



Revista Estudios Socio-Jurídicos

ISSN: 0124-0579

ISSN: 2145-4531

esj@urosario.edu.co

Universidad del Rosario

Colombia

GÓMEZ MORENO, JUAN PABLO

La tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales en el arbitraje internacional de inversión relacionado con proyectos extractivos en América Latina

Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 24, núm. 1, 2022, Enero-Junio, pp. 127-162

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11012>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370897007>

- [Cómo citar el artículo](#)
- [Número completo](#)
- [Más información del artículo](#)
- [Página de la revista en redalyc.org](#)

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales en el arbitraje internacional de inversión relacionado con proyectos extractivos en América Latina

The Tension between Foreign Investors and Local Communities in International Investment Arbitration Related to Extractive Projects in Latin America

A tensão entre investidores estrangeiros e comunidades locais na arbitragem internacional de investimentos relacionados a projetos extrativistas na América Latina

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31 DE AGOSTO DE 2021. FECHA DE APROBACIÓN: 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11012>

Para citar este artículo: Gómez Moreno, J. P. (2022). La tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales en el arbitraje internacional de inversión relacionado con proyectos extractivos en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(1), 127-162. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11012>

RESUMEN

La oposición de las comunidades locales a proyectos extractivos en América Latina se ha convertido en un tema importante del arbitraje de inversión. De acuerdo con esto, varias controversias del sistema han tratado estos asuntos. Las implicaciones que tienen estos casos para el ejercicio de los poderes públicos y las fricciones que causan estas disputas en los territorios donde se desarrollan las actividades económicas de los inversionistas dan lugar a una tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales. En ese contexto, el objetivo de este artículo es reflexionar sobre algunas de las causas de esta tensión. Para tales efectos, el texto estudia dichas causas desde una perspectiva antropológica y jurídica. De manera general, la investigación concluye que la tensión surge principalmente de una diferencia entre inversionistas extranjeros y comunidades locales sobre la forma de relacionarse con su entorno y la manera en

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Es egresado de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales y estudiante de la Maestría en Derecho Privado de la misma institución. Actualmente trabaja como asociado en Juan Felipe Merizalde Abogados y como profesor en la Universidad El Bosque. Correo electrónico: jp.gomez1102@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8224-3852>

que cada uno de estos entiende conceptos como la tierra, los recursos naturales y los derechos de propiedad.

Palabras clave: arbitraje de inversión; comunidades locales; proyectos extractivos; América Latina.

ABSTRACT

The opposition of local communities to extractive projects in Latin America has become an important topic of investment arbitration. Accordingly, many of the controversies of the system have dealt with these issues. These cases have implications on the exercise of public powers and create frictions in the territories where the economic activities of investors are carried out, which gives place to tensions between foreign investors and the local communities. Against this backdrop, the purpose of this article is to reflect upon some of the causes of these tensions. To do so, the text presents the study of those causes from an anthropological and a legal perspective. The general conclusion of the research is that the tensions arise mainly from the different points of view foreign investors and local communities have regarding their relationship with their surroundings and the way in which each of them understands concepts such as land, natural resources, and property rights.

Keywords: Investment arbitration; local communities; extractive projects; Latin America.

RESUMO

A oposição das comunidades locais aos projetos extrativistas na América Latina tornou-se uma questão importante na arbitragem de investimentos. Assim, várias controvérsias do sistema trataram dessas questões. As implicações que esses casos têm para o exercício do poder público e os atritos causados por essas disputas nos territórios onde as atividades econômicas dos investidores são desenvolvidas, geram tensões entre investidores estrangeiros e comunidades locais. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é refletir sobre algumas das causas dessa tensão. Para tanto, o texto estuda essas causas a partir de uma perspectiva antropológica e jurídica. Em geral, a pesquisa conclui que a tensão surge principalmente de uma diferença entre investidores estrangeiros e comunidades locais na forma como se relacionam com seu entorno e na forma como cada um deles entende conceitos como a terra, os recursos naturais e os direitos de propriedade.

Palavras-chave: arbitragem de investimentos; comunidades locais; projetos extrativistas; América Latina.

Introducción

Las actividades extractivas son uno de los sectores de la economía en los que históricamente ha habido más arbitrajes de inversión (Johnson & Coleman, 2016). En particular, se destacan la minería de oro y otros metales como plata, estaño y boro. Un aspecto frecuente que han tenido que considerar los tribunales en estos arbitrajes es que, por su especial relación con el medio ambiente, estos proyectos han despertado tensiones entre la sociedad civil y los inversionistas extranjeros (Hatzold, 2013). Las poblaciones más activas en este aspecto han sido las comunidades indígenas, que por sus estrechos vínculos espirituales con los recursos naturales se han opuesto a la explotación de la tierra (Acuña, 2015). Para el arbitraje internacional de inversión, esto ha dado lugar a preguntas únicas sobre la tensión entre los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros en los acuerdos internacionales de inversión (AII) y los derechos de las ‘comunidades locales’.

Las comunidades que habitan los territorios en los que se desarrollan las actividades extractivas tienen sus propias particularidades y no pueden ser agrupadas *ex ante* en una categoría única. A pesar de lo anterior, hay dos tipos de comunidades locales que son de especial relevancia para el caso de América Latina, esto es, pueblos indígenas y comunidades campesinas. En ese orden de ideas y para darle mayor claridad a este escrito, es necesario aclarar que, cuando en el texto se hace referencia en general y de manera indistinta a las ‘comunidades locales’, el término incluye a ambos grupos. Esto no quiere decir que la presente investigación no tenga en cuenta las implicaciones específicas que tiene el arbitraje de inversión en cada uno de estos actores, pues el análisis de estos puntos requiere adentrarse en los sistemas de creencias de cada uno y resaltar sus diferencias.

Esta tensión aparece cada vez más en los casos relacionados con América Latina, lo que hace de este fenómeno una importante problemática del arbitraje en la región. La tendencia puede explicarse, en parte, por la confluencia de tres factores: primero, que los países latinoamericanos son un centro destacado de la actividad extractiva a nivel mundial (Arsel et al., 2016); segundo, que estos son, a su vez,

el hogar de varias comunidades indígenas y campesinas (McMichael, 2006; Martí, 2010); y tercero, que estas comunidades gozan de protecciones constitucionales especiales en varios de estos sistemas jurídicos (Bustamante, 2015). Este fenómeno, aunque todavía no se ha desarrollado ampliamente en la literatura desde un enfoque multidisciplinario y regional, sí ha captado el interés de ciertos autores. En particular, se han estudiado asuntos como la relación de las comunidades indígenas con el arbitraje de inversión (Levine, 2017) y si los tribunales arbitrales podrían tener en cuenta normas internacionales y domésticas sobre derechos indígenas (Vadi, 2011).

A diferencia de anteriores aproximaciones, este artículo busca reflexionar específicamente sobre las causas de la tensión entre los inversionistas extranjeros y las comunidades locales. De esta forma, para aportar brevedad y hacer más fácil la lectura, dicha problemática se referencia en el ensayo de manera general como la *tensión*. Así mismo, este trabajo pretende considerar esta cuestión desde distintas perspectivas, aportando al debate un enfoque multidisciplinario que, como se demostrará, suele estar ausente en estos ámbitos. Para estos efectos, si bien el texto no tiene por objetivo hacer una búsqueda exhaustiva de todas las causas de la *tensión*, la propuesta metodológica es realizar un análisis de causas desde dos ángulos: por una parte, considerando algunas teorías antropológicas sobre las comunidades locales y su entorno; y, por otra, evaluando ciertas propiedades de los arbitrajes de inversión que activan una fricción entre los valores de los inversionistas y las comunidades locales.

Teniendo en cuenta esta hoja de ruta, el artículo se divide en cuatro secciones. La sección 1 explica la *tensión* a partir de las necesidades de las comunidades indígenas en los proyectos extractivos y cómo estas resultan en reclamaciones que han sido rechazadas sistemáticamente por los tribunales arbitrales. El apartado 2 estudia las causas de la *tensión* desde un punto de vista antropológico, poniendo sobre la mesa perspectivas distintas para pensar la relación entre las comunidades indígenas y su territorio, con el objeto de aclarar las diferencias entre las creencias de estas y de los inversionistas extranjeros. La parte 3 analiza las causas de la *tensión* desde un ángulo legal, centrándose en algunos aspectos característicos del sistema de protección de inversiones que

generan y promueven esta fricción de intereses sociales y privados. Por último, la sección 4 se refiere a las nuevas tendencias que se han dado recientemente respecto del debate objeto de estudio, incluye algunas reflexiones propositivas para cerrar las brechas que dan lugar a *la tensión* y concluye la investigación.

La tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales

Necesidades de las comunidades locales y derechos de participación

Este artículo considera que las tensiones entre comunidades locales y actividades económicas en su territorio muchas veces son el resultado de necesidades desatendidas. La literatura ha identificado que algunas necesidades que son críticas en el caso de actividades extractivas son el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia (Van Bekhoven, 2016). Estos intereses se organizan a partir de la noción más general de los derechos de participación. En ese sentido, dichas necesidades se han materializado en derechos reconocidos en tratados como la Convención de Aarhus de 1998 (Holder & Lee, 2007). Para satisfacerlas, los actores privados a cargo de una inversión desarrollan actividades como debidas diligencias y campañas de información (Kemp et al., 2011, p. 95). Por su parte, las entidades públicas tratan de hacer efectivas garantías legales como la consulta previa, que consiste en darle a la comunidad la oportunidad de pronunciarse sobre un proyecto antes de autorizarlo y ponerlo en marcha (Vega, 2014).

El caso de las comunidades indígenas es de especial relevancia porque sus derechos de participación están íntimamente conectados con otros derechos. Por ejemplo, autores como Anaya (2005, p. 16) han argumentado que la participación es un reflejo del derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas. Esto se puede explicar a partir de las investigaciones que indican que las batallas de los pueblos indígenas por la soberanía muchas veces buscan afirmar las

diferencias de estos respecto de asuntos como la relación con la tierra (D'Erico, 1998). En otras palabras, podría decirse que estas comunidades a veces usan los derechos de participación ciudadana en los proyectos extractivos para promover otros intereses como la reivindicación de sus sistemas de creencias.

Sobre este punto, es necesario enfatizar además que el derecho a la autodeterminación de los pueblos se ha destacado como uno de los cimientos del reconocimiento de las comunidades indígenas en el marco del derecho internacional (Cirkovic, 2006). Esta premisa se encuentra reflejada a su vez en el desarrollo de doctrinas y conceptos posteriores que se han detallado más con el paso del tiempo y el transcurrir de estas discusiones. A manera de ejemplo, una noción adicional que es de gran importancia es que las comunidades indígenas tienen derecho a un “consentimiento libre, previo e informado” (Fipic), un planteamiento que es reconocido hoy como derecho autónomo en distintos instrumentos internacionales (Ward, 2011).

Igualmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) les reconoce a estas comunidades un rol central en la aprobación de las actividades económicas que se llevan a cabo en sus territorios, dando énfasis a las cuestiones asociadas con la extracción de minerales (Raftopoulos & Short, 2019, p. 8). De esta forma, es claro que las comunidades locales tienen un interés y una necesidad creciente de participar en los proyectos que muchas veces adelantan los inversionistas extranjeros. Además, estas cuestiones se han concretado en derechos que a su vez han dado lugar a reclamaciones.

Reclamaciones resultantes de una participación insuficiente

Ante el marco regulatorio de los derechos de las comunidades locales, estas han movilizad las vías legales para que se les respeten estas garantías. El caso *Sarayaku*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le dio la razón a un pueblo indígena de Ecuador que interpuso una reclamación contra la nación por la puesta en marcha de actividades petroleras sin realizar ninguna consulta previa, es un claro ejemplo de esto.

De ese modo, un tipo de reclamación de las comunidades locales es su falta de participación en espacios como las consultas previas. Esto incluye contextos de participación deficiente debido a cuestiones como la falta de capacidad de decisión de las comunidades y el acceso insuficiente a información completa y confiable. Sobre este asunto, un punto para destacar es que estas situaciones pueden ser promovidas por el propio Estado, como lo ilustra el caso de *Tecmed c. México*, en el que la oposición de la sociedad civil a la inversión en una planta de desechos industriales peligrosos llevó a que el gobierno clausurara el proyecto.

Además de los riesgos medioambientales, este caso no incluye un análisis detenido de los factores sociales que llevaron a la comunidad a oponerse al proyecto. Sin embargo, es pertinente referenciarlo porque es una controversia fundamental para enmarcar la fricción entre los intereses de la sociedad civil y los derechos de los inversionistas extranjeros (Schill, 2006). Así, vale la pena destacar que, a juicio del tribunal, una causa de la fricción fue que el Estado ignoró la oposición de las comunidades y luego reaccionó a esta de forma precipitada y llevado por presiones (laudo en inglés, párr. 145). Esto es lo que Álvarez y Kazeem (2021, p. 385) llaman en la distribución de poderes entre las comunidades y los inversionistas un “rango informativo”, es decir, una situación en la que la comunidad conoce solo aspectos básicos del proyecto y no tiene información de primera mano ni retroalimentación.

Otro tipo de reclamación de las comunidades locales se da cuando los inversionistas implementan mecanismos de participación, pero estos resultan insuficientes. Según Owen y Kemp (2013, p. 2), esto ocurre muchas veces porque el interés del actor privado es cumplir una exigencia regulatoria y no entablar una relación seria con las comunidades. El caso de *Bear Creek c. Perú*, en el que varios pueblos indígenas y campesinos presionaron por la cancelación de concesiones mineras otorgadas a un inversionista extranjero, ilustra este punto. El tribunal encontró que, si bien el inversionista había puesto en marcha actividades de relacionamiento con las comunidades, solo había contactado a algunas y se había limitado a ofrecer trabajos o pagos (laudo en inglés, párr. 406). De hecho, las comunidades que se habían opuesto al proyecto habían sido marginadas de los beneficios y se les había negado a estas el acceso a cualquier información relevante (laudo en inglés, párr. 407).

Formas en que se presenta la tensión

También es importante hacer referencia a las formas en que se manifiesta la *tensión*. En particular, un punto que ha llamado la atención en estas controversias es el rol de la protesta social como mecanismo de presión para generar reacciones del Estado. Para algunos autores, esta influencia en la toma de decisiones gubernamentales relativas a inversiones puede ser interpretada por los actores del sistema internacional de inversiones como una motivación indebida, ya que ven los arbitrajes de inversión como un foro “neutral”, restándole relevancia a la legitimación social de la inversión (Calvert, 2018, p. 4). En todo caso, también es cuestionable la politización del sistema como consecuencia de agendas diplomáticas internas, lo que sería una regresión en sus objetivos más importantes, que es precisamente la resolución de conflictos más allá de la esfera de la política intergubernamental (Kaufmann-Kohler & Potestà, 2020, p. 19).

De tal manera, una importante forma en que se presenta la *tensión* es a través de la protesta social, la cual además puede expresarse por distintos medios, como se explica con mayor detalle más adelante. En el caso de *Quiborax c. Bolivia*, relacionado con una actividad minera en el salar de Uyuni que desató protestas violentas en la región y resultó en la revocación de derechos del inversionista, el expediente contiene una declaración de la prensa en la que, con posterioridad a las normas que revocaron las concesiones respectivas, se afirma que “las presiones tuvieron efecto” (laudo, párr. 251).

Como se anunció antes, muchas veces la *tensión* además no se limita a una cuestión teórica entre el interés indígena y el interés corporativo. En ese sentido, un punto álgido de esta *tensión* es el escenario en el que ambas partes se valen de vías de hecho para promover sus intereses, incluyendo agresiones y violencia (Taylor, 2011). Por ejemplo, los inversionistas extranjeros en muchas ocasiones se apoyan en seguridad privada o autoridades de policía para salvaguardar su propiedad (Aoul et al., 2000). Por oposición, las comunidades también realizan actos como la destrucción de infraestructura y el hostigamiento, que hacen parte de lo que se ha conceptualizado como la protesta violenta (Medel & Somma, 2016).

El caso de *Copper Mesa c. Ecuador*, asociado a tres concesiones mineras en zonas protegidas cultural y medioambientalmente, muestra ambas facetas de la *tensión*. Por una parte, las comunidades indígenas adoptaron medidas como la ocupación y destrucción de campamentos, así como la agresión de personal de los inversionistas (laudo, párr. 4.170). Por otra parte, en este arbitraje también se discutió el uso de la fuerza contra las poblaciones civiles, en particular la contratación de personal de seguridad privado equipado con armas de fuego (laudo, párr. 6.99). Estos escenarios reflejan la complejidad de la *tensión*.

La posición tradicional de los tribunales arbitrales sobre la tensión

Ante las particularidades de la *tensión*, es importante recalcar la aproximación que han tenido los tribunales arbitrales. En ese orden de ideas, la posición predominante es la que refleja el caso de *Gold Reserve c. Venezuela*, en el que se discutían afectaciones al inversionista por la revocación de derechos para operar una actividad extractiva en una zona de protección ecológica y cultural. El Estado argumentó que tomó su decisión en derecho, de acuerdo con las facultades que le otorgaba la Constitución para proteger el medio ambiente y los derechos indígenas (laudo, párr. 318).

No obstante, el tribunal negó que estos objetivos, a pesar de ser loables, fueran un fundamento suficiente para afectar los derechos del inversionista (laudo, párr. 595). Esta posición, que podría llamarse restrictiva o indiferente, rechaza *de facto* una defensa de las medidas regulatorias del Estado que esté basada en fundamentos como los derechos de las comunidades locales. Ahora bien, un aspecto notable de esta posición es que tampoco ofrece ningún insumo para entender mejor la *tensión*, lo que justifica la importancia de comprender mejor las causas de esta problemática. Con este fin, las secciones 2 y 3 *infra* discuten este punto desde dos perspectivas. Por una parte, la sección 2 propone pensar la *tensión* desde la diferencia en la forma en que inversionistas extranjeros y comunidades locales entienden su relación con el territorio y los recursos naturales. Por otra parte, la 3 se concentra en analizar los orígenes de la *tensión* en algunas particularidades del

sistema de protección de inversiones, como el concepto de derecho de propiedad.

La *tensión* a partir de la relación de inversionistas extranjeros y comunidades locales con el territorio y los recursos naturales

Para entender mejor la *tensión*, es esencial saber cómo se relaciona la comunidad local con su entorno y cómo este se distorsiona al llegar una inversión. Por esta razón, la presente sección desarrolla dos puntos que, basándose en la perspectiva antropológica, pueden justificar las causas de la *tensión*. El primero corresponde a la relación entre las comunidades locales y el territorio, mientras que el segundo se refiere a la relación de estas con los recursos naturales. Para entender estos apartados, es necesario introducir conceptos que son quizás esquivos a este tipo de investigaciones jurídicas.

Entre estos conceptos, es de particular interés la teoría “actor-red”, según la cual, de manera general, los objetos “no vivos”, como los distintos elementos de la naturaleza, también tienen agencia en las interacciones con los objetos “vivos”, como las personas (Latour, 2005). En este orden de ideas, esta teoría invita, por ejemplo, a pensar cómo un ecosistema tiene la capacidad de interpelar a sus habitantes, conceptualizándose como una entidad que se construye juntamente con quienes la ocupan (Ingold, 2000). De esta forma, esta doctrina puede explicar las complejidades de la *tensión*.

En el pasado, esta situación se ha discutido mayoritariamente desde el lenguaje jurídico. En ese sentido, la importancia de incorporar la perspectiva de la antropología en este estudio es que, gracias a su cercanía a los sistemas de creencias de las comunidades locales, permite ver consideraciones que muchas veces no están sobre la mesa cuando se revisan el tipo de asuntos aquí discutidos. Adicionalmente, toda vez que no es común ver estas discusiones en la literatura sobre el arbitraje de inversión y todavía menos en la práctica, este escrito considera valioso el ejercicio de tender puentes entre distintas disciplinas.

La relación comunidad-espacio

De acuerdo con lo anterior, un presupuesto base de este estudio es que las comunidades desarrollan un vínculo único con el espacio que las rodea. En el caso de las poblaciones que habitan los lugares de influencia de proyectos mineros, muchas veces indígenas y campesinas, esto tiene muchas aristas. Silva (2019) explica cómo ciertas comunidades, como es el caso de los mineros artesanales en el municipio de California cercano al páramo de Santurbán, entablan sinergias con la naturaleza a partir de la supervivencia, ya que su fuente de ingreso es trabajar esta tierra y para ello deben conocer los ciclos del ecosistema, dominar tradiciones antiguas dentro de su propia comunidad y aprender conocimientos que han pasado por varias generaciones. Adicionalmente, es interesante que estos mineros tienen un concepto de espacio que es colectivo y admite que cualquiera pueda extraer su parte de los recursos, sin concentrarlos en unos pocos miembros del grupo. De esta forma, su continua interacción con el paisaje los hace entrar y salir de conversaciones con este, retroalimentándose constantemente (Benediktsson & Lund, 2011).

En este contexto de intimidad entre el espacio y la persona, los proyectos extractivos, liderados muchas veces por inversionistas extranjeros, aparecen para desencadenar la *tensión*. Por lo general, al nivel del arbitraje de inversión, esto se interpreta mediante lecturas antagónicas entre un sistema de protección de inversiones que solo privilegia a los inversionistas y unas comunidades locales que se posicionan como las víctimas de dicha asimetría (Cervantes, 2021, p. 103). Aunque se ha cuestionado si esta perspectiva es equivocada, por ejemplo, al no tener en cuenta la realidad estadística sobre las reclamaciones fallidas de los inversionistas (Waibel, 2010), este escrito ofrece una explicación alternativa que consiste en comprender las distintas formas de relacionarse con el espacio que tienen los inversionistas extranjeros y las comunidades locales. Las comunidades locales habitan el ambiente, pero están integradas a este (Tilley & Daum, 2017), mientras que las prácticas extractivas suponen en sí un desmembramiento del espacio, pues el objetivo de la operación es en últimas separar y retirar los minerales (Keeling, 2012).

El choque entre una y otra narrativa sobre la interacción con el espacio no vivo genera una fricción latente. En particular, esta problemática se intensifica en los territorios indígenas, que son espacios sagrados y con un valor cultural inconmensurable para sus habitantes, quienes muchas veces, además de interlocutores, los consideran espíritus vivos (Studley, 2018). En una investigación basada en formas de pensamiento indígena, como el animismo y el totemismo, Kirsch (2006) estudió la reacción de la comunidad yonggom en Papúa Nueva Guinea al desarrollo de la mina Ok Tedi en sus territorios. De esta forma, encontró que, a juicio de los habitantes, las operaciones mineras afectaban su relación ancestral con el territorio, por lo que consolidaron un movimiento de protesta. Además, decidieron canalizar esta oposición a través del derecho, acudiendo a las cortes de Australia y obteniendo una conciliación histórica por alrededor de AUS 40 millones (Banks & Ballard, 2017).

Estas relaciones dan lugar a tensiones especiales entre inversionistas extranjeros y comunidades locales, las cuales tienen una gran complejidad porque además se manifiestan de maneras distintas. En el contexto de las comunidades indígenas, la explotación del paisaje en territorios esenciales para preservar tradiciones culturales da lugar a tensiones irreconciliables sobre la forma de entender el ecosistema. Por una parte, esto genera indignación, promoviendo un antagonismo que se manifiesta muchas veces en vías de hecho como sabotajes y movimientos de protesta (Bebbington et al., 2008, p. 2895). No obstante, la literatura también muestra que este choque de valores también puede causar sensaciones de temor y desesperanza en comunidades arraigadas a prácticas y formas de vida ancestrales que están mediadas por el espacio (Ferry & Limbert, 2008). Para estas personas, la llegada del extractivismo trae sensaciones de nostalgia y desarraigo, así como dudas sobre un futuro incierto y la amenaza de un cambio drástico en su entorno (Slovic, 2014).

Otro caso que enriquece la discusión es el de la comunidad uw'a y las empresas petroleras en Colombia. Desde antes del año 2000, inversionistas como Occidental Petroleum, en conjunto con el Estado colombiano, han entablado relaciones para proyectos extractivos con las comunidades locales que habitan el Bloque Samoré, una región de la Orinoquía que se extiende más allá de 209 000 hectáreas de falda

y piedemonte llanero (Serje, 2003). Sin embargo, estas iniciativas no han tenido éxito, ya que los u'was, una comunidad indígena ancestral que habita el territorio, han expresado que los proyectos, sin importar la forma en que estuvieran delimitados, afectarían lugares sagrados, además de que, toda vez que el petróleo es como la sangre de esta tierra, sacarlo sería como asesinarla (Burgos, 2006, p. 408). Nuevamente, esto ilustra que, mientras que el inversionista extranjero puede ver un espacio natural como una fuente de provecho económico, las comunidades locales lo interpretan como un organismo vivo y susceptible que trasciende consideraciones financieras.

La relación comunidad-objeto

Recientemente, la antropología se ha interesado por promover una agenda de investigación sobre la forma en que pensamos los objetos que nos rodean, la manera como nos relacionamos con ellos y los efectos sociales de esas relaciones (Henare et al., 2006). Entre estas iniciativas, un ejemplo muy interesante para poner en contexto tales aproximaciones es la etnografía de Tsing (2015) sobre el hongo matsutake y cómo la relación de distintas comunidades del mundo con esta comida puede aclarar importantes aspectos de la economía política contemporánea. En el ámbito de la industria extractiva, un caso similar que ha sido estudiado desde esta perspectiva es la relación entre los diamantes de sangre y el conflicto armado en países como Sierra Leona y Botswana (Maconachie & Binns, 2007). De este modo, estudiar este objeto y pensarlo en el contexto de las comunidades permite entender también las relaciones internacionales, porque se trata de algo que medió la interacción entre comunidades vulnerables de África y sociedades privilegiadas en Occidente.

En cuanto a la actividad minera, algunos autores han cuestionado la falta de investigación sobre la relación entre los metales extraídos y las comunidades, en particular cómo estos objetos inciden en la formación de los sistemas sociales a su alrededor (Jacka, 2018). Sin embargo, existen algunas investigaciones y estudios de caso sobre cómo los objetos se “comunican” con las personas y organizan las relaciones sociales (Lemonnier, 2012). Por ejemplo, High (2013) estudió cómo el dinero

procedente de la minería es percibido por parte de ciertas comunidades de Mongolia durante un período de auge extractivo en el país. De esta forma, la autora encontró una conexión entre la superstición, la moralidad y la actividad extractiva, pues los habitantes de las áreas de influencia de estos proyectos percibían el dinero de la minería como un objeto “sucio” que podía atraer desgracia sobre la familia.

A finales del siglo XX, algunos antropólogos se habían referido a la relación entre los minerales y las comunidades gracias al estudio de los pueblos indígenas quechuas en Bolivia, quienes se dedican a la actividad minera (Godoy, 1985). Para estas investigaciones, una figura de gran interés era “El Tío”, una deidad reconocida en algunas regiones del país como el gobernante del inframundo y dueño de las minas (García et al., 2004). En el caso de Nash (1979), el autor explica que para estas comunidades el estaño y las vetas de este metal en las minas son sustancias vivas que se regeneran gracias a la intervención de El Tío, para lo cual los mineros deben realizar rituales de libación en las minas. Así mismo, Taussig (1980) indica que, en la percepción ancestral de la actividad minera en estos territorios, los mineros actúan como intermediarios entre El Tío y los minerales que extraen.

En su investigación sobre las comunidades mineras de Marmato en Caldas, Kraus (2017) estudia los efectos del oro en las relaciones sociales de la comunidad minera. Su tesis parte de lo que llama el “oro esquivo”, es decir, un metal que es particularmente difícil de encontrar porque a veces aparece y otras no. A partir de esto, el autor concluye que ese carácter “esquivo” del oro media las interacciones de los mineros, por ejemplo, las creencias sobre los estilos de vida y la estabilidad económica, ya que los mineros creen que, así como fluctúa el oro, “el que es rico un día puede ser pobre al siguiente”. Adicionalmente, el autor destaca que los mineros también creen que el oro tiene una fuerza espiritual, porque “se le aparece a los afortunados y se les esconde a los codiciosos”. En ese sentido, la comunidad rechaza la acumulación, el acaparamiento y el gasto desmesurado, porque cree que estas actitudes pueden hacer que el oro, que es su forma de sustento, sea más difícil de encontrar.

Las anteriores consideraciones demuestran que, como lo señala Acuña (2015, p. 2), muchas veces las tensiones mineras con las comunidades locales se dan por diferencias a nivel “ontológico”. Esto quiere decir que

los grupos locales y los inversionistas extranjeros tienen formas distintas de entender conceptos relacionados con el entorno como la tierra, el territorio y los recursos naturales. En concreto, para las comunidades locales es difícil relacionarse con una visión del espacio y los recursos naturales en la que actores privados se apropian de objetos ‘no vivos’ a través de títulos y a su vez estos objetos son explotados por medio de tecnologías artificiales. Igualmente, para los inversionistas extranjeros, es un reto acercarse a las comunidades con un interés genuino de comprender su relación con el ecosistema. En una investigación sobre el pueblo indígena awajun en Perú, el autor relata que, al relacionarse con las comunidades y preguntarles su opinión, estas cederían su territorio para fines como el desarrollo de un parque nacional, pero no para la minería.

Como lo resalta Silva (2019, p. 19) en su trabajo, este tipo de etnografías demuestran que, al nivel de las comunidades locales, las actividades económicas como la minería no son meramente prácticas materiales, sino que involucran rituales, relaciones sociales y disposiciones emocionales. De esta manera, una gran diferencia entre inversionistas extranjeros y comunidades locales es que los primeros tienden a tener una relación más bien directa y distante con el territorio, que no supone otra cosa distinta de una fuente de ganancias, mientras que la interacción de los segundos es compleja e intersubjetiva. Con respecto al arbitraje de inversión, este escrito propone que no está fuera de lugar afirmar que este es un aspecto que contribuye a que se genere o se fortalezca la *tensión*, por lo que debería ser una problemática más relevante para los distintos actores del sistema. Con esto en mente, la siguiente sección se enfoca en revisar algunas causas jurídicas de esta misma fricción.

La *tensión* a partir de algunas características del arbitraje de inversión que causan fricciones entre inversionistas extranjeros y comunidades locales

En la sección anterior, se revisaron las causas de la *tensión* desde un enfoque antropológico con el objetivo de darle una perspectiva diferente y multidisciplinaria al estudio de las relaciones entre inversionistas

extranjeros y comunidades locales. Para el caso de este apartado, el artículo se concentra en un análisis de causas desde el punto de vista jurídico, centrándose en analizar ciertas características distintivas del arbitraje de inversión que pueden contribuir a que se genere la *tensión*. En ese orden de ideas, las subsecciones siguientes tienen en cuenta tres aspectos: i) la fragmentación sobre la aplicabilidad de los derechos de participación; ii) el roce de texturas jurídicas ‘expansivas’ y opuestas en las normas locales y los AII; y iii) las diferencias en la comprensión del derecho de propiedad entre las comunidades locales y los inversionistas extranjeros.

Ahora bien, es importante resaltar nuevamente que este artículo no se ocupa de ofrecer una solución a estas problemáticas, lo cual puede ser el objeto de una investigación independiente. En ese sentido, este escrito considera que el valor que tiene este ejercicio es la reflexión sobre las causas de la *tensión* en sí misma, ya que una adecuada comprensión de estas puede llevar a entender mejor las deficiencias del sistema de protección de inversiones y a tomar estas críticas como punto de partida para atenderlas. De conformidad con esto, es importante apuntar que la pregunta de esta sección es una de gran relevancia, pues tener la capacidad de señalar qué aspectos del sistema de protección de inversiones crean distancia entre los inversionistas extranjeros y las comunidades locales resulta útil para promover mayores discusiones sobre este punto y elaborar así propuestas de reforma.

Fragmentación sobre la aplicabilidad de los derechos de participación

En arbitraje internacional, una pregunta frecuente de la literatura es cuál es la ley que debe aplicar el tribunal arbitral para aproximarse a las reclamaciones. Como estos tribunales solo tienen la autoridad otorgada a ellos por las partes, la elección de una ley aplicable inadecuada puede ser una causal de anulación del laudo, por lo que es necesario garantizar que esta decisión fue correcta (Schreuer et al., 2009, p. 56). En particular, esta ha sido una duda recurrente respecto de la aplicabilidad o no de reglas de derecho internacional, pues no es del todo claro cuál es el rol del derecho internacional en la solución de estos arbitrajes (Douglas,

2009, p. 129). Aunque algunos tratados definen las reglas relevantes al respecto, otros no regulan este asunto o lo hacen de forma ambigua. A manera de ejemplo, el artículo 26(6) del Tratado de la Carta de la Energía dispone que “[...] un tribunal decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente tratado y las normas del derecho internacional aplicables”, pero no aclara cuáles son esas “normas aplicables de derecho internacional”.

En últimas, como explica Bjorklund (2014, p. 16), aunque los tribunales serán guiados en cada caso por el texto de los AII, su autoridad proviene de distintas fuentes y, por ende, estos tienen un alto grado de discreción con respecto a los asuntos de un arbitraje. Esta es una discusión relevante para el presente artículo porque enmarca un debate reciente sobre la aplicabilidad de reglas de derecho internacional relacionadas con asuntos como derechos humanos o medio ambiente. Algunos autores han criticado fuertemente la aplicación de teorías desarrolladas en contextos ajenos al sistema tradicional de protección de inversiones, por ejemplo, decisiones de la CIDH y de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), defendiendo una interpretación restrictiva (Born et al., 2020). Por el contrario, otros han favorecido estas aproximaciones, sustentando su posición en la noción de que los árbitros deberían armonizar los distintos ámbitos del derecho internacional (Simma, 2011).

En línea con lo anterior, las primeras secciones de este artículo explicaron que los derechos de participación de las comunidades locales en proyectos económicos aparecen en varios instrumentos de derecho internacional. En la Convención de Aarhus, derechos como el acceso a la información y la participación en la toma de decisiones ya se reconocen como pilares de las relaciones sociales en la actividad medioambiental (Lee & Abbot, 2003). Así mismo, el Fipic aparece en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al igual que en la UNDRIP, como una garantía fundamental para darles voz a las comunidades indígenas en la actividad extractiva dentro de su territorio (Peterson, 2013). En ese sentido, estos derechos se encuentran codificados y desarrollados en el derecho internacional, al punto de que algunos reconocen derechos de participación pública.

La pregunta entonces es si esta normatividad puede ser aplicada por los tribunales arbitrales. En *Bear Creek*, para justificar la cancelación

de los derechos mineros del inversionista, el Estado argumentó que el inversionista no había obtenido la licencia social para operar (SLO), lo que había causado protestas sociales (laudo en inglés, párr. 256). La SLO consiste en la legitimidad que le otorgan las comunidades locales a una compañía para llevar a cabo una actividad económica (Boutilier, 2014, p. 2). Por su parte, el inversionista contestó que la idea de SLO no era una obligación regulada en el derecho peruano (laudo en inglés, párr. 238) y que en el derecho internacional era un concepto que solo establecía mejores prácticas y no les imponía obligaciones directas a los inversionistas (laudo en inglés, párr. 241).

En su análisis, el tribunal decidió que, si bien los instrumentos de derecho internacional son claros en que deben realizarse consultas con las comunidades indígenas (laudo en inglés, párr. 406), Perú no había logrado demostrar el vínculo causal entre la actividad del inversionista y las medidas del Estado (laudo en inglés, párr. 411). Es de resaltar que, en una opinión disidente, el árbitro Philippe Sands expresó que el Convenio 169 de la OIT era aplicable al caso y, aunque este no les imponga obligaciones directas a los inversionistas, los tribunales arbitrales pueden tomarlo como referencia con base en el artículo 42(1) del Convenio CIADI, según el cual el tribunal tendrá en cuenta “[...] aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” (opinión disidente en inglés, párr. 10).

En línea con la opinión de Sands, hay otros tribunales que han abierto la aplicabilidad de otras reglas de derecho internacional al arbitraje de inversión. Así, el tribunal en *Urbaser c. Argentina*, una controversia sobre medidas adoptadas por el Estado respecto de los precios del agua y alcantarillado, consideró que un AII “debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte [...]” (laudo en español, párr. 1200), por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y las declaraciones de la OIT (laudo en español, párr. 1198). Según lo explican Reiner y Schreuer (2009), la aplicación de otras reglas de derecho internacional en el arbitraje de inversión tiene sentido en la medida que los principios de interpretación de la Convención de Viena y las reglas de instituciones arbitrales como el CIADI así lo reconocen.

Sin embargo, Karamanian (2013) ha demostrado que la realidad de la práctica arbitral es evitar pronunciarse sobre este debate o adoptar una interpretación restrictiva por temor a exceder sus poderes y enfrentar situaciones como la anulación del laudo. Para autores como Dupuy (2009), esto podría hacer que *de facto* se genere una inaplicación de otras reglas de derecho internacional, lo que a su vez genera una fragmentación en el sistema porque no existe acuerdo sobre el uso o no de estos estándares. Para el caso puntual de la *tensión*, esto resulta en la desestimación de los derechos de participación, lo que deja una necesidad de las comunidades locales desatendida y promueve que se causen o intensifiquen las diferencias.

Roce de texturas jurídicas expansivas y opuestas tanto en las normas locales y los AIJ

Como lo describen Langer y Muñoz (2003), en el siglo XXI los países de América Latina han experimentado un proceso de movilización de las comunidades indígenas, marcado por una lucha hacia el reconocimiento y la participación. En respuesta a estas dinámicas, los Estados han diseñado mecanismos normativos para atender este reclamo, incluyendo garantías especiales para estas comunidades en sus sistemas legales (Schilling, 2016). A manera de ejemplo, varios académicos consideran que países como Ecuador y Bolivia han fomentado un “constitucionalismo latinoamericano” que consiste en hacer reformas estructurales al sistema político para consolidar un Estado multicultural y pluralista, que logre la inclusión efectiva de las comunidades locales (Wolff, 2012). Esto incluye el desarrollo de leyes sobre asuntos como el Fipic y la consulta previa, de modo que estos conceptos han pasado de ser principios orientadores a reglas de derecho positivo.

Por ejemplo, el artículo 57(5) de la Constitución de Ecuador establece que los pueblos indígenas tendrán el derecho colectivo a “mantener la posesión” de los territorios ancestrales; el artículo 57(6) les permite participar en la administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras; y el artículo 57(7) les reconoce el derecho a la consulta previa. Con este tipo de regulaciones, reflejadas a su vez en el derecho internacional, los Estados les otorgan “protecciones amplias”

a las comunidades locales respecto de la actividad extractiva (Butzier & Stevenson, 2014, p. 301). En ese sentido, este artículo resalta lo que podría llamarse una “textura jurídica expansiva” de las normas en relación con los derechos de las comunidades locales.

Ahora bien, así como es notoria la amplificación de derechos de las comunidades locales en los sistemas jurídicos de varios países de América Latina, también ocurre lo mismo con los instrumentos de protección de la inversión y los derechos de los inversionistas extranjeros. Puede tomarse como referencia el AII entre Ecuador y Canadá, que fue el instrumento relevante en el caso de *Copper Mesa* y que establecía en su artículo II que los Estados parte debían promover la creación de condiciones favorables para los inversionistas, mientras que en su artículo VIII indicaba que las inversiones extranjeras no serían nacionalizadas o expropiadas excepto por un propósito público y con una compensación adecuada. Este lenguaje replica las protecciones de otros AAI y es por esto por lo que dichos instrumentos incluyen “protecciones amplias” para los inversionistas extranjeros (Henckels, 2015, p. 1).

Así que, como ciertas normas tienen un lenguaje que amplifica los derechos de las comunidades locales y otras los derechos de los inversionistas, es el choque de estos lenguajes expansivos lo que promueve la *tensión*. Este punto es de particular importancia en América Latina, ya que el nuevo constitucionalismo ha marcado una pauta tendiente a la protección de los derechos de participación de las comunidades locales (Bustamante, 2020). Esta problemática se ha hecho especialmente relevante como resultado de varias decisiones de las cortes constitucionales. En ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que, como lo explica Schneiderman (2010), las decisiones de la rama judicial pueden constituir un ilícito internacional del Estado y constituir la base de futuras demandas de inversión.

En el caso de Colombia, la Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional prohibió los proyectos mineros en los páramos por su impacto medioambiental, anteponiendo los intereses de las comunidades locales a los de inversionistas extranjeros que luego presentaron arbitrajes de inversión (Castillo, 2020). Sobre estas decisiones, es fundamental resaltar que otro aspecto de la *tensión* es que estas pueden ser revisadas *de facto* por los tribunales arbitrales al decidir, por ejemplo, que una

sentencia adoptada para la protección de fines regulatorios es la causa de una violación al derecho internacional. Adicionalmente, esta es una situación que además es evidente con mayor frecuencia en los casos de jurisdicción concurrente, es decir, cuando una controversia debe ser revisada tanto por un tribunal de inversión como por una autoridad judicial (Kaufmann-Kohler & Potestà, 2020).

Como sostienen Urueña y Prada (2019, p. 8), estas injerencias de los tribunales de arbitraje en asuntos regulatorios hacen que el arbitraje de inversión sea realmente un mecanismo descentralizado para ejercer el poder público a nivel internacional. Por lo tanto, las diferencias entre autoridades judiciales y los tribunales de inversión muestran también que la *tensión* incorpora un debate más amplio sobre el poder público a nivel global. Para autores como Cervantes (2021), este tipo de cuestiones motivan medidas reaccionarias de los Estados como la denuncia del Convenio CIADI por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela. De hecho, en el caso de Ecuador, fue la propia Corte Constitucional la que declaró que este tratado era contrario a la Constitución Nacional en 2008 (Prieto, 2017).

Por supuesto, estas tensiones pueden surgir porque jueces y árbitros tienen un punto de referencia distinto a nivel hermenéutico, pues la oposición de lenguajes expansivos hace que se generen también temperamentos interpretativos muy disímiles. En todo caso, es necesario destacar que son estas diferencias las que revelan hasta qué punto los referentes normativos en el contexto del arbitraje de inversión proponen principios, reglas y estándares de protección que no están por completo alineados. A su vez, esto lleva a que se administre justicia de formas inconsistentes, que no promueven la seguridad jurídica y que pueden resultar en que las percepciones de los actores interesados sobre la confiabilidad del sistema de protección de inversiones produzcan la *tensión* o la empeoren.

Diferencias en la comprensión del derecho de propiedad en las comunidades y los inversionistas extranjeros

La *tensión* también surge porque inversionistas extranjeros y comunidades locales pueden tener nociones muy diferentes del derecho

de propiedad. Cuando el Estado y sus autoridades evalúan la distribución de recursos, es común que se planteen las preguntas respectivas a partir de conceptos como la ‘equidad’ o la ‘justicia’, dado que estas decisiones afectan directamente su legitimidad. En ese sentido, podría decirse que tienen en mente una noción de “interés común”, que alude a conceptos como el bienestar social más que a los intereses de una persona o un grupo (Eskridge, 1989). Contrario a esto, los términos de referencia del tribunal arbitral son los del AII respectivo, por lo que puede ser contraintuitivo que su marco de interpretación directo y primordial no sean los derechos individuales de propiedad (Leader, 2006, pp. 661-662). Además, a esto se suma que el contexto interpretativo de los AII suele estar caracterizado por una narrativa de derechos y expectativas legítimas del inversionista, no de derechos relacionados con el “interés público” (Glinavos, 2016, pp. 250-251).

Es importante reconocer que el sistema de inversiones no prohíbe las medidas regulatorias *per se* (Rajput, 2018, p. 3). No obstante, la comprensión del derecho de propiedad que privilegia el arbitraje de inversión es muy diferente a la que tienen las comunidades locales. En particular, como sostienen Burke White y Von Staden (2010, p. 288), en el arbitraje de inversión no solo no se ha desarrollado un estándar de revisión claro para que los tribunales se aproximen a las medidas regulatorias, sino que estos incluso tienden a interpretar los derechos de propiedad desde la lógica de un arbitraje comercial. Esto implica resaltar su carácter como un derecho subjetivo y oponible a terceros, incluso comparándolo equivocadamente con la protección de los derechos humanos (Barrera, 2018), antes que por su función social o por su relación con el interés público. A su vez, esto materializa las preocupaciones de los Estados sobre su capacidad regulatoria, puesto que cuestiona el balance entre derechos del inversionista extranjero y el desarrollo social (Waincymer, 2009).

Esta noción del sistema de propiedad que también prevalece en los inversionistas extranjeros se diferencia notablemente de la perspectiva de las comunidades locales, que se opone a veces a conceptos como el carácter privado de la propiedad o su valoración desde el punto de vista comercial (Small & Sheehan, 2008). Por ejemplo, el artículo 57(4) de la Constitución de Ecuador indica que las comunidades indígenas

tienen derecho a “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles”. De manera más general, en América Latina se ha adoptado el concepto de “función social de la propiedad”, de modo que en países como Colombia se ha transitado del concepto de propiedad como “señorío” o derecho subjetivo absoluto a la noción de un derecho conexo al interés general (Santos, 2006). Es así como el artículo 58 de la Constitución de 1991 define hoy que “la propiedad es una función social que implica obligaciones” y además dispone que a esta “le es inherente una función ecológica”.

El caso de *Álvarez Marín c. Panamá* es de particular relevancia para concretar esta *tensión*, ya que muestra las diferencias entre distintos conceptos de propiedad y sus efectos jurídicos. Esta controversia fue iniciada ante una declaratoria de la Autoridad Nacional de Tierras de Panamá que determinó que ciertas fincas adquiridas por un inversionista estaban dentro de un territorio indígena protegido llamado la Comarca Ngöbe-Buglé, lo que desencadenó la ocupación de las tierras por parte de las comunidades (decisión de objeciones preliminares, párr. 27). Según el Estado, la inversión estaba viciada de ilegalidad porque los derechos de propiedad en esta zona se regían por un sistema legal especial según el cual estos eran colectivos y no permitían la propiedad privada. Así, en una decisión que autores como Vadi (2020) han considerado trascendental, el tribunal aceptó el argumento del Estado y decidió que las tierras no eran susceptibles de propiedad privada (laudo, párr. 325) y que la inversión atentaba contra el bienestar de las comunidades locales (laudo, párr. 329).

A pesar de la decisión revisada anteriormente, el arbitraje de *Álvarez Marín* es la minoría entre los casos previos, en los que la noción subjetiva de la propiedad ha prevalecido sobre el interés regulatorio (Van Harten, 2013). Esto sugiere que la falta de armonización entre nociones de propiedad en la esfera pública y privada mantendrá vigente la *tensión* hasta tanto no se abra la puerta para que los términos de referencia de los tribunales se enriquezcan de la diferencia. En línea con lo anterior, un punto importante para cuestionar este asunto es lo que señalan autores como Schill (2010), para quienes, a pesar de que los árbitros decidan cuestiones privadas, no son actores aislados

del panorama regulatorio, sino verdaderos vicarios del poder público que administran justicia en un foro internacional. De esta forma, en la medida que el arbitraje de inversión se relaciona con distintos asuntos regulatorios, sus controversias resultan siendo asuntos del interés público que deben empezar a ser consideradas como tal por el sistema y los tribunales (Van Harten, 2008).

Nuevas perspectivas, horizontes y propuestas sobre la *tensión* a partir de la práctica reciente del arbitraje de inversión

Este artículo explica la tensión entre inversionistas extranjeros y comunidades locales en proyectos extractivos en América Latina, así como algunas de sus causas. Para estos efectos, la sección 1 contextualiza la *tensión* como una problemática que surge de la desatención de necesidades sociales en los proyectos extractivos, en particular los derechos de participación como el acceso a la información y la consulta previa. Posteriormente, los apartados 2 y 3 proponen dos explicaciones a esta tensión a partir de una revisión basada en teorías antropológicas y características del arbitraje de inversión. La conclusión general de ambos análisis es que, si bien se trata de un asunto con varias complejidades, una causa común por la que la *tensión* se genera es debido a las diferencias que tienen inversionistas extranjeros y comunidades locales en su forma de entender y valorar conceptos que son fundamentales en los proyectos económicos, especialmente en las actividades extractivas.

Con respecto a la parte 1, el principal punto de esta investigación es que la *tensión* puede ser el resultado de una fricción entre la aproximación económica de los inversionistas extranjeros a los recursos naturales como objetos apropiables y los sistemas de creencias de las comunidades locales que muchas veces los aprecian como agencias vivas. Esto se puede explicar a partir de teorías antropológicas que estudian la interacción entre la comunidad, el paisaje y los recursos. En cuanto a la sección 2, cabe resaltar que también hay aspectos del arbitraje de inversión y el sistema de protección de inversiones que muestran una distancia entre inversionistas extranjeros y comunidades locales.

Entre estos, se discutieron en particular la falta de uniformidad sobre la aplicabilidad de los derechos de participación en estas controversias, la conceptualización divergente del derecho de propiedad y el choque de instrumentos que les otorgan derechos amplios pero opuestos a ambos actores.

Adicional a estos puntos, hay elementos de esta discusión que también vale la pena resaltar porque ilustran nuevos horizontes y perspectivas sobre la *tensión* en la práctica reciente del arbitraje de inversión. Entre estos, uno de especial interés para la reforma del sistema es que, si las fricciones resultan de ciertas diferencias profundas entre los actores interesados, la *tensión* podría reducirse si se le abre espacio al pensamiento de las comunidades locales en lugar de marginarlo. En ese sentido, casos como *Bear Creek* y *Álvarez Marín* sugieren que ya hay un interés de las partes y los tribunales por dar este paso, por ejemplo, moderando lecturas absolutistas sobre cuestiones como los derechos de los inversionistas extranjeros y aplicando conceptos asociados a los derechos de las comunidades locales que pueden abrirse camino lentamente en el sistema. Esto puede ocurrir de muchas formas, como la renegociación de tratados o la aplicación de otras reglas de derecho internacional.

Sin embargo, este no es un camino que esté libre de dificultades. En los casos mencionados, un punto que sobresale es que, aunque hubo un reconocimiento de la diferencia, este suele estar asociado indefectiblemente al lenguaje del derecho y las instituciones clásicas del derecho internacional. En ese sentido, siguen pendientes avances como el enfoque multidisciplinario y la apertura de los recursos interpretativos de los tribunales. De igual manera, aunque en la literatura hay un llamado de atención al papel del poder público y el interés general en la toma de decisiones, *stricto sensu* los términos de referencia de los árbitros siguen siendo limitados. En ese orden de ideas, como las decisiones del tribunal y su marco interpretativo deben estar delimitados por los instrumentos jurídicos relevantes como los AII (Schreuer, 2014), estos suelen evitar debates más complejos por temor a incurrir en excesos que puedan afectar la legitimidad de sus decisiones (Baltag & Dautaj, 2021, p. 23).

Así mismo, es clave apuntar que darle un lugar a la diferencia también es reconocer su carácter múltiple. De este modo, también es una de las

reflexiones finales de este artículo que debe evitarse una aproximación a la *tensión* según la cual haya una sola forma de interpretarla, pues esta dependerá de las particularidades de cada comunidad. Esto se refleja en la etnografía que hace De la Cadena (2015) sobre las comunidades indígenas que habitan el macizo de Ausangate al sur de Perú y en la cual hay un pasaje en particular que permite comprender las diferentes aproximaciones de distintas comunidades a un mismo evento. Al enterarse de la apertura de una mina en territorio cercano, la autora se opone a este proyecto por razones medioambientales, mientras que la comunidad local lo hace porque le preocupa que se desate la ira de la montaña y esto resulte en la muerte de los habitantes locales a causa de derrumbes. En ese sentido, una premisa para tener en cuenta es que la *tensión* puede venir de muchas partes y mostrarse de maneras diferentes, por lo que en cada controversia es fundamental saber delimitarla, es decir, estar en condiciones de identificar si responde, entre otros, a intereses ecológicos, culturales o religiosos.

Estos son aspectos que cabe resaltar del caso *South American Silver c. Bolivia*, en el que se discutió la reversión por parte del gobierno de ciertas concesiones mineras en territorios indígenas de Mallku Khota. Notablemente, la nación argumentó que el inversionista había actuado la doctrina internacional de “manos limpias” toda vez que había presentado una reclamación de inversión a pesar de que sus comportamientos habían violado los derechos humanos, sociales y colectivos de las comunidades indígenas de la región de influencia del proyecto (contestación de la demandada en inglés, párr. 294). Adicionalmente, en su argumentación, Bolivia hace referencia a conceptos tradicionales de estos pueblos, pues resalta como violaciones de las normas relevantes actos como el que los inversionistas se hayan infiltrado en una asamblea de indígena usando vestimenta de estos pueblos y que hayan grabado el evento sin autorización (contestación de la demandada en inglés, párr. 318).

En este caso, tiene un significado especial que los escritos de Bolivia hayan presentado conceptos y términos de la comunidad local en el arbitraje, como es el caso del *Tantachawi*, que es la asamblea de la comunidad (Ortega, 2015). Igualmente, cabe destacar que el estándar de conducta que usan los memoriales para criticar el actuar del inversionista es el *ama llulla*, un principio de la comunidad que dispone “no

seas mentiroso” (Chávarry, 2014). En ese orden de ideas, esta controversia no solo ilustra la incorporación de la diferencia indígena en el contexto del arbitraje, sino que, al articular los principios de comportamiento del pueblo indígena involucrado en el caso con conceptos de derecho internacional, refleja una amalgama entre el lenguaje de las comunidades locales y el lenguaje jurídico. Aunque el tribunal decidió que había existido una expropiación al inversionista porque no se le había compensado (laudo en inglés, párr. 610), el caso sugiere nuevos horizontes de la *tensión*.

En línea con lo anterior, también es importante destacar que las comunidades locales no solo promueven la protección de su entorno por razones culturales, sino que también pueden hacerlo por intereses económicos y políticos, de manera similar a los inversionistas extranjeros. Para algunas comunidades campesinas, la llegada del inversionista es preocupante simplemente porque pone en riesgo su fuente de ingreso (Silva, 2019, p. 19). Así mismo, para el caso de las comunidades indígenas, varios autores de la industria extractiva han revelado que muchas veces las protestas de los grupos de interés se tratan de una lucha por la soberanía territorial y por la forma en que los inversionistas extranjeros valoran la tierra a través de mecanismos como los derechos y los títulos de propiedad (Ali, 2016, p. 647). Por ejemplo, las movilizaciones de comunidades como las que habitan el desierto de Atacama en Chile no son por razones chamánicas o por beneficios materiales, sino por el acceso a la información y la igualdad de relaciones (Carrasco, 2016).

Adicionalmente, también se debe aclarar que, a pesar de la importancia de reconocer la diferencia de las comunidades locales, tampoco es lo más acertado siempre promover la idea de que existe una relación antagónica entre los canales jurídicos, como el mismo arbitraje de inversión, y las comunidades locales. Estudios de caso como los mencionados en las secciones 1 y 2 *supra* demuestran que ya existe un interés de estas comunidades por participar del discurso jurídico. A manera de ejemplo, la demanda de los yonggoms ante las cortes de Australia que marcó un hito en el panorama legal de este país o el pleito que el pueblo sarayaku llevó a la CIDH, al igual que lo han hecho ya varias comunidades locales contra países de América Latina en los últimos

años, son claras demostraciones de esta tendencia que Rodríguez (2011) llama la “judicialización” de las reclamaciones étnicas.

Esta investigación podría concluir con pesimismo, apuntando nuevamente a la *tensión* y las diferencias entre inversionistas extranjeros y comunidades locales. No obstante, junto con los casos mencionados en este apartado, que apuntan hacia nuevas tendencias de armonización, hay quienes sostienen que el derecho internacional, tradicionalmente visto como inefectivo y reservado para las élites transnacionales, debería ser adoptado como un arma del débil (Fulmer, 2014). Parte de esta tendencia es el interés creciente de las autoridades judiciales por participar de los debates sobre el poder público transnacional a través de mecanismos como los controles de convencionalidad y las acciones de amparo, incluso contra decisiones internacionales (Schneiderman, 2010). Esto habla de una sintonía de voluntades en el sistema por ampliar las voces que participan en la discusión, un horizonte que no debe perderse de vista y que es cada vez más objeto de nuevos debates.

Referencias

- Acuña, R. M. (2015). The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts. *Extractive Industries and Society*, 2(1), 85-92. <https://doi.org/10.1016/j.exis.2014.11.007>
- Ali, S. H. (2016). The ethics of space and time in mining projects: matching technical tools with social performance. *Journal of Business Ethics*, 135(4), 645-651. <https://doi.org/10.1007/s10551-014-2379-1>
- Álvarez, G. M., & Kazeem, I. (2021). Measuring public participation in international investment treaty law: a study of the Latin American extractive industries. In Álvarez, G. M., Riofrio, M., & Sperandio, F. V. (Eds.), *International arbitration in Latin America: energy and natural resources disputes*. Wolter Kluwer International.
- Anaya, J. (2005). Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights Indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 7-17.

- Aoul, S. K., Revil, É., Sarrasin, B., Campbell, B., & Tougas, D. (2000). *Towards a spiral of violence? "The dangers of privatising risk management of investments in Africa" mining activities and the use of private security companies*. The Working Group on Human Rights in Congo/Kinshasa, Development and Peace.
- Arsel, M., Hogenboom, B., & Pellegrini, L. (2016). The extractive imperative in Latin America. *The Extractive Industries and Society*, 3(4), 880-887.
- Baltag, C., & Dautaj, Y. (2021). Promoting, regulating, and enforcing human rights through international investment law and ISDS. *Fordham International Law Journal*, 45, 1.
- Banks, G., & Ballard, C. (2017). *The Ok Tedi settlement: issues, outcomes and implications*. National Centre for Development Studies, Research School of Pacific Studies, The Australian National University.
- Barrera, E. (2018). Property rights as human rights in international investment arbitration: a critical approach. *Boston College Law Review*, 59(8), 26-35.
- Bebbington, A., Humphreys Bebbington, D., Bury, J., Langan, J., Muñoz, J. P., & Scurrah, M. (2008). Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes. *World Development*, 36(12), 2888-2905.
- Benediktsson, K., & Lund, K. A. (2011). Introduction: starting a conversation with landscape. In *Conversations with landscape*. Routledge.
- Bjorklund, A. K. (2014). Constraints on power and authority in international investment arbitration. In *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers (2013)* (pp. 13-24). Brill. https://brill.com/view/book/edcoll/9789004274945/B9789004274945_003.xml
- Born, G., Morris, D., & Forrest, S. (2020). "A margin of appreciation": appreciating its irrelevance in international law. *Harvard International Law Journal*, 61(1), 65-134.
- Boutilier, R. G. (2014). Frequently asked questions about the social licence to operate. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 32(4), 263-272. <https://doi.org/10.1080/14615517.2014.941141>
- Burgos González, A. C. (2006). Petróleo e indígenas en Colombia. Una mirada desde la seguridad humana. *Desafíos*, 15, 389-418.
- Burke-White, W., & Von Staden, A. (2010). Private litigation in a public law sphere: the standard of review in investor-State arbitrations. *Yale Journal of International Law*, 35(2), 283-346.
- Bustamante, G. (2015). The right to consultation and free, prior and informed consent in Latin America: the governmentality of the extraction of natural resources. *Revue Québécoise de Droit International*, 1(1), 179-197.

- Butzier, S. R., & Stevenson, S. M. (2014). Indigenous peoples' rights to sacred sites and traditional cultural properties and the role of consultation and free, prior and informed consent. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 32(3), 297-334. <https://doi.org/10.1080/02646811.2014.11435364>
- Calvert, J. (2018). Civil society and investor-State dispute settlement: assessing the social dimensions of investment disputes in Latin America. *New Political Economy*, 23(1), 46-65. <https://doi.org/10.1080/13563467.2017.1330876>
- Carrasco, A. (2016). A biography of water in Atacama, Chile: two Indigenous community responses to the extractive encroachments of mining. *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, 21(1), 130-150.
- Castillo, Y. (2020). El impacto de las medidas ambientales en el estándar de expropiación indirecta. El caso *Eco Oro c. Colombia*. *Revista de Derecho*, (54).
- Cervantes, A. (2021). La necesidad del diálogo entre la justicia constitucional y el arbitraje internacional de inversiones. *Con-texto*, 56, 101-135. <https://doi.org/10.18601/01236458.n56.06>
- Chávarry, W. R. (2014). Ética y moral en el Perú incaico. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 12(13), 303-318.
- CIADI. *Álvarez y Marín Corporación S.A. and others v. Republic of Panama*. ICSID Case ARB/15/14, Final award (Sep 20, 2018).
- CIADI. *Álvarez y Marín Corporación S.A. and others v. Republic of Panama*. ICSID Case ARB/15/14, Reasoning of the decision on respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) (Apr 4, 2016).
- CIADI. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. ICSID Case ARB/14/21, Award (Nov 30, 2017).
- CIADI. *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case ARB(AF)/09/1, Award (Sep 22, 2014).
- CIADI. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*. ICSID Case ARB/06/2, Award (Sep 16, 2015).
- CIADI. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*. ICSID Case ARB(AF)/00/2, Award (May 29, 2003).
- CIADI. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*. ICSID Case ARB/07/26, Award (Dec 8, 2016).
- Cirkovic, E. (2006). Self-determination and Indigenous peoples in international law. *American Indian Law Review*, 31(2), 375-399. <https://doi.org/10.2307/20070792>

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku c. Ecuador*. Serie C N° 245, 27 de junio de 2012.
- CPA. *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*. PCA 2012-2, Award (Mar 15, 2016).
- CPA. *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*. PCA 2012-2, Award (May 15, 2016).
- CPA. *South American Silver Limited v. Bolivia*. PCA Case 2013-15, Respondent counter-memorial (Mar 31, 2015).
- CPA. *South American Silver Limited v. Bolivia*. PCA Case 2013-15, Award (Nov 22, 2018).
- D'Erico, P. (1998). Sovereignty: a brief history in the context of US Indian law. *The encyclopedia of minorities in American politics*. Schultz & Co.
- De la Cadena, M. (2015). *Earth beings. Ecologies of practice across Andean worlds*. Duke University Press.
- Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511581137>
- Dupuy, P.-M. (2009). Unification rather than fragmentation of international law? The case of international investment law and human rights law. In *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0002>
- Eskridge, W. (1989). Public values in statutory interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 137(4), 1007.
- Ferry, E. E., & Limbert, M. E. (2008). *Timely assets: the politics of resources and their temporalities*. School for Advanced Research Press.
- Fulmer, A. M. (2014). The politics of a strange right: consultation, mining, and Indigenous mobilization in Latin America. In *The uses and misuses of human rights* (pp. 65-88). Palgrave Macmillan.
- García, E. O., Riart, O. P., Tafalla, M. P. A., & Martínez, L. F. M. (2004). Un caso de patrimonio minero intangible: El Tío de las minas bolivianas. *De Re Metallica (Madrid): revista de la Sociedad Española para la Defensa del Patrimonio Geológico y Minero*, (3), 33-42.
- Glinavos, I. (2016). Public interests, private disputes: investment arbitration and the public good. *Manchester Journal of International Economic Law*, 13, 50.
- Godoy, R. (1985). Mining: anthropological perspectives. *Annual Review of Anthropology*, 14(1), 199-217. <https://doi.org/10.1146/annurev.an.14.100185.001215>

- Hatzold, M.-E. (2013). Social conflict, economic development and extractive industry: evidence from South America. *Community Development Journal*, 48(3), 501-505. <https://doi.org/10.1093/cdj/bst026>
- Henare, A., Holbraad, M., & Wastell, S. (Eds.). (2006). *Thinking through things: theorising artefacts ethnographically*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203088791>
- Henckels, C. (2015). *Proportionality and deference in investor-State arbitration*. Cambridge University Press.
- High, M. M. (2013). Polluted money, polluted wealth: emerging regimes of value in the Mongolian gold rush. *American Ethnologist*, 40(4), 676-688. <https://doi.org/10.1111/amet.12047>
- Holder, J., & Lee, M. (2007). *Environmental protection, law and policy: text and materials*. Cambridge University Press.
- Ingold, T. (2000). *The perception of the environment: essays on livelihood, dwelling and skill*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203466025>
- Jacka, J. K. (2018). The anthropology of mining: the social and environmental impacts of resource extraction in the mineral age. *Annual Review of Anthropology*, 47(1), 61-77. <https://doi.org/10.1146/annurev-anthro-102317-050156>
- Johnson, L., & Coleman, J. (2016). *International investment law and the extractive industries sector*. Columbia Center on Sustainable Investment Staff Publications. https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/37
- Karamanian, S. L. (2013). The place of human rights in investor-State arbitration business law forum: balancing investor protections, the environment, and human rights. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 423.
- Kaufmann-Kohler, G., & Potestà, M. (2020). Why investment arbitration and not domestic courts? The origins of the modern investment dispute resolution system, criticism, and future outlook. In G. Kaufmann-Kohler & M. Potestà (Eds.), *Investor-State dispute settlement and national courts: current framework and reform options* (pp. 7-29). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7_2
- Keeling, A. (2012). Mineral waste. In *SAGE encyclopedia of consumption and waste: the social science of garbage*. SAGE Publications.
- Kemp, D., Owen, J., Gotzmann, N., & Bond, C. (2011). Just relations and company-community conflict in mining. *Journal of Business Ethics*, 101(1), 93-109.
- Kirsch, S. (2006). *Reverse anthropology: Indigenous analysis of social and environmental relations in New Guinea*. Stanford University Press.

- Kraus, D. E. (2017). *La minería de oro esquivo: trabajar y vivir de un metal misterioso*. Universidad de los Andes.
- Langer, E. D., & Muñoz, E. (2003). *Contemporary Indigenous movements in Latin America*. Rowman & Littlefield.
- Latour, B. (2005). *Reassembling the social: an introduction to actor-network-theory*. Oxford University Press.
- Leader, S. (2006). Human rights, risks, and new strategies for global investment. *Journal of International Economic Law*, 9(3), 657-705. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgl015>
- Lee, M., & Abbot, C. (2003). The usual suspects? Public participation under the Aarhus Convention. *The Modern Law Review*, 66(1), 80-108. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.6601004>
- Lemonnier, P. (2012). *Mundane objects: materiality and non-verbal communication*. Left Coast Press.
- Levine, J. (2017). The interaction of international investment arbitration and the rights of Indigenous peoples. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 14(1). <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2435>
- Maconachie, R., & Binns, T. (2007). Beyond the resource curse? Diamond mining, development, and post-conflict reconstruction in Sierra Leone. *Resources Policy*, 32(3), 104-115.
- Martí Puig, S. (2010). The emergence of Indigenous movements in Latin America and their impact on the Latin American political scene: interpretive tools at the local and global levels. *Latin American Perspectives*, 37(6), 74-92.
- McMichael, P. (2006). Reframing development: global peasant movements and the new agrarian question. *Canadian Journal of Development Studies/Revue canadienne d'études du développement*, 27(4), 471-483.
- Medel Sierralta, R. M., & Somma González, N. M. (2016). ¿Marchas, ocupaciones o barricadas? Explorando los determinantes de las tácticas de la protesta en Chile. *Política y Gobierno*, 23(1), 163-199.
- Nash, J. (1979). *We eat the mines*. Columbia University Press.
- Ortega, N. (2015). *La asamblea comunitaria como una estrategia ancestral de participación social efectiva* (Tesis doctoral, Universidad Mayor de San Andrés).
- Owen, J. R., & Kemp, D. (2013). Social licence and mining: a critical perspective. *Resources Policy*, 38(1), 29-35.
- Peterson, K. (2013). *Free, prior and informed consent: ILO 169 and UNDRIP*. Free, Prior and Informed Consent: Pathways for a New Millennium Research Paper.

- Prieto, J. G. (2017). Ecuador's 2017 Termination of treaties: how not to exit the international investment regime. *Revista de Direito Internacional*, 14(2). <https://doi.org/10.5102/rdi.v14i2.4720>
- Raftopoulos, M., & Short, D. (2019). Implementing free prior and informed consent: the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007), the challenges of REDD+ and the case for the precautionary principle. *The International Journal of Human Rights*, 23(1-2), 87-103. <https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1579990>
- Rajput, A. (2018). *Regulatory freedom and indirect expropriation in investment arbitration*. Kluwer Law International B.V.
- Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human rights and international investment arbitration. In *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004>
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Ethnicity.gov: global governance, Indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18(1), 263-305. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.18.1.263>
- Santos, I. (2006). La propiedad agraria y su función social. *Temas Socio-Jurídicos*, 24(51), 55.
- Schill, S. (2010). Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator. *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 401-430. <https://doi.org/10.1017/S0922156510000117>
- Schill, S. W. (2006). Revisiting a landmark: indirect expropriation and fair and equitable treatment in the ICSID case Tecmed. *Transnational Dispute Management*, 3(2).
- Schilling-Vacaflor, A., & Nolte, D. (2016). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315597904>
- Schneiderman, D. (2010). Judicial politics and international investment arbitration: seeking an explanation for conflicting outcomes. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30(2), 383.
- Schreuer, C. (2014). Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 32(1), 1-25.
- Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge University Press.

- Serje, M. (2003). ONGs, indios y petróleo: el caso u'wa a través de los mapas del territorio en disputa. *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, 32(1), 101-131.
- Silva, E. P. (2019). *Historias de Santurbán: una aproximación antropológica al páramo como agente en disputa en California, Santander*. Universidad de los Andes.
- Simma, B. (2011). Foreign investment arbitration: a place for human rights? *International & Comparative Law Quarterly*, 60(3), 573-596. <https://doi.org/10.1017/S0020589311000224>
- Slovic, S. (2014). Varieties of environmental nostalgia. In *The memory of nature in Aboriginal, Canadian and American contexts* (pp. 11-30). Cambridge Scholars Publishing.
- Small, G., & Sheehan, J. (2008). The metaphysics of Indigenous ownership: why Indigenous ownership is incomparable to Western conceptions of property value. In *Indigenous peoples and real estate valuation*. Springer.
- Studley, J. (2018). *Indigenous sacred natural sites and spiritual governance: the legal case for juristic personhood*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429455797>
- Taussig, M. (1980). *The devil and commodity fetishism in South America*. University of North Carolina Press.
- Taylor, L. (2011). Environmentalism and social protest: the contemporary anti-mining mobilization in the province of San Marcos and the Condebamba Valley, Peru. *Journal of Agrarian Change*, 11(3), 420-439. <https://doi.org/10.1111/j.1471-0366.2011.00313.x>
- Tilley, C., & Cameron-Daum, K. (2017). *An anthropology of landscape*. University College of London Press. <https://doi.org/10.14324/111.9781911307433>
- Tsing, A. (2015). *The mushroom at the end of the world. On the possibility of life in capitalist ruins*. Princeton University Press.
- Urueña, R., & Prada Uribe, M. A. (2019). *Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional nacional estricto*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper.
- Vadi, V. (2011). When cultures collide: foreign direct investment, natural resources and Indigenous heritage in international investment law. *Columbia Human Rights Law Review*, 42(3).
- Vadi, V. (2020). Cultural heritage in international investment law. In *The Oxford handbook of international cultural heritage law*.
- Van Bekhoven, J. (2016). Public participation as a general principle in international environmental law: its current status and real impact. *National Taiwan University Law Review*, 11, 219.

- Van Harten, G. (2008). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552146.001.0001>
- Van Harten, G. (2013). *Sovereign choices and sovereign constraints: judicial restraint in investment treaty arbitration*. OUP Oxford.
- Vega, Y. T. H. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socioambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-111.
- Waibel, M. (Ed.). (2010). *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Wolters Kluwer Law & Business.
- Waincymer, J. M. (2009). Balancing property rights and human rights in expropriation. In *Human rights in international investment law and arbitration* (pp. 275-309). Oxford University Press. <https://research.monash.edu/en/publications/balancing-property-rights-and-human-rights-in-expropriation>
- Ward, T. (2011). The right to free, prior, and informed consent: Indigenous peoples' participation rights within international law. *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 10(2), 54-84.
- Wolff, J. (2012). New constitutions and the transformation of democracy in Bolivia and Ecuador. In *New constitutionalism in Latin America: promises and practices* (pp. 183-202). Routledge.