.

⁶⁴ Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, artículo 6.

artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley. También ha precisado la Corte que, en principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual solo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del capítulo dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a éstos grupos étnicos.⁶⁵

Según los artículos 6 y 7 del Convenio núm. 169 de la OIT, el deber de consulta de los Estados acerca de medidas legislativas o administrativas que puedan llegar a afectar a los pueblos indígenas, debe realizarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.⁶⁶ En Colombia, no se cumplió con dichos preceptos del Convenio núm. 169, ya que la Corte Constitucional decidió que para lo concerniente al deber de consulta previa, se estudiaría la posible violación de los derechos de los pueblos indígenas en el desarrollo y aplicación del acuerdo comercial, “de manera específica y directa”⁶⁷ en los casos concretos, no desde el estudio de constitucionalidad del acuerdo comercial. Así las cosas, la Corte no tomó las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto del tratado y esto acabó con las esperanzas de los críticos del TLC, como los indígenas con sus luchas, quienes habían puesto su última ilusión en el tribunal constitucional.

2. *El capítulo de inversión frente a los derechos humanos de los pueblos indígenas*

El TLC Colombia-Estados Unidos en su capítulo 10 regula el tema de las inversiones. Este capítulo, al igual que muchos TLC, contiene regulaciones

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

⁶⁶ Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, artículo 6.

⁶⁷ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 20.

relativas al trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato.⁶⁸ Igualmente se define en el capítulo que se entenderá como inversión

todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgos. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital, y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.⁶⁹

Generalmente, el concepto de inversión contenido en los TLC y la protección al derecho de propiedad de los inversionistas goza de una gran amplitud. Esta amplitud se deriva de la interpretación extensiva que han realizado los árbitros a través de los diferentes laudos.⁷⁰ De manera general, son los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, los que en la práctica pueden generar choques con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como lo explicaremos a continuación.

El TLC entre Colombia y Estados Unidos, como la mayoría de TLC, contempla el arbitraje como el mecanismo que se utilizará para resolver las controversias.⁷¹ En Colombia, a diferencia de otros países en Latinoa-

⁶⁸ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículos 10.3, 10.4 y 10.5.

⁶⁹ *Ibidem*, capítulo 10, sección C, “Definiciones”.

⁷⁰ Los árbitros de inversiones utilizan la fórmula de las expectativas legítimas para definir el contenido de los derechos de propiedad del inversor extranjero. Véase Perrone, Nicolás, “Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, enero de 2016, p. 290.

⁷¹ Véase en particular Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículos 10.16 y 10.19.

mérica, no es sino hasta el año 2016 cuando se presenta una solicitud de procedimiento arbitral en materia de inversión extranjera.⁷² También, en el mismo año, se presentaron situaciones en las que las empresas inversionistas extranjeras del sector minero energético invocaron la facultad que les brindó el TLC Colombia-Estados Unidos y recurrieron a la instancia del arbitraje frente a problemáticas que se han dilucidado en la Corte Constitucional, donde se le ha dado terminación al contrato de concesión minera para amparar los derechos que constitucionalmente tienen los pueblos indígenas y su relación con el medio ambiente. Tal es el caso de *Tobie Mining Inc.*, que tiene demandado a Colombia por 16.500 millones de USD.⁷³ La demanda se dio debido a la decisión del gobierno colombiano de crear un área de protección natural y la no autorización de actividades de explotación minera en la zona. Las empresas sostuvieron que el proyecto sufrió retrasos injustos y que el proceso de consulta para la aprobación del Parque Nacional Yaigojé fue fraudulento. La indemnización es reclamada bajo el amparo del artículo 10.7 del TLC Colombia-Estados Unidos, el cual establece que

[n]inguna de las Partes puede expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: (a) por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5...

La Corte Constitucional, en la sentencia C 750 de 2008⁷⁴ sobre la exequibidad del mecanismo de solución de controversias contemplado en el TLC, señaló que

⁷² Esta disputa fue iniciada por las multinacionales *Glencore International A.G.* y *C.I. Prodeco S.A.*, quienes reclaman supuestas violaciones del Estado colombiano en relación al TBI con Suiza.

⁷³ Es el caso del Parque Nacional Natural Yaigojé-Apaporis. “Por primera vez en la historia del país se daba curso a una solicitud hecha directamente por autoridades tradicionales indígenas —agrupadas alrededor de la Asociación de Capitanes Indígenas Yaigojé-Apaporis— para proteger el medio ambiente de la Amazonía colombiana y la supervivencia de la comunidad. De forma inexplicable, dos días después de la creación del parque, la empresa *Tobie Mining* recibió de Ingeominas un título minero (el contrato de concesión IGH-15001X) para extraer oro dentro de dicha área por 29 años”. Véase Velásquez-Ruiz, Marco, “Al que no quiere caldo: *Tobie Mining Inc.* demanda a Colombia por 16.5 billones de dólares”, *El Tiempo*, 22 de marzo de 2016, disponible en: <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/03/22/tobie-mining-demanda-colombia/>.

⁷⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 338.

[c]abe precisar, que si bien no es requisito para acudir al arbitraje internacional para resolver las diferencias relativas a inversiones el agotamiento de vías internas, ninguna autoridad de Colombia pierde el ejercicio de sus competencias, y en especial tampoco la pierden las autoridades jurisdiccionales para resolver los asuntos relativos a la protección de los derechos constitucionales. Igualmente debe aclararse, que tampoco podrán ser objeto de arbitraje internacional las sentencias judiciales que se profieran internamente pues éstas se someten al principio de cosa juzgada. En efecto, existe una separación entre el ejercicio legítimo de las competencias del Estado colombiano mediante reglas de juego claras, las cuales se pueden ejercer a plenitud, y las consecuencias económicas que se deriven de aquellas, por lo que el Estado debe prever su responsabilidad al momento de la expedición de los actos administrativos que autoricen una inversión, a fin de no verse posteriormente sometido a conflictos internacionales o a la responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución.

Si bien la posición de la Corte haría parecer que contar con este mecanismo de solución de controversias no es tan problemático, ya varios países están denunciando los TBI por considerar que el sistema de solución de controversias es desproporcional y favorable a las empresas.⁷⁵ En Europa, en el marco de las negociaciones del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP por sus siglas en inglés), el cual se está negociado desde junio de 2013 con Estados Unidos, se ha intentado crear un mecanismo alternativo a este sistema, que respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros y que no menoscabe los objetivos de las políticas públicas a raíz de los intereses privados.⁷⁶

Actualmente, en los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados, se conceden derechos a los inversores que afectan a los pueblos indígenas y a la capacidad de protección de los Estados. Esto se debe a que esos mecanismos permiten a los inversores demandar a los Estados cuando consideran se han infringido los derechos que les asisten

⁷⁵ Países como Ecuador han denunciado este tipo de tratados debido principalmente a la desproporcionalidad que se presenta en su sistema de solución de controversias; véase Andes Info, *Ecuador denunciará 16 tratados bilaterales de inversión por causar perjuicio al país*, 13 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.andes.info.ec/es/noticias/actualidad/1/57124/ecuador-denunciara-16-tratados-bilaterales-inversion-causar-perjuicio-pais>; Rebossio, Alejandro, “Países latinoamericanos discuten la protección a inversores extranjeros”, *El País*, 8 de mayo de 2013, disponible en: <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2013/05/pa%C3%ADses-latinoamericanos-discuten-sobre-la-protecci%C3%B3n-a-inversores-extranjeros.html>.

⁷⁶ Troya, María Sosa, “La Eurocámara plantea alternativas al arbitraje en el pacto con EE.UU.”, *El País*, 9 de julio de 2015, disponible en: https://elpais.com/economia/2015/07/08/actualidad/1436364793_777628.html.

en virtud de los TLC, a través de procedimiento de arbitraje internacional, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados.⁷⁷ Por ejemplo, cualquier regulación que sea expedida con posterioridad a la firma del TLC en aras de brindar mayor protección a las poblaciones indígenas, podría ser considerada por los inversionistas como expropiación indirecta o vulneración de la cláusula de Nivel Mínimo de Trato. En ocasiones los Estados restringen su potestad regulatoria por temor a ser demandados internacionalmente. Esto es lo que se conoce en el derecho internacional de inversiones como el “*chilling effect*” o “*regulatory chill*”.

Para los posibles conflictos que se pueden presentar entre Colombia y Estados Unidos, lo preocupante radica en que Estados Unidos nunca ha perdido un caso, y por ende no han tenido que pagar indemnización alguna a ningún inversor.⁷⁸

En estos casos en los que se presentan arbitrajes internacionales entre un inversor extranjero y un Estado, es de importancia determinar si los derechos humanos de quienes no son parte del arbitraje (por ejemplo, las comunidades o las personas que viven bajo la jurisdicción del Estado) pueden ser pertinentes en la resolución de tales disputas. En algunas circunstancias, un Estado puede cumplir con las obligaciones de derechos humanos con los miembros locales de una comunidad y las consecuencias de ello pueden tener efectos desfavorables para el inversor extranjero.⁷⁹

Respecto de los pueblos indígenas, a nivel general, los inversores y el Estado mismo impactan negativamente sobre sus derechos, haciendo uso de los presupuestos establecidos bajo los acuerdos de inversión y de libre comercio. Esto sucede por ejemplo a través de la restricción de su derecho a la libre determinación y al autogobierno, que permite que se agraven las violaciones a la vida de los pueblos indígenas. Además, debido a que no existe un reconocimiento a sus sistemas de gobernanza, no pueden ejercer su derecho al desarrollo, y son despojados de sus tierras y recursos naturales.⁸⁰ Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia,

⁷⁷ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe de la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas*, A/70/301, 7 de agosto de 2015, párrs. 15 y 16.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 58.

⁷⁹ Peterson, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión*, Montreal, Derechos y Democracia, 2009, p. 26, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf>.

⁸⁰ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párr. 39.

por medio de la acción de tutela,⁸¹ detuvo algunos proyectos de inversión en territorios de las comunidades indígenas, como en los casos de las empresas *Cosigo Resources* (Canadá), *Cosigo Resources Colombia*⁸² y el caso *Tobie Mining and Energy Inc*, mencionado anteriormente.⁸³

En este tipo de controversias, también se pueden ver afectados los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, ya que los costos para el Estado en razón de la defensa frente a los inversores y el pago de las indemnizaciones podrían llegar a ser considerablemente altos,⁸⁴ lo que traería como consecuencia el desvío de los recursos públicos y limitaría la inversión del propio Estado en el desarrollo progresivo de sus actores sociales.

Expropiar a inversionistas extranjeros para dar cumplimiento a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas no es en sí mismo ilegal. Lo relevante para el inversionista es que la indemnización sea cancelada en los términos acordados en los TLC. En la mayoría de casos esta compensación debe ser cancelada a valor del mercado. En el caso del TLC Colombia-Estados Unidos, el artículo 10.7 en el numeral 2(b) establece que la indemnización en caso de expropiación debe ser “equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo”.⁸⁵ En la misma línea, lo relevante sería la posibilidad de que la compensación no se realice a valor del mercado cuando la expropiación de tierras haya sido realizada con un fin público legítimo,⁸⁶ entre otras cosas para remediar una apropiación injusta de tierras y territorios indígenas, así como la posibilidad de que los Estados puedan utilizar sus obligaciones relacionadas con los derechos de los pue-

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (M.P.), Sentencia T384A, 17 de junio de 2014.

⁸² Véase UNCTAD, “Investment Dispute Settlement: Cosigo Resources and others v. Colombia”, 2016, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/726>.

⁸³ Castro, Cristina, “La minera que pide 16.500 millones de dólares de indemnización a Colombia”, *Semana*, 6 de noviembre de 2017, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/16500-millones-de-dolares-demanda-tobie-mining-contra-colombia-por-apatiparis/528264>.

⁸⁴ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párr. 42.

⁸⁵ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículo 10.7, numeral 2(b).

⁸⁶ Devaney, Margaret B., “Remedios en el arbitraje entre inversor y Estado: desde una perspectiva del interés público”, *Investment Treaty News del International Institute for Sustainable Development*, vol. 3, núm. 3, 2013, pp. 12 y 13, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_march_2013_es.pdf.

blos indígenas como una defensa o un “escudo” frente a las reclamaciones presentadas por los inversionistas extranjeros.

La consideración que los árbitros han tenido de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas al momento de fallar ha sido prácticamente nula,⁸⁷ no porque esta posibilidad no exista, sino debido al impedimento que se encuentra fundamentado en la falta de regulación dentro de los TLC de las perspectivas y necesidades de los pueblos indígenas. Actualmente muy pocos TLC contienen cláusulas específicas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas y el TLC Colombia-Estados Unidos no es la excepción. Siendo la protección de los derechos indígenas de vital importancia, se hace relevante que este tipo de cláusulas se comiencen a incluir. Por ejemplo, Nueva Zelanda cuenta con el tratado de *Waitangi*, que hace referencia al acuerdo entre la corona británica y los maoríes, en el cuál se afirman los derechos de esta comunidad y de sus tierras. Con la finalidad de proteger sus obligaciones con esta comunidad, Nueva Zelanda decidió incorporar en sus TLC una forma de excluir las obligaciones que tiene con este grupo. Es así como el Capítulo 15 (denominado “disposiciones generales y excepciones”) del TLC entre ASEAN-Australia-Nueva Zelanda,⁸⁸ el cual entró en vigor en 2012, establece expresamente en su artículo 5 sobre el tratado de *Waitangi* que

[a] condición de que tales medidas no se utilicen como medio de discriminación arbitraria o injustificada contra las personas de las otras partes o como restricción encubierta al comercio de bienes y servicios, ninguna disposición del presente acuerdo impedirá la adopción por parte de Nueva Zelanda de las medidas que considere necesarias para conceder un trato más favorable a los maoríes en lo que respecta a cuestiones cubiertas por el presente acuerdo, incluyendo el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del tratado de *Waitangi*.⁸⁹

⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL (TLCAN), Laudo, 8 de junio de 2009, disponible en: <https://www.state.gov/s/l/c10986.htm>. En este caso se aceptó la presentación de *amicus curiae* por parte de la tribu Quechan; sin embargo, la argumentación sobre los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel central en el razonamiento del tribunal.

⁸⁸ ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement, capítulo 15 (General Provisions and Exceptions), disponible en: <http://anzfta.asean.org/chapter-15-general-provisions-and-exceptions/>.

⁸⁹ Traducción no oficial: “Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other parties or as a disguised restriction on trade in goods and services, nothing in this Agreement shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favourable treatment to

Otro ejemplo los encontramos en el AII entre las Repúblicas de Sudáfrica y Mauricio, donde si bien no se incluyó una cláusula que haga referencia directa a los pueblos indígenas, se logró incluir una excepción para aquellos grupos o personas desfavorecidas. En su artículo 3.4, denominado tratamiento de la inversión, se estableció que

...las disposiciones de los párrafos 2) y 3) no se interpretarán de modo que obliguen a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra parte contratante el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de...

- c) Toda ley o medida en virtud de una ley cuya finalidad sea promover el logro de la igualdad en su territorio, o destinada a proteger o adelantar a las personas o categorías de personas, las desventajas por discriminación injusta en su territorio.⁹⁰

Los párrafos 2 y 3 hacen referencia a los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Esta exclusión permite que Sudáfrica pueda tomar medidas de discriminación positiva en favor de ciertos grupos sin vulnerar el principio de no discriminación.

Por otro lado, a pesar de que existe a nivel nacional e internacional una amplia regulación sobre los derechos de los pueblos indígenas y sobre la importancia del consentimiento libre, previo e informado, hasta la fecha no existe claridad acerca de si el deber de consulta previa se aplica a los TLC desde el momento de su negociación, pues no existe una norma expresa que obligue a los Estados a consultar a los pueblos indígenas al momento de negociarse este tipo de tratados. Por ejemplo, para nuestra corte constitucional colombiana, los efectos concretos del tratado no surgen a partir de su texto, sino de la materialización de los negocios que se celebran entre las empresas de cada Estado. Siendo esto así, no sería necesaria la consulta previa a las comunidades indígenas al momento de la negociación del tratado.⁹¹

Maori in respect of matters covered by this Agreement including in fulfillment of its obligations under the Treaty of Waitangi”.

⁹⁰ Traducción no oficial: “The provisions of paragraphs (2) and (3) shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from... (c) Any law or measure in pursuance of any law, the purpose of which is to promote the achievement of equality in its territory, or designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantages by unfair discrimination in its territory”.

⁹¹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

Es por esto que coincidimos con la apreciación de la relatora de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas y consideramos que, debido a las obligaciones y consecuencias que los TLC conllevan al nivel nacional, y al impacto de estos sobre los derechos de los pueblos indígenas, no contar con la presencia de representantes de los pueblos indígenas en la negociación de los mismos debería ser considerado, “por sí sol[o], una violación de los derechos de consentimiento libre, previo e informado, consulta y libre determinación”.⁹² Al aprobarse este tipo de tratados, de los cuáles se sabe con certeza que en su mayoría pueden tener repercusiones en los territorios de los pueblos indígenas, “el posible efecto preventivo de la observancia del derecho al consentimiento libre, previo e informado se malogra”.⁹³

IV. CONCLUSIONES

Tomando el TLC entre Estados Unidos y Colombia como ejemplo, este capítulo ha mostrado que los TLC representan un desafío para la consolidación del ICCAL y, más específicamente, para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Pese a la redirección que hace el capítulo del TLC Colombia-Estados Unidos sobre la propiedad intelectual hacia la normativa de la CAN, no se hace una referencia directa al tratamiento preferencial que el Estado colombiano pudiera tener con sus pueblos indígenas. El TLC con Estados Unidos retrocede en los avances que a través de la normativa andina y la normatividad internacional se habían logrado en materia de protección de los conocimientos tradicionales.

Es posible que un tribunal de inversiones pueda tomar en consideración las obligaciones del Estado colombiano en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La mejor manera de proteger los derechos de los pueblos indígenas en un tribunal de arbitraje es a través de la inclusión de un texto específico dentro del tratado, en el cual se haga referencia a este tipo de derechos. Al incorporarse expresamente este tipo

⁹² Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párrs. 31 y 37. Los derechos vulnerados hacen parte de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (artículos 2, 19, 28, 29 y 32), Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales (artículo 6) y la Convención sobre la diversidad biológica (artículo 15).

⁹³ *Ibidem*, párr. 34.

de cláusulas, los Estados podrían justificar el incumplimiento de un TLC basándose en sus obligaciones en materia de derechos humanos.⁹⁴

En el caso particular de Colombia, es innegable que el país está intentando actualizarse y enfrentarse a los desafíos de la dinámica global. El problema no reside en el objetivo de Colombia de atraer la inversión y el progreso económico, sino en el excesivo y permisivo afán de que entraran sin los debidos controles. Los estándares de derechos humanos, en particular en materia de derechos de los pueblos indígenas, alcanzados como consecuencia de la labor titánica de la Corte IDH, no deberían ser ignorados a través de la celebración de TLC que permitan a los Estados sustraerse de las obligaciones adquiridas a nivel internacional. Particularmente cuando nos referimos a poblaciones que han sido objeto de exclusión histórica, como lo son los pueblos indígenas, la tendencia debe ser hacia su inclusión.

⁹⁴ Véase Segrera Ayala, Yira Luz, “Restoring the Balance in Bilateral Investment Treaties: Incorporating Human Rights Clauses”, *Revista de Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 139-161.