



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA
Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS
DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE
RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL
CASO ECO ORO V. COLOMBIA.**

Juan Camilo Mariño Rodríguez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá D.C., Colombia

2023

INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA: UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO V. COLOMBIA.

Juan Camilo Mariño Rodríguez

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magister en derecho – perfil investigativo.

Director (a):

Ph.D., Luis Fernando Sánchez Supelano

Codirector (a):

Ph.D., Gregorio Mesa Cuadros

Grupo de Investigación:

Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales - GIDCA

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2023

Al inicio y final de todo. A mis padres.

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Nombre

Fecha DD/MM/AAAA

Fecha

Resumen

Título en español: INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA : UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO VS. COLOMBIA.

Descripción: La inversión privada extranjera como forma esencial del modelo de desarrollo impuesto por la comunidad transnacional a los países latinoamericanos, ha involucrado el auge de la actividad comercial sobre la naturaleza y en el caso colombiano ha abarcado más de la mitad del total de la creciente inversión que recibida por el Estado. Lo anterior implica que, al tratarse de actividades con baja capacidad de restauración ambiental, se relacionen con la vigencia de compromisos internacionales en materia ambiental y concretamente con la efectividad de los derechos ambientales. Por esto se necesita una reinterpretación de las disposiciones que ordenan la protección de la naturaleza para dotarlas de eficacia en las controversias de arbitraje de inversión. Es así como se busca caracterizar las tensiones derivadas de las relaciones entre el derecho de las inversiones y los derechos de la naturaleza como derechos ambientales y como un proceso de formación de una política transformadora, reivindicatoria de las tradiciones y comunidades locales, a través de postulados de ambientalismo latinoamericano que reinterpreten la responsabilidad social empresarial y contribuyan a la exigibilidad de los derechos de la naturaleza como componente clave de la justicia ambiental, ilustrados a partir de las contradicciones y deficiencias argumentativas de la decisión del caso Eco Oro vs. Colombia en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión.

Palabras clave: Derechos ambientales, derechos de la naturaleza, extractivismo, inversión extranjera directa, Eco Oro, arbitraje de inversión, neoliberalismo

Abstract

Título en inglés: FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND ENVIRONMENTAL DAMAGE. A REVIEW FROM THE ENVIRONMENTAL RIGHTS THEORY FOR THE LIABILITY'S CONSOLIDATION DERIVED FROM THE ECO ORO V. COLOMBIA CASE

***Description:** The foreign direct investment as an essential manifestation of the development model imposed by the transnational community for the Latin-American countries involves the growing economic activity in the environment and in the Colombian case that has meant that more than the half of the investments received by this country are related with environmental activities with reduced capacity of environmental restoration. This situation means that foreign direct investment in Colombia is significantly related with the international environmental agreements' compliance and with the environmental rights effectivity and shows up the urgent need of the reinterpretation of the norms that order the nature's protection in the context of the investment arbitration.

In that way, this research seeks for the characterization of the tensions derived from the relations of the international investment law and the nature's rights as environmental rights and as non-concluded path of transformation that claims the local communities' traditions through the Latin American Environmental's postulates to reinterpretate and give a new and guarantor meaning to the social corporate responsibility principles and in that way assure that they contribute to the steadfastness of the nature's rights as part of the environmental justice. All these situations are exemplified in the contradictions and poor probatory appreciation in the Eco Oro vs. Colombia case at the International Center for Settlement of Investment Disputes.

Keywords: Environmental rights, natures' rights, extractive industry, foreign direct investment, Eco Oro, investment arbitration, neoliberalism.

Contenido

	Pág.
Resumen	VII
Lista de figuras.....	1
Introducción	2
1. CAPÍTULO 1: INVERSIÓN Y NATURALEZA	5
1.1 El modelo económico y la inversión extranjera en Colombia	5
1.1.1 La inversión extranjera como objetivo de la política macroeconómica colombiana.....	9
1.1.2 Parámetros interpretativos en la responsabilidad del inversionista extranjero 18	
▪ 1.1.2.1. Trato justo y equitativo y su relación con el estándar mínimo de trato	19
▪ 1.2.2. No expropiación	22
▪ 1.2.3. Estabilización.....	25
▪ 1.2.4. Nación más favorecida.....	25
▪ 1.2.5. Cláusulas paraguas	27
1.1.3 El problema de la inversión extranjera en el ambiente.....	29
1.2 Giro del antropocentrismo al ecocentrismo.....	39
1.2.1 ¿Antropocentrismo, biocentrismo o ecocentrismo?.....	39
1.2.2 Modelo extractivista en perspectiva histórica	48
1.2.3 Argumentos culturales y derechos bioculturales	58
1.3 Derechos de la naturaleza: debate y perspectivas	60
1.3.1 Los derechos como garantías de un sujeto.....	61
1.3.2 El modelo constitucional del buen vivir/vivir bien y los derechos de la naturaleza	67
1.3.3 Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana	75
1.3.4 Los derechos del Río Atrato.....	80
2. CAPÍTULO 2: EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN LA MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA	85
2.1 Ambientalismo político: Una visión integradora de la propuesta ecocéntrica	86
2.1.1 Gobernanza ambiental.....	90
2.1.2 Derecho al ambiente sano e integralidad de los derechos ambientales	97
2.2 Responsabilidad de los inversionistas extranjeros: una alternativa desde los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos	102
2.2.1 Deber de protección (del Estado) de los derechos humanos	108
2.2.2 Responsabilidad (de las empresas) de respetar los derechos humanos.....	112
2.2.3 Mecanismos de reparación.....	119

2.3	Justicia ambiental en perspectiva de exigibilidad de derechos.....	124
2.3.1	Exigibilidad de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales en Colombia	128
2.3.2	Elementos para la exigibilidad de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales a nivel regional: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	133
3.	CAPÍTULO 3: EL CASO ECO ORO V. COLOMBIA EN CLAVE DE DERECHOS DE LA NATURALEZA COMO DERECHOS AMBIENTALES	141
3.1	Una relación de influencias abiertamente ignorada.....	144
3.2	Una discusión gaseosa de responsabilidad social empresarial	148
3.3	Justicia limitatoria y justicia reivindicatoria	152
4.	Conclusiones	157
	Bibliografía	165

Lista de figuras

Pág.

Gráfico 1. Inversión extranjera directa en Colombia (% del PIB)	10
Gráfico 2. Flujos Trimestrales IED	16
Gráfico 3. Distribución sectorial de los flujos de IED acumulados entre 1993-2004 (%) .	30
Gráfico 4. Aporte sectorial a la variación del acervo de IED entre 2004 y 2011 (%)	31
Gráfico 5. Distribución de los flujos de IED por sectores 2019(3T)-2021	31

Introducción

Han sido múltiples las expresiones literarias que dan cuenta de las injusticias que conlleva el modelo de desarrollo de países que como Colombia cuentan con gran variedad de bienes naturales y sociales y han fundamentado en tal riqueza su economía a partir de una herencia colonialista. Este es el caso de la conocida obra de Eduardo Galeano (2004), *Las Venas Abiertas de América Latina*, en la que recoge como “El subdesarrollo de América Latina proviene del desarrollo ajeno y continúa alimentándolo” (pág. 363), o de *Los Condenados de la Tierra* de Franz Fanon (1963) en la que el autor explica como “si queremos responder a la esperanza de nuestros pueblos, no hay que fijarse sólo en Europa” (pág. 161), sin embargo, también son múltiples las expresiones de esperanza y cambio concretadas en nuevos paradigmas de desarrollo, en emergentes propuestas locales que retornan la mirada al origen de nuestros pueblos latinoamericanos y que buscan la reivindicación de los derechos ambientales, en lo que parafraseando al nobel colombiano sería buscar una segunda oportunidad para los pueblos condenados a cien años de soledad y depredación.

Esta investigación constituye una apuesta para que, desde el derecho y otras disciplinas como la sociología, la ecología, la filosofía y la economía se estudie la situación de depredación ambiental derivada de un modelo contemporáneo de desarrollo fundado en la inversión extranjera como un vehículo de crecimiento económico costoso para los intereses ambientales en el momento particular en que en el caso colombiano se empiezan a transformar los criterios para entender las relaciones desde la naturaleza a través del reconocimiento de nuevas subjetividades y por tanto una revaluación de los asuntos ambientales que tradicionalmente habían sido entendidos como medioambientales.

En este sentido, se busca caracterizar las tensiones derivadas de la protección a la naturaleza y el modelo de desarrollo vigente de promoción a la inversión extranjera, partiendo de que el auge de la inversión extranjera en Colombia, derivado de la aplicación del modelo económico vigente concentrado en la depredación de bienes ambientales y naturales ha conllevado a la explotación ilimitada de zonas ambientales con un alto y desproporcionado impacto a las comunidades, pero además a los ecosistemas en sí mismos, que recientemente han sido sujetos de protección por la jurisprudencia constitucional.

Así, la contraposición entre un intento de girar hacia un modelo interpretativo que reconozca a la naturaleza como sujeto de derechos y un sistema consolidado de generación de riqueza a través de la depredación, o cuando menos la intervención ambiental, conlleva consecuencias agravadas por la protección de la que los inversionistas extranjeros son titulares, entre otros aspectos, al poder resolver sus controversias en

escenarios de justicia internacionales, especializados en materia de inversión, en donde el Estado puede comprometer su responsabilidad al margen de su soberanía interna, de donde surge la preocupación sobre cuáles son las limitaciones que el modelo economicista de protección a la inversión extranjera impone a la hora de consolidar una política efectiva de protección a la naturaleza a través del reconocimiento de nuevas subjetividades iniciada en Colombia a través de la sentencia T-622 de 2016.

Por tanto, el primer capítulo de este documento reconstruirá las tensiones que surgen de la relación entre las reglas que orientan la actividad de los inversionistas extranjeros y la teoría de los derechos de la naturaleza, contextualizando estas tensiones en el marco de los criterios o enfoques interpretativos que fundamentan una y otra corriente. Para esto, se partirá de una contextualización del modelo económico vigente en Colombia y su relación directa con la inversión extranjera para la consolidación del dogma según el cual el desarrollo es sinónimo de crecimiento económico, que fundamenta el contenido de las reglas o estándares de protección usualmente pactados en los tratados de inversión respecto de los cuales recaen las controversias sometidas a arbitraje internacional de inversiones y sus implicaciones cuando dichas inversiones se ejecutan desde la naturaleza, para posteriormente explorar los criterios interpretativos tradicionales y alternativos que soportan la discusión con la implementación de una corriente que reconoce derechos a la naturaleza sobre la base de un criterio ambiental en el que el componente humano cobra un significado diferente, en un modelo extractivista históricamente heredado para finalmente evidenciar en qué consiste el reconocimiento de derechos a la naturaleza en la teoría y en la práctica nacional e internacional.

El segundo capítulo presentará los fundamentos de un modelo de protección a los derechos de la naturaleza frente a las tensiones identificadas, desde el derecho como un instrumento de uso alternativo a partir de tres pilares: (i) el ambientalismo político latinoamericano, (ii) una reinterpretación ambientalista de los principios rectores sobre empresa y derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas y (iii) la exigibilidad de los derechos de la naturaleza como una dimensión estratégica de la justicia ambiental.

Finalmente, el tercer capítulo ilustrará estas tensiones y la contribución de los pilares de defensa de los derechos de la naturaleza en la decisión sobre responsabilidad del caso Eco Oro vs. Colombia, en el que se declaró la responsabilidad del Estado por violación a un tratado de inversión ante los actos oficiales de protección del Páramo de Santurban, revisando la importancia de esta decisión ante la solución de otras controversias de arbitraje de inversión en el sector minero, así como las limitaciones que impone en la consolidación de un modelo interno de protección a la naturaleza.

Bajo este escenario, la relación entre los derechos de la madre tierra y la intervención de los inversionistas extranjeros sobre ella en Colombia involucra diferentes tensiones que según el enfoque en que sean interpretados favorecen en mayor o menor grado la efectividad de estos derechos. En tal medida, la jurisprudencia que da origen a los derechos de la naturaleza en Colombia, se ve relativizada en su efectividad ante los riesgos de daño ambiental por parte del inversionista extranjero, que privilegiando los criterios formulados por el derecho de las inversiones y los tratados de inversión aplicables, desconocen una cosmovisión local del desarrollo, con implicaciones en la formulación de la política ambiental. Dado lo anterior, las relaciones de inversión desde y con la naturaleza deberán interpretarse sistemáticamente en perspectiva de derechos ambientales, humanos y no humanos, a efectos de evitar y conjurar las asimetrías derivadas para el ordenamiento interno de las decisiones como la del caso *Eco Oro vs. Colombia* en materia de soberanía.

Con el fin de desarrollar la anterior estructura, se acudirá principalmente al análisis documental y cualitativo de la información recurriendo a una contextualización sistemática desde el derecho, la historia, la política, la filosofía y la economía para abordar desde diferentes perspectivas una misma problemática y así dotar de interdisciplinariedad una propuesta de fundamentos que permitan continuar el camino hacia el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos blindándola de los riesgos que se identifiquen.

1. CAPÍTULO 1: INVERSIÓN Y NATURALEZA

Las actividades de inversión extranjera, regladas por el derecho de las inversiones, suponen la aplicación de estándares de protección pactados en los Acuerdos Internacionales de Inversión, cuyo cumplimiento determina la responsabilidad internacional del Estado. A continuación, se expondrán los riesgos que representa el desarrollo de actividades de inversión extranjera en el ambiente, con énfasis en los procedimientos previstos para la solución de las controversias que de dichas relaciones se presenten, frente a la garantía de los derechos de la naturaleza, reconocidos por la jurisprudencia constitucional a través de la aplicación del criterio de interpretación ecocéntrico.

En tal sentido, se reconstruirán las tensiones surgidas de la relación entre (i) las reglas que orientan la actividad de los inversionistas extranjeros, amparadas en el modelo económico desarrollado en Colombia, y (ii) la teoría de los derechos de la naturaleza adoptada por la jurisprudencia constitucional, mediando dicho análisis por (iii) la identificación de los enfoques interpretativos en que se fundamentan cada uno de estos ámbitos.

1.1 El modelo económico y la inversión extranjera en Colombia

La definición del modelo económico colombiano ha sido objeto de discusiones entre mayor o menor grado de intervención estatal se le otorgue, dado que la Constitución económica adoptó una estructura “abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos” (Uprimny & Rodríguez, 2005, pág. 29), por lo que de una interpretación sistemática de la Carta Política se ha afirmado que el régimen adoptado es el de “la economía de mercado, con las limitaciones propias del Estado social de derecho” (Santaella, 2001, pág. 89).

En tal medida, al amparo de la Constitución Política de 1991, Colombia ha impulsado una serie de políticas públicas que permiten dar continuidad al proyecto político neoliberal formulado desde el coloquio Walter Lippmann de 1938, en cuyo discurso de apertura el profesor Louis Rougier indicó:

“Today, we understand better than the great classics what a truly liberal economy consists of. It is an economy subject to a double referee [*arbitrage*]; to the spontaneous referee of consumers who decide among the goods and the services that are offered to them on the market at the whim of their liking through the plebiscite of prices; [and] **to the concerted referee of the State that ensures the freedom, the steadfastness, and the efficiency of the markets.**

Alongside this legal interventionism, is there room for an economic interventionism by the State? The word interventionism seems encumbered by an unfavorable prejudice: in and of itself, it is neither good nor bad. It is beneficial or harmful depending on the use that one makes of it. **It is beneficial if it aims to re-establish free competition and the spirit of enterprise; if it results in un-jamming the blocked components of economic equilibrium.** It is loathsome if it pretends to substitute for free competition and for the regulatory role of prices [a system of] bureaucratic planning without possible economic calculation” (Reinhoudt & Audier, 2018, pág. 99) (negrilla fuera de texto).

Así, desde 1938 con la celebración del coloquio Walter Lippmann se expuso con claridad que parte esencial de la agenda del neoliberalismo era la definición de los límites de la intervención estatal en la economía, pues en la economía de mercado tal intervención solo resulta admisible al perseguir la libre competencia y la libertad de empresa. De tal manera lo confirmó Frederick Hayek en el discurso de apertura de la Sociedad Mont Pelerin en 1947 que a modo de una declaración de objetivos expuso:

“Of the subject which I have suggested for systematic examination by the conference, and of which most members seem to have approved, the first is the relation between what is called ‘free enterprise’ and a really competitive order. It seems to me to be much the biggest and in some ways the most important problem and I hope that a considerable part of our discussion will be devoted to its exploration. It is the field where **it is most important that we should become clear in our own minds, and arrive at an agreement about the kind of programme of economic policy which we should wish to see generally accepted.** It is probably the set of problems in which the largest proportion among us are actively interested and where it is most urgent that the work which has been conducted independently in parallel directions in many parts of the world should be brought together. Its ramifications are practically endless, since an adequate treatment involves a complete programme of a liberal economy policy. (...)” (Hayek, The fortunes

of Liberalism. Essays on Austrian Economics and the Ideal of Freedom., 1992, pág. 242)

Entonces, en la relación entre la libertad de empresa y un orden competitivo que se presenta con la mayor trascendencia desde la génesis del neoliberalismo, es preciso tener en cuenta que el desarrollo del proyecto neoliberal en su perspectiva económica ha presentado diferentes variables para dar cumplimiento al objetivo de formular una política pública económica que satisfaga la pretensión de equilibrio económico que justifica la actividad estatal a través de la búsqueda de un sistema compatible con la libertad individual, sobre este punto Hayek (2008) en su obra Camino de Servidumbre afirmó:

“Se dice a menudo que **la libertad política carece de significado sin libertad económica**. Esto es muy verdad, pero en un sentido casi opuesto al que dan a la frase nuestros planificadores. La libertad económica que es el requisito previo de cualquier otra libertad no puede ser la libertad frente a toda preocupación económica, como nos prometen los socialistas, que sólo podría obtenerse relevando al individuo de la necesidad y, a la vez, de la facultad de elegir; tiene que ser la libertad de nuestra actividad económica, que, con el derecho a elegir, acarrea, inevitablemente, el riesgo y la responsabilidad de este derecho” (pág. 189) (negrilla fuera de texto).

En esta perspectiva, el proyecto neoliberal se funda en la búsqueda de la libertad, la constancia y la eficiencia de los mercados, marco al que debe restringirse la actividad estatal -intervencionismo- en la interrelación de la libertad de empresa y el orden competitivo que encuentra lugar a través de una democracia, que al ser parte de un proyecto transnacional se ve limitada por las directrices de organizaciones supranacionales ajenas a cualquier debate electoral y por tanto a cualquier reclamación de justicia social, a efectos de asegurar el orden económico deseado a través de la consolidación de una teoría del derecho y del Estado compatible (Slobodian, 2018, pág. 264).

Así, el proyecto se materializa en la formulación de una política pública económica que manteniendo estos límites sea capaz de incluir señales económicas como impuestos, exenciones y en general cualquier instrumento de política pública económica¹ que garantice el ideal de libertad económica para la libertad política en la decisión del consumidor sin que el Estado se apropie de sus derechos en el contexto de mercado, ni siquiera con el argumento de procurarle una decisión favorable, pues su rol se centra en

¹ Sobre los instrumentos de política pública véase De Brujin & Hufen (1998), Majone (1997) y Moore (2007).

8 INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
VS. COLOMBIA.

el mantenimiento de la economía de mercado antes descrita, con el fin de asegurar un lugar en la comunidad transnacional.

Son muchas las críticas a los postulados del proyecto neoliberal: es claro que se trata de un modelo incompleto que ha encontrado variaciones a la formulación de la sociedad de mercado en la que la libertad económica verdaderamente constituya el requisito sin el cual no sea posible el ejercicio de ninguna otra libertad. Esto se manifiesta, por ejemplo, en sus modalidades del nuevo neoliberalismo, desarrollismo, nuevo desarrollismo, así como también ha encontrado rupturas en proyectos posdesarrollistas y socialistas.

Así, tanto en el caso de sus continuidades como en el de sus rupturas, se ha partido de las crisis del neoliberalismo para reformular el modelo. Sin embargo, en esencia y para los asuntos de interés de las reglas que orientan la inversión extranjera en Colombia, los postulados de la política económica neoliberal mantienen vigencia desde la formulación de los intereses de los organismos transnacionales, condicionando a estos el desarrollo del contenido social de la Constitución Política, que por tanto ha visto desarrollados con mayor eficiencia los postulados de la economía de mercado que las limitaciones que el Estado Social de Derecho impone a esta, manifestadas principalmente en: (i) la imposición de estándares provenientes de organismos transnacionales que no atienden al criterio democrático interno de los Estados; (ii) la apertura de los mercados y (iii) el impulso de un modelo político fundado en la libertad económica como condición del ejercicio de cualquier otra libertad o derecho.

En efecto, Colombia ha adoptado programas de políticas públicas de orden económico, pero cuyo impacto lo trasciende, que se fundamentan en el amparo constitucional a la economía de mercado materializada en el proyecto transnacional neoliberal propuesto en el Coloquio Walter Lippmann y en la Sociedad Mont Pelerin, que propendieron la internacionalización económica del país a través de la suscripción de tratados de libre comercio, que prevén y persiguen la inversión extranjera directa (IED), entendida como

“una operación que involucra una relación de largo plazo en la cual una persona física o jurídica residente de una economía (inversor directo) tiene el objetivo de obtener una participación duradera en una empresa o entidad residente de otra economía. Una operación de IED implica que el inversor

pretende ejercer un grado significativo de influencia o control en el manejo de la empresa residente en la otra economía” (García & López, 2020, pág. 6).

Dado que el modelo económico neoliberal y en general el proyecto político que lo promueve han servido de base para desarrollar la carta económica de la Constitución Política a través de la promoción de la inversión extranjera directa y esta, como se verá, ha tenido fuerte influencia en el sector ambiental, cualquier reconocimiento que concierna a los derechos ambientales en el contexto de la inversión extranjera habrá de ser estudiado también en la perspectiva de la economía de mercado con las limitaciones del Estado Social de Derecho que le resulten aplicables, sobre todo cuando por el desarrollo legal e internacional de la inversión extranjera, esta clase de relaciones entre los Estados y los inversionistas cuentan con unas propias reglas de solución a las que deberán remitirse los agentes estatales al ejercer sus funciones de regulación y sanción, lo que se traduce en un condicionamiento que determina la acción estatal.

De acuerdo con lo anterior, es necesario precisar los instrumentos de implementación de los programas de inversión extranjera directa como objetivo macroeconómico del proyecto neoliberal, las condiciones que suponen la relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, así como la influencia de estas operaciones en el ambiente.

1.1.1 La inversión extranjera como objetivo de la política macroeconómica colombiana

Partiendo de la definición del neoliberalismo como un proyecto político transnacional orientado por una serie de directrices de la misma naturaleza, es importante traer a colación la caracterización que el mismo modelo realizó de la política macroeconómica deseable para América Latina, esto es, de los diez planes, programas e instrumentos de acción institucional formulados en el Consenso de Washington de 1989, a saber: (a) disciplina fiscal, (b) reordenamiento de las prioridades del gasto público, (c) reforma tributaria (sistema con amplias bases y tasas marginales moderadas), (d) liberalización de las tasas de interés, (e) tasas de cambio competitivas, (f) liberalización comercial, **(g) liberalización de la inversión extranjera directa**, (h) privatización, (i) desregulación y (j) derechos de propiedad (Williamson, *The Washington Consensus as Policy Prescription for Development*, 2004).

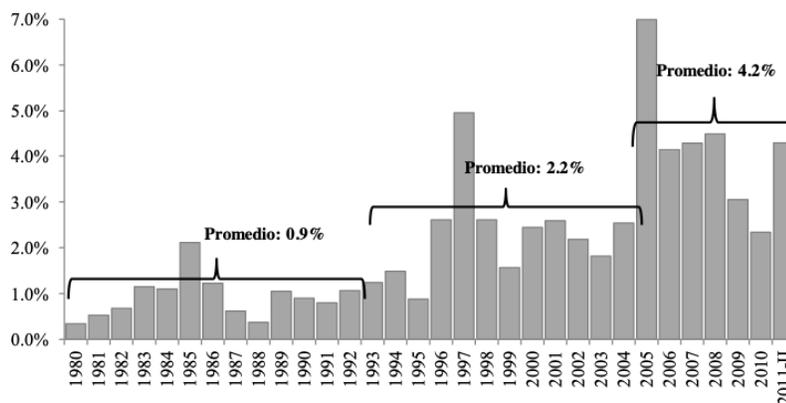
Así, sobre el punto concreto de la IED, el consenso de Washington afirmó:

“As noted above, liberalization of foreign financial flows is not regarded as a high priority. In contrast, a restrictive attitude limiting the entry of foreign direct

10 INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
VS. COLOMBIA.

investment (FDI) is regarded as foolish. Such investment can bring needed capital, skills, and know-how, either producing goods needed for the domestic market or contributing new exports. The main motivation for restricting FDI is economic nationalism, which Washington disapproves of, at least when practiced by countries other than the United States". (Williamson, 1990).

Tal formulación tuvo especial importancia en la implementación de la política económica en Colombia, en efecto, con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991 se iniciaron relevantes esfuerzos por celebrar tratados de libre comercio, que en su mayoría incluyen tratados bilaterales o multilaterales de inversión que se materializaron en un constante incremento de la representación porcentual que la inversión extranjera directa tiene sobre el producto interno bruto (Garavito, Iregui, & Ramirez, 2012, pág. 26), concretado en que aun frente a los recientes efectos derivados de la pandemia del COVID-19, para el año 2022 se ha mantenido la constante de crecimiento, tal como lo demuestran las siguientes gráficas:



Fuente: 1980-1993 Departamento de Cambios Internacionales Banco de la República, 1994-2011 Balanza de Pagos Banco de la República.

Gráfico 1. Inversión extranjera directa en Colombia (% del PIB)

Tomado de: (Garavito, Iregui, & Ramirez, 2012, pág. 26)

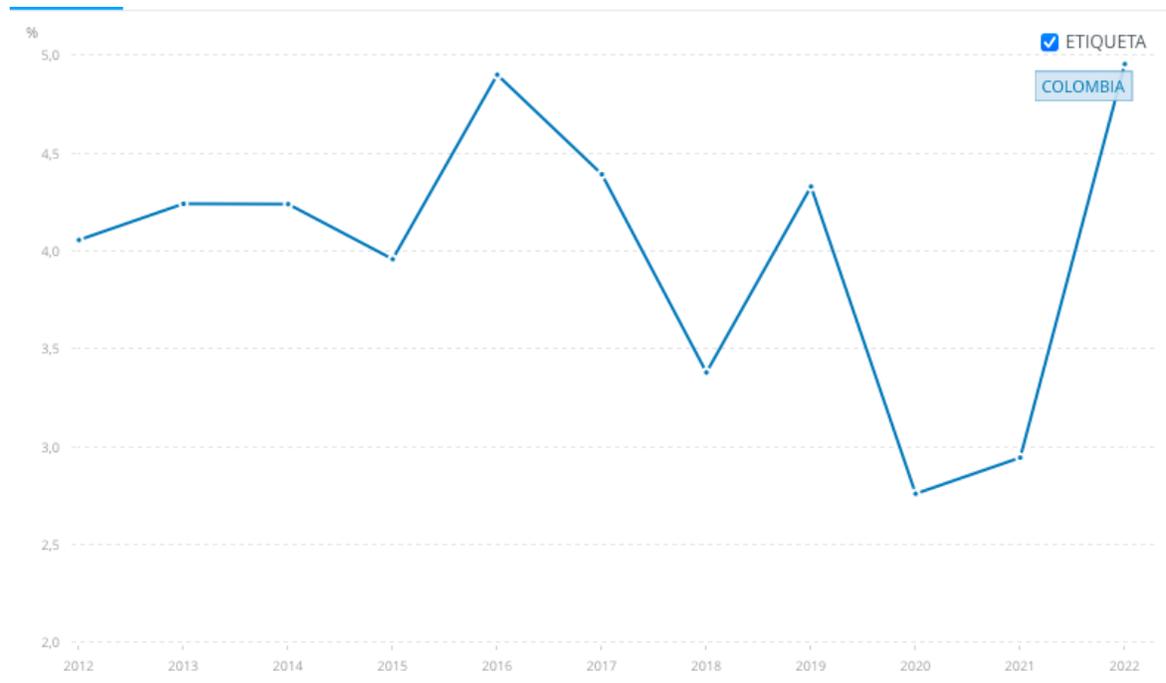


Gráfico 2. Inversión extranjera directa en Colombia (% del PIB) 2012-2022

Fuente: Datos del Banco Mundial

En efecto, entre 1980 y 1992, esto es asimilable a la década anterior a la promulgación de la Constitución Política que favoreció la adopción del criterio de liberalización de la economía sobre el de nacionalismo económico, el promedio de los flujos de inversión extranjera no alcanzaba ni siquiera a un punto porcentual, mientras entre 1993 y 2004 superaba los dos puntos y entre 2005 y 2011, con una política económica consolidada de inversión extranjera se superaron los 4 puntos porcentuales, representando un aumento exponencial de los flujos de inversión extranjera en Colombia.

Ahora bien, en lo que se refiere a la última década, como se indicó anteriormente, pese a los efectos en los flujos económicos de la pandemia ocasionada por el COVID-19, también se evidencia un crecimiento de ellos en lo relacionado con la inversión extranjera en el PIB, que ha logrado recuperarse rápidamente, teniendo en cuenta que aunque entre el 2020 y 2021 se mantuvo por debajo del 3%, en 2022 alcanzó el 5%, recuperando la tendencia de crecimiento reportada desde la nueva constitución política que sirvió para profundizar el modelo neoliberal.

12 INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
VS. COLOMBIA.

La creciente importancia que tomó la inversión extranjera directa en el plano macroeconómico se encontró acompañada de modificaciones en el orden jurídico, más allá de la expedición de la nueva Constitución Política, que se adaptó para permitir el paso de un modelo nacionalista o proteccionista a uno de libre mercado. Así, en el contexto regional se expidió la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones (1991), que estableció el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías y en la que se reconoció la igualdad de derechos y obligaciones entre los inversionistas nacionales y extranjeros.

De acuerdo a lo anterior, a través de la Resolución 51 del 22 de octubre de 1991, Colombia adoptó el Estatuto sobre Inversiones Internacionales (1991), que fue posteriormente derogado por el Decreto 2080 del 25 de octubre de 2000, que contiene el Régimen General de Inversiones de Capital del Exterior en Colombia y de Capital Colombiano en el Exterior (2000), ambos con la intención de simplificar los procedimientos de inversión extranjera.

Adicionalmente el legislador colombiano previó la posibilidad de celebrar contratos de estabilidad jurídica con los inversionistas con el fin de permitir la promoción de las actividades de inversión, así:

“Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente” (Colombia, Ley 963, 2005).

La posibilidad de celebrar tales contratos estuvo vigente en Colombia hasta el 25 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta que mediante la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 se derogó la Ley 963 de 2005 (Colombia, Ley 1607, 2012), sin embargo, tal como se verá al referirse a los estándares de protección a la inversión extranjera, la estabilidad jurídica no solo es un criterio que rigió en el orden interno, sino que adicionalmente el derecho internacional de las inversiones también ha contemplado que en materia de inversión extranjera es uno de los estándares que pueden ser incluidos en los tratados de inversión y que en tal medida pueden constituir ley aplicable a las controversias entre los inversionistas y los Estados anfitriones, por lo que la derogatoria de la Ley 963 de 2005 reporta efectos absolutos respecto de la inversión nacional pero no así en todos los casos de inversión extranjera, en los que habrá de estarse a los tratados de inversión que se hayan suscrito.

Tales prerrogativas a favor de los inversionistas extranjeros también se han implementado en congruencia con la declaración realizada por el Estado colombiano en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas, realizada en Monterrey en el 2002, en la que el Jefe de Estado colombiano afirmó:

“¿Y cómo visualizo esta responsabilidad compartida en el tema del financiamiento para el desarrollo? Mediante la aplicación de los siguientes postulados:

- Creación de un entorno internacional favorable para la inserción competitiva de las economías de los países en desarrollo.
- Consolidación de asociaciones que vinculen a Gobiernos, ONG's, organismos internacionales y distintos sectores de la sociedad civil, para que trabajen a favor del desarrollo, considerando tanto aspectos internacionales como domésticos.
- Fortalecimiento del papel de las organizaciones financieras regionales.
- Cumplimiento de las metas referentes a la Asistencia Oficial para el Desarrollo.
- **Promoción de la inversión extranjera directa y del comercio libre y equitativo con los países en desarrollo.**
- Rediseño de la arquitectura financiera internacional para hacer más flexible y eficaz la financiación para el desarrollo y prevenir los efectos de posibles crisis nacionales o internacionales.

No tenemos el tiempo para referirnos a cada uno de estos puntos con el detalle que ameritan, pero es bueno saber que sobre la gran mayoría de los mismos estamos logrando acuerdos importantes en el Consenso de Monterrey que

14 INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
 UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
 CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
 VS. COLOMBIA.

firmaremos el día de mañana como un legado de responsabilidad hacia nuestros pueblos y su futuro” (2002).

De dicha conferencia, en la que se evidenció la posición de Colombia frente a la inversión extranjera como vehículo de desarrollo, se produjo el documento del Consenso de Monterrey, que en su numeral 20 indica:

“20. Las corrientes internacionales de capitales privados, en particular las de inversiones extranjeras directas, así como la estabilidad financiera internacional, constituyen un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo. **Las inversiones extranjeras directas contribuyen a financiar el crecimiento económico sostenido a largo plazo.** Son particularmente importantes por las posibilidades que ofrecen de transferir conocimientos y tecnologías, crear puestos de trabajo, aumentar la productividad general, estimular la competitividad y el espíritu de empresa y, en última instancia, erradicar la pobreza mediante el fomento del desarrollo y el crecimiento económico. Por lo tanto, un gran desafío es crear las condiciones internas e internacionales necesarias para facilitar las corrientes de inversiones directas —que contribuyan al logro de los objetivos prioritarios de desarrollo de los países— hacia los países en desarrollo, en particular de África, así como a los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo, los países en desarrollo sin litoral y los países con economías en transición” (2002, pág. 6).

En tal contexto, Colombia se encaminó en una visión económico pero también social y política que promulga que “la protección de las inversiones extranjeras como elemento de un buen clima de inversión está estrechamente relacionada con el desarrollo económico y una posible mejoría de las estructuras sociales” (Herdegen, 2012, pág. 375), pues a través de los instrumentos que ha suscrito, así como a través de las declaraciones de sus autoridades, que constituyen hechos internacionalmente relevantes, ha adoptado inequívocamente este camino de profundización del proyecto capitalista, adecuando su actuar al cumplimiento de un rol de facilitador de organismos del orden transnacional.

En este sentido se pronuncian Márquez-Escobar y Villegas-Carrasquilla (2009), quienes han indicado que “la promoción de inversiones internacionales y la necesidad de atraer inversión y comercio binacional y multinacional han impuesto un conjunto de nuevos

límites al Estado, tanto al legislador como al ejecutivo, en el desarrollo de su actividad de intervención” (pág. 158), por lo que la inversión extranjera ha sido presentada como “un elemento fundamental para el desarrollo económico de los países” (García Matamoros, 2019).

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha reconocido que “los acuerdos de protección de las inversiones vienen siendo cuestionados, en la medida en que varios países en desarrollo han tenido que enfrentar millonarias demandas ante instancias internacionales” y que en los casos de controversias entre los inversionistas y los Estados anfitriones, las diferencias terminan siendo resueltas a la luz de un criterio de justicia concebido para favorecer al inversionista (García Matamoros, 2019).

Tal como lo ha reseñado Laura García (2019):

“En este contexto es necesario observar que Colombia en las últimas tres décadas ha venido suscribiendo diferentes appi y tlc, en la medida en que desde la década de los noventa y en consonancia con las políticas liberales de la época, el país dio un giro a su modelo económico, al pasar de una lógica proteccionista y de mercado cerrado a una donde se alentaba la inversión extranjera y la inclusión de la economía nacional en canales comerciales y financieros mundiales. Tal necesidad de ingresar a nuevos mecanismos que alentaran la economía y el intercambio comercial de bienes y servicios colombianos en el exterior ha tenido como consecuencia una reforma constitucional y la entrada en vigor de 16 acuerdos internacionales de inversión (aii); dentro de estos se han suscrito nueve tratados de libre comercio con sus respectivos capítulos de inversión (México, Chile, Triángulo del Norte, alelc, Canadá, Estados Unidos, Unión Europea, Corea del Sur y Costa Rica) y siete acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (appi) (España, Suiza, Perú, China, India, Reino Unido y Japón)”.

En tal medida, la adopción de una política clara e inequívoca de ampliación de fronteras comerciales a través de directrices macroeconómicas que permitan y favorezcan la inversión extranjera y por tanto asumiendo la posición de Estado anfitrión en las relaciones económicas son claros rasgos del caso colombiano, que en su desarrollo ha privilegiado los beneficios que se espera que derive esta orientación económica, contemplando el beneficio de la operación desde la perspectiva del proyecto neoliberal, al punto que la creciente influencia de la inversión extranjera directa con el cambio constitucional de 1991

16 INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
VS. COLOMBIA.

y los cambios normativos reseñados se consolidó en los flujos de inversión extranjera de 2018 a 2021, según la publicación del Banco de la República (2022), así:

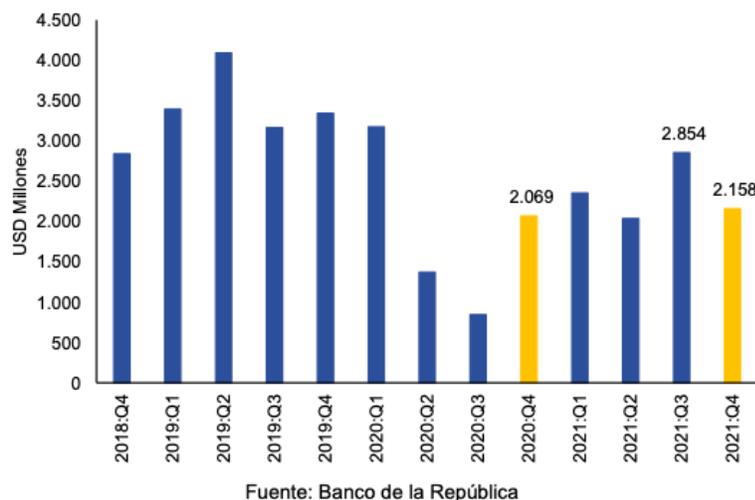


Gráfico 3. Flujos Trimestrales IED²

El contexto expuesto permite identificar que para el caso colombiano se subsidió la inversión extranjera y esto se manifestó en el condicionamiento del cumplimiento de los postulados sociales de la Constitución Política y como se verá, también de las condiciones de cumplimiento de las decisiones judiciales y administrativas sancionatorias con implicaciones económicas que resulten oponibles a los inversionistas extranjeros, al ver en la inversión extranjera directa el vehículo para su cumplimiento, pues el Estado adoptó una estructura de facilitador dentro de los límites que el intervencionismo es bien visto para el neoliberalismo.

Esto es particularmente importante cuando, como se profundizará en el acápite sobre el problema de la inversión extranjera en el ambiente, los efectos de la inversión extranjera han sido objeto de discusiones dentro y fuera del modelo neoliberal, en efecto, posiciones como la asumida por el Estado colombiano al desarrollar la Carta económica de la

² Un flujo negativo significa que los egresos por concepto de IED (cancelación de inversiones extranjeras directas, amortizaciones de préstamos pasivos entre filiales, entre otros) son mayores a los ingresos por concepto de IED (constitución de inversiones extranjeras directas, desembolsos de préstamos pasivos entre filiales, entre otros).

Constitución Política han sido estudiadas en la literatura desde la corriente que indica que la inversión extranjera directa explica el crecimiento económico, conocida como *fdi-led growth*, en contraposición a aquella que expone que el crecimiento económico es un determinante de la inversión extranjera directa, conocida como *growth-driven fdi* (Zhang, 2001, págs. 175-177).

Entonces, la relación de causa-consecuencia que se construya entre la inversión extranjera directa y el crecimiento económico, conlleva a la justificación y desarrollo de la política macroeconómica sobre la identificación del crecimiento económico con el desarrollo, justificando el crecimiento de los flujos de inversión extranjera como se refleja en las cifras presentadas.

No obstante, llama la atención también la postura según la cual la inversión extranjera directa es una consecuencia del crecimiento económico, lo que supondría que para que la inversión extranjera directa opere en un Estado receptor, este debe tener unas condiciones de crecimiento económico previas que no son atributos propios de esta clase de operaciones sino que por el contrario se convierten en requisitos para que el modelo opere en las condiciones esperadas, lo que abre la puerta al establecimiento de estímulos económicos y de un ordenamiento jurídico favorable para el inversionista, sin que exista certeza de una compensación proporcional para el Estado receptor al desvincular del análisis los efectos de la inversión en las condiciones previas a su llegada, como se estudiará al tratar el problema de la inversión extranjera en el ambiente.

Ejemplos claros de dichos estímulos económicos están dados en el Cuaderno de Trabajo “Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia” de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN (2006), en el que se recogieron:

- “Deducción especial del 30% del valor de los activos fijos reales productivos que adquieran los contribuyentes del impuesto sobre la renta durante los años 2004 a 2007. Esta deducción opera sin perjuicio de la deducción por depreciación a que esté sometido el activo utilizado en la producción.
- Deducción hasta el 20% de la renta líquida por inversiones en control y mejoramiento del medio ambiente, diferentes a las de mandato de autoridades ambientales (158-2 E.T.)
- Deducción por inversiones hasta el 10% de la renta líquida, en nuevas plantaciones, riegos, pozos y silos, y plantaciones de coco, frutales, cacao, caucho y palma.
- Deducción por inversiones en desarrollo científico y tecnológico. No debe exceder el 20% de la renta líquida” (Pág. 11).

Desde esta perspectiva, el Estado asumió unas cargas como facilitador del modelo en el que creo unas condiciones que derivaron en un ambiente favorable para los inversionistas extranjeros que se concretan en el aumento continuo de los flujos de inversión extranjera, a cuyas controversias se ha asignado unas reglas de solución de orden técnico y aplicado un discurso economicista independientemente de sus efectos ambientales y en general sobre las dinámicas sociales.

A continuación se hará un análisis de la aplicación concreta de estas reglas técnicas de solución de controversias, concretadas en los estándares de protección que el derecho internacional de las inversiones contempla para los inversionistas extranjeros y la forma en que estos determinan la responsabilidad del inversionista y del Estado receptor, seguido de un panorama de aplicación concreto a las inversiones en el ambiente.

1.1.2 Parámetros interpretativos en la responsabilidad del inversionista extranjero

En concreto, la protección a las operaciones de inversión extranjera son materializadas con la incorporación de tratados bilaterales o multilaterales de inversión en los tratados de libre comercio o de doble tributación, en los que se pactan protección, garantías y beneficios para los inversionistas extranjeros (Hwawkins & García, 2014, pág. 23 y ss), aplicables a la solución de controversias en sede arbitral internacional, a través de la interpretación de los estándares de nivel mínimo de trato que incluye el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas; no expropiación; estabilización; cláusulas paraguas y de la nación más favorecida (Sommer, 2013, pág. 104 y ss), que orientan y limitan la responsabilidad del inversionista privado extranjero y del Estado anfitrión.

Resulta pertinente precisar que, pese a que se enunciará el contenido de cada una de estas cláusulas, esta investigación desarrollará el caso concreto de dos de los mencionados estándares, esto es, del trato justo y equitativo, así como de la prohibición de expropiación, atendiendo a su trascendencia en casos concretos de afectación de derechos ambientales y recurrencia en las reclamaciones de arbitraje de inversión.

Ahora bien, cada una de dichas garantías suelen pactarse en cláusulas dentro de los tratados de inversión y son conocidos como estándares, este concepto hace alusión a un modelo a seguir que, en varias ocasiones, se traduce en unos requisitos mínimos o necesarios para llevar a cabo una determinada cosa (Prieto, 2013, pág. 19). A continuación se ilustrará el alcance concreto de cada uno de ellos, no sin antes advertir que al tratarse de fórmulas abiertas concebidas para la protección de inversionistas extranjeros, la interpretación brindada por los tribunales arbitrales ha privilegiado la premisa según la cual la inversión extranjera es una actividad deseada por el Estado y en tal medida, su actuar deberá considerar la posibilidad de mantener las condiciones para conservar las inversiones.

Así mismo, tal como se verá del contenido de cada uno de los estándares, es claro que al tratarse de fórmulas abiertas, la concreción de los hechos de cada reclamación difícilmente se encuadra en un estándar independiente de los demás, por lo que, así como en el estudio de caso que se desarrolla en el tercer capítulo de este documento, son muchos los casos de la realidad práctica en que los estándares se encuentran interrelacionados y su concreción dependerá de la interpretación judicial, veamos:

▪ **1.1.2.1. Trato justo y equitativo y su relación con el nivel mínimo de trato**

El primero y uno de los más recurrentes estándares en ser invocados en las reclamaciones arbitrales de inversión es el trato justo y equitativo, respecto del que el Banco Mundial (1992) a través de las Directrices sobre el tratamiento a la IED contempló que “todo Estado brindará un trato justo y equitativo a las inversiones que establezcan en su territorio nacionales de cualquier otro Estado”.

Actualmente, la jurisprudencia constante de los tribunales arbitrales da cuenta de que el alcance del trato justo y equitativo se concreta en los principios de buena fe y confianza legítima, respecto de los que el laudo del caso Tecmed vs. México resulta ilustrativo al indicar:

“154. El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fé requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo **brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.** Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que **el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero,** de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del

Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que **el Estado receptor actuará de manera no contradictoria**; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de **apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor**, como de determinar hasta que punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo. Por consiguiente, la observancia por el Estado receptor de dichas pautas se encuentra indisolublemente ligada a esa garantía, a las posibilidades reales de hacerla efectiva, y a excluir toda posible calificación del accionar estatal como arbitrario; es decir, **cuando dicho accionar presenta insuficiencias tales que éstas serían reconocidas “...por todo hombre razonable e imparcial”³, o cuando tal accionar, sin necesariamente violar normas jurídicas específicas, es contrario a derecho porque:**

...shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety⁴ (negrilla fuera de texto).

Conforme a lo indicado por el tribunal del CIADI, el trato justo y equitativo conlleva al menos los siguientes rasgos en aras de proteger las expectativas legítimas del inversionista extranjero: (i) el debido proceso, (ii) la transparencia y coherencia en las relaciones entre el Estado receptor y los inversionistas extranjeros, (iii) adoptar una conducta reconocida por cualquier persona razonable e imparcial y (iv) evaluar la conducta del Estado dejando

³ Caso Neer v. Mexico, (1926) R.I.A.A. iv. 60.

⁴ Caso de la Corte Internacional de Justicia concerniente a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), no. 128, pág. 65, 20 de Julio de 1989, ICJ, General List No. 76.

de lado el parámetro de la legalidad para adoptar el de la sorpresa a los límites de la discrecionalidad judicial.

Tres de estos cuatro puntos resaltados resultan problemáticos cuando, al desarrollar un ejercicio deductivo de concreción del contenido del estándar de trato justo y equitativo en la cotidianidad de las actividades del Estado se entiende este como un complejo de instituciones y organismos con fines que extralimitan el interés económico perseguido por la inversión extranjera directa, dado el carácter social de la forma de Estado que aunque poco desarrollado, determina el modelo económico.

Así mismo, es importante destacar que en los tratados bilaterales de inversión más recientes este estándar ha sido pactado en una fórmula mucho más amplia conocida como el nivel mínimo de trato, que busca además garantizar la protección y seguridad plenas al inversionista de acuerdo con los postulados del derecho internacional consuetudinario, sin embargo, decisiones como la del caso *Eco Oro v. Colombia* han terminado equiparando ambos conceptos en un estudio de protección a las expectativas del inversionista, que es propio del trato justo y equitativo.

En efecto, dependiendo de la forma en que se haya pactado dentro del TBI correspondiente el nivel mínimo de trato ha sido tratado como un gran género que agrupa el trato justo y equitativo con la protección y seguridad plenas, que contempla: (i) la protección y seguridad física respecto de los activos del inversionista, así como (ii) la protección y seguridad jurídica frente a la actividad del Estado en ejercicio de sus funciones.

Como se puede observar, la diferencia entre el nivel mínimo de trato al referirse a una violación de la protección y seguridad plenas como el incumplimiento de una obligación de derecho internacional consuetudinario en relación con la seguridad jurídica del inversionista puede terminar afectando el contenido del trato justo y equitativo, tal como lo reconoció el tribunal en el caso *Occidental v. Ecuador* cuando afirmó que:

“la cuestión de si hubo además un incumplimiento de la protección y seguridad plenas de acuerdo con este Artículo se convierte en una cuestión debatible puesto que un tratamiento que no es justo ni equitativo automáticamente implica la ausencia de protección y seguridad plenas de la inversión” (*Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*, 2004).

Como se deriva de lo anterior, el alcance de los estándares de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, que agrupa el concepto de nivel mínimo de trato, está definido a favor del inversionista extranjero y establece amplias cargas al Estado receptor. En síntesis, como la inversión extranjera es una actividad deseable para el Estado receptor, éste debe garantizar las condiciones que motivaron al inversionista a invertir, incluso más allá de cualquier alteración de las condiciones de hecho y de derecho en que se desarrolle la inversión, lo que puede llevar a una interpretación muy restringida del

criterio, limitando las implicaciones de este estándar a asuntos de contenido económico sin observar sus consecuencias políticas y jurídicas a efectos de alcanzar los demás fines del Estado, perjudicando en el largo plazo su efectividad teniendo en cuenta que normalmente la actividad del inversionista extranjero no se limita al corto plazo, máxime cuando esta se realiza sobre la naturaleza y que en el largo plazo tales condiciones de hecho o de derecho pueden variar, incluso por el desarrollo de la inversión o por los procesos normales del modelo de un Estado democrático.

▪ *1.2.2. No expropiación*

Respecto de la expropiación el primer punto a mencionar está relacionado con su consagración en el ordenamiento interno, en efecto, el artículo 58 de la Constitución Política al referirse al derecho de propiedad deja claro que “por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa”, así las cosas, es claro que para el ordenamiento interno colombiano (i) la expropiación consiste en la privación del derecho de dominio por parte del Estado, (ii) por regla general se encuentra prohibida, (iii) excepcionalmente podrá expropiarse un bien con fines de utilidad pública e interés social y (iv) en aquellos casos que excepcionalmente proceda la expropiación deberá mediar una indemnización.

Ahora bien, en el plano internacional de las inversiones la prohibición de expropiación busca la protección de la inversión del inversionista extranjero y al igual que el estándar antes tratado, su alcance se hace evidente del estudio de casos centrado en el análisis sobre “en qué medida la intervención perjudicial del Estado de acogida reduce, o destruye, la utilidad de una inversión (la base de rendimiento)” (Herdegen, 2012).

En este sentido, la doctrina del derecho internacional de las inversiones ha reconocido que la expropiación de una inversión extranjera puede darse directa o indirectamente: será directa cuando los actos del Estado tengan dicha naturaleza expropiatoria y será indirecta cuando a través de otros actos que no necesariamente tengan tal naturaleza se produzca el mismo efecto expropiatorio, evento en el que resulta de especial importancia el criterio de proporcionalidad entre el objetivo de los actos del Estado y los intereses del propietario de la inversión, aspecto que ilustra claramente el laudo del caso Tecmed vs. Mexico al indicar:

“El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto

reputado como expropiatorio⁵. En la valoración de dicha carga o peso, juega rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no⁶. También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna injerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha resumido así estas circunstancias:

Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim « in the public interest », but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear « an individual and excessive burden » [...] The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto⁷.

.... non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals⁸.

El Tribunal Arbitral entiende que estas afirmaciones de la Corte de Estrasburgo se extienden a la actuación del Estado mediante el ejercicio de sus poderes

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, In the case of Mellacher and Others v. Austria, sentencia del 19 de diciembre de 1989, No. 48, pág.24; In the case of Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium, sentencia del 20 de noviembre de 1995, no. 38, pág. 19, <http://hudoc.echr.coe.int>

⁶ Así se ha afirmado que : « ...on the whole [...] notwithstanding compliance with the public interest requirement, the failure to pay fair compensation would render the deprivation of property inconsistent with the condition of proportionality », Y. Dinstein, Deprivation of Property of Foreigners under International Law, 2 Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, pág. 849 y sigs.; esp. pág. 868 (2002).

⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, In the case of James and Others, sentencia del 21 de febrero de 1986, no. 50, págs.19-20, <http://hudoc.echr.coe.int>

⁸ *ibid.*, no. 63, págs. 24.

como administrador, y no sólo cuando actúa como legislador” (subraya fuera de texto).

En este punto llama la atención que si bien ya la cláusula de trato justo y equitativo comprende una restricción a la actividad estatal en la regulación de las actividades económicas en las que intervengan inversionistas extranjeros, que no son pocas teniendo en cuenta la difusión del modelo desde el cambio constitucional de 1991, la cláusula de no expropiación en su modalidad indirecta constituye una nueva limitación a cualquier posibilidad de cambio a las condiciones previstas al momento de realizar la inversión, pues en el evento en que el Estado dentro de su soberanía realice modificaciones a las condiciones que la afecten, estas deberán ser estudiadas conforme al criterio de prevalencia de las expectativas legítimas del inversionista aun en eventos en que el interés general se encuentre llamado a primar, ocasionando una interpretación sesgada de la Constitución Política y concretamente del desarrollo que diferentes organismos transnacionales han impulsado respecto de la Constitución Económica, limitando sus demás postulados.

En efecto, resulta especialmente problemática la interpretación que de la expropiación indirecta se tenga por parte de los tribunales arbitrales, pues la posibilidad de configurar actos con fines expropiatorios a través de otros actos que no tengan dicha naturaleza exige un análisis de mayor complejidad que antepone la protección de los inversionistas extranjeros a la aplicación de los límites al derecho de propiedad en el ordenamiento interno, especialmente cuando, como la misma Constitución Política en el artículo 332 lo reconoce, por ejemplo, los bienes ambientales y naturales encontrados en el subsuelo pertenecen al Estado y en tal medida, hace difusa la línea que diferencia la propiedad de los bienes ambientales y naturales de la propiedad de la inversión, mediada normalmente en los casos de inversión sobre la naturaleza por un contrato de concesión.

Adicionalmente, si bien el Tribunal Arbitral ha centrado su estudio para justificar un trato diferencial entre el inversionista nacional y el inversionista extranjero con base en la posibilidad de incidencia que el inversionista nacional tiene respecto de la actividad del Estado por el ejercicio de derechos políticos antes que el inversionista extranjero, es necesario recordar que en la implementación del modelo neoliberal la creación de las leyes, así como la formulación de la política pública han atendido a criterios de transnacionalización antes que al de nacionalidad, por lo que el criterio del Tribunal es insuficiente y debería mediar un análisis del origen del inversor y sus accionistas, así como de la influencia política del país en los organismos internacionales que determinan el proyecto en comparación con la influencia del Estado colombiano en los mismos organismos.

- 1.2.3. *Estabilización*

En punto de la estabilización, tal como se contextualizó al referirse a los cambios normativos en el ordenamiento interno, en el que se incorporaron los contratos de estabilización como una posibilidad que buscaba mantener el *statu quo* normativo vigente al momento de su celebración, sin embargo, en el plano internacional Christian Sommer (2013) ha definido las cláusulas de estabilización como aquellas que buscan “(...) limitar el ejercicio de la competencia legislativa por parte del Estado, al no permitir que en forma subrepticia el Estado modifique la legislación sobre la que se ha basado el acuerdo celebrado por el inversor”, sin embargo, es claro que con su derogatoria en el ordenamiento interno esta protección también se ha visto afectada por cláusulas de reajuste que les han hecho perder rigidez, por lo que a la fecha y para los efectos de esta investigación, si bien constituyen un punto de análisis en la protección que se ha otorgado a los inversionistas extranjeros, no reporta conclusiones como un estándar autónomo (pág. 115).

Sin embargo, sí es importante indicar que las cláusulas de estabilización guardan igual alcance que el previsto en el ordenamiento interno para los contratos de estabilidad jurídica que, aunque fueron derogados en el año 2012, pueden continuar utilizándose como una garantía a favor de inversionista extranjero desde los tratados de inversión que celebre el Estado y en tal medida continúan limitando posibilidades de cumplimiento de las decisiones judiciales y administrativas orientadas bajo un criterio de justicia social diferente al que se encuentra subordinado a la libertad económica, siendo la única consecuencia de su derogatoria un nuevo distanciamiento entre la inversión nacional y la inversión extranjera, pues aquella ya no cuenta con la posibilidad de acudir esta clase de alternativas a diferencia de la inversión extranjera.

- 1.2.4. *Nación más favorecida*

Según lo reseña Herdegen (2012) el pacto de esta cláusula en los tratados de inversión suelen incluirse en esta clase de actos, dicho autor indica que:

“Si una cláusula de este tipo es aplicable o no depende, en primer lugar, de si los beneficios convencionales otorgados a terceros Estados y a sus nacionales tienen el mismo objeto que el acuerdo de base. Además, puede resultar de la interpretación de este acuerdo base que los beneficios contenidos en él, debido a su carácter específico o a la simetría entre derechos y obligaciones,

no sean susceptibles de extensión. Algunos tratados de protección de inversiones excepcionan beneficios otorgados en el marco de uniones aduaneras o tratados de libre comercio, o no extienden el trato de nación más favorecida a determinadas ventajas tributarias.

En el asunto *Tecmed*, el tribunal arbitral exceptuó de la cláusula de nación más favorecida aquellas reglas recogidas en convenios con terceros Estados y que estaban vinculadas de manera inseparable a negociaciones bilaterales especiales, -en el sentido de constituir un paquete especial de derechos y obligaciones-, y que, por ende, no eran susceptibles de ser extendidas a los Estados parte del acuerdo base. En este asunto, el laudo consideró que había un “*core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties*””. (Pág. 404-406).

La inclusión de esta cláusula entre los estándares de protección al inversionista extranjero asegura que el proyecto político transnacional de economía de mercado tenga vigencia incluso ante las negociaciones de Acuerdos de Inversión entre Estados diferentes, pues pretende asegurar que la nacionalidad del inversionista no se convierta en un obstáculo para su protección en términos de igualdad frente a otros inversionistas de distintas nacionalidades, siempre que también se hubiese celebrado un acuerdo entre su Estado y el Estado receptor, lo cual se traduce en una carga de excesiva precaución por parte del Estado al celebrar los Acuerdos de Inversión pues la interpretación que en adelante dé a dichos acuerdos será susceptible de ser afectada en términos de la igualdad en favor del inversionista extranjero y no en los términos de la igualdad concebida en los términos de la Constitución Política, pudiendo comprometer su responsabilidad internacional por tratos desiguales que aunque justificados en el ordenamiento local, no lo son cuando aisladamente se tienen en cuenta estos estándares y su criterio de “especialidad” como el desarrollado en el caso *Tecmed vs. México*.

Adicionalmente, el pacto de este tipo de cláusulas conlleva una seria preocupación cuando se tiene en cuenta que las decisiones de arbitraje de inversión conllevan una amplia interpretación de cualquiera de los estándares de protección al inversionista extranjero y que, derivado de ello, una decisión contradictoria constituye doctrina para la interpretación de tratados de inversión celebrados con otros Estados, lo cual propagaría aun más el distanciamiento entre las normas de solución de controversias nacionales y las del derecho

internacional de las inversiones, creando un ambiente de inseguridad, contrario a los fines de seguridad jurídica que estos estándares buscan asegurar.

▪ 1.2.5. *Cláusulas paraguas*

Finalmente, las cláusulas paraguas, también conocidas como *lift clause*, es otro de los estándares encontrados en los tratados de inversión, cuyo alcance está dado actualmente en el laudo del caso SGS vs. República de Pakistan, en donde se acoge que “es posible que la vulneración de compromisos contractuales y de otro tipo de obligaciones del Estado de acogida constituya una vulneración tanto del Derecho nacional como del tratado de protección de inversiones. I” (Pág. 396).

En tal sentido, si bien la utilización de esta cláusula en la solución de controversias internacionales de inversión no es uniforme, es evidente que su inclusión en los Acuerdos de Inversión constituye un punto difuso en el que se otorga un amplio margen de protección a los inversionistas indefinidamente considerados en razón de los pactos celebrados con uno de ellos, desconociendo las diferencias particulares que pudieron dar lugar al pacto, en otras palabras, se trata de una cláusula generalizadora que con criterio desproporcionado priva al Estado anfitrión del desarrollo de sus axiomas políticos y sociales al margen del criterio economicista, dando especial privilegio a la situación del inversionista extranjero en perjuicio de sus facultades regulatorias y sancionatorias.

De la contextualización de las cinco cláusulas que constituyen estándares de protección al inversionista extranjero, se evidencia que el derecho de las inversiones cuenta con robustos instrumentos que además de prestar utilidad en la defensa del inversionista en escenarios de solución de controversias a los que el Estado por regla general acude como demandado, también sirven como disuasorio de la actividad legislativa, regulatoria, sancionatoria e incluso judicial del Estado, esto es, como limitante indirecto de la soberanía, pues si bien la responsabilidad del Estado a la luz de estos criterios es juzgada en eventual sede arbitral, la implementación del modelo económico adoptado y la dependencia a la política de inversión extranjera como factor de desarrollo, conllevan a que el presupuesto de igualdad que buscan resguardar tales estándares se vea alterado por diferencias sustanciales entre el inversionista extranjero, la producción nacional y el cumplimiento de las funciones públicas para hacer efectivas sus decisiones o desarrollar el contenido social y político bajo presupuestos diferentes al que se ha dado a la Constitución económica.

Las críticas referidas a cada uno de los estándares de protección estudiados han sido compiladas por García-Bolívar (2015), consolidando cuatro principales deficiencias del sistema de protección a los inversionistas extranjeros, así: (i) en primer lugar, resulta cuestionable que los principales beneficiarios de los pactos del Estado sean personas jurídicas de derecho privado, ajenas al orden público, (ii) en segundo lugar, se ha cuestionado un abuso de la personalidad jurídica, (iii) en tercer lugar, es evidente la

limitación a la soberanía estatal que esta clase de pactos conlleva y (iv) por último, las particularidades del procedimiento arbitral que se traducen en debilidades.

En relación al cuestionamiento sobre los beneficiarios de los pactos de los tratados de inversión, se ha argumentado que disponer la actividad estatal de los Estados anfitriones en beneficio de los inversionistas extranjeros resulta problemático pues estos se obligan a un tratamiento especial sin que en su contraprestación se exija siquiera una obligación de *soft law* a los destinatarios del trato diferencial, situación de un alto grado de particularidad sobre todo al tener en cuenta que los pactos en beneficio de personas de derecho privado suelen justificarse en el *ius cogens* internacional, como en materia de derechos humanos, característica que no concurre para el derecho de las inversiones, al que se justifica a través de la premisa según la que los pactos en beneficio de los inversionistas extranjeros, atraen la inversión extranjera en el Estado anfitrión, postura que ha sido desvirtuada por la misma Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, según cuyos reportes de inversión, el factor determinante para que un inversionista decida adelantar una inversión en el extranjero es un clima de negocios que permita establecer una ecuación costo-beneficio positiva (García Bolívar, 2015), inclinándose a la corriente del *growth-driven fdi*.

Por otro lado, hablar de inversión extranjera remite a un análisis de la nacionalidad del inversionista respecto del Estado anfitrión, no obstante, García-Bolívar (2015) ha observado que para el caso de las personas jurídicas es común encontrar que los inversionistas extranjeros son empresas multinacionales, esto es, personas jurídicas registradas en diferentes países, cobijando incluso las sociedades subsidiarias de origen nacional, que en su beneficio han recibido la protección de esta clase de cláusulas, llegando a limitar su responsabilidad ante el Estado, deformando uno de los atributos de su personalidad, como es la nacionalidad.

Así mismo, como se ha reiterado en el análisis de cada una de las cláusulas, la soberanía del Estado se ve irrazonablemente limitada con la aplicación de esta clase de estándares en las interpretaciones de los tribunales de arbitramento, que han llevado, por ejemplo a que

“en situaciones donde el Estado en uso de sus facultades regulatorias impone multas, impuestos o cumplimiento de requisitos, como por ejemplo ambientales, se ha considerado que se está en presencia de medidas equivalentes a la expropiación. En esos casos, se ha indicado que habrá una expropiación indirecta cuando se haya afectado la esencia del derecho de propiedad, de suerte que se le haya dejado inútil. Sin embargo, la mera existencia de esa limitación de cara a las posibilidades regulatorias del Estado

anfitrión crea una carga que en algunos casos puede exceder los beneficios que el país recibe” (García-Bolivar, 2015, p. 151)

A este punto es necesario sumar que el trato en beneficio de los inversionistas podría ocasionar disputas entre los inversionistas nacionales y los Estados quienes ante situaciones similares reclaman similar tratamiento, cuestionando fundamentalmente las cláusulas de trato justo y equitativo, así como las cláusulas paraguas, que como se ha visto, presentan un amplio alcance (García-Bolivar, 2015).

Por último, se ha documentado que los procedimientos arbitrales utilizados para las controversias de inversión extranjera han desnaturalizado los procedimientos de arbitraje comercial, convirtiendo un mecanismo alternativo de solución de conflictos en la regla general para la solución de controversias de arbitraje de inversión, a través de tribunales que no tienen vocación de permanencia que han sido dominados por la perspectiva mayoritaria de arbitros originarios de Estados Unidos y Europa en temas como la expropiación, *el ius cogens* y los límites a las funciones del Estado, esto es, en asuntos de orden público (García Bolivar, 2015, p. 155).

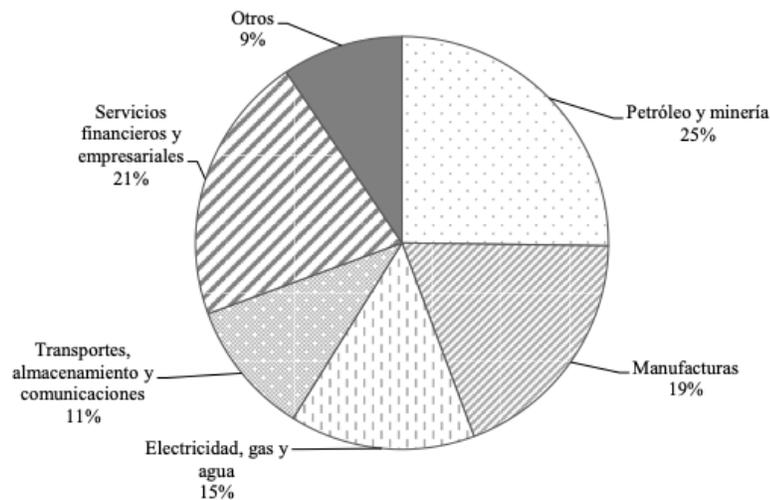
En efecto, con la posición privilegiada que se ha entregado a la inversión extranjera en el desarrollo económico y con las reglas especiales que el derecho económico internacional ha previsto para estas relaciones (estándares de protección), en el contexto de la sociedad de mercado, la actividad económica dirigida por el Estado solo será validamente dirigida cuando las demás facultades que influyan o afecten este aspecto respeten dichos parámetros, lo cual permite ser estudiado desde cada sector o ámbito administrativo en particular, siendo de especial interés para este estudio la inversión en el ambiente y la regulación de sus consecuencias, asunto que será abordado a continuación.

1.1.3 El problema de la inversión extranjera en el ambiente

Teniendo en cuenta los comentarios que formula García Matamoros (2019) al referirse a los efectos no necesariamente positivos de una política económica que favorezca la inversión extranjera en un contexto liberal que asume que “la libertad y la no intervención llevan a mejores resultados para el bien individual y el bien común” (Márquez-Escobar & Villegas-Carrasquilla, 2009, pág. 160) y teniendo en cuenta el creciente número de tratados bilaterales o multilaterales de inversión que ha suscrito Colombia pese a los cuestionamientos que ha reportado la experiencia de la aplicación de esta clase de pactos, conviene detenerse en el interés que en tales acuerdos ha tenido la inversión sobre el ambiente.

De acuerdo con lo reseñado por Garavito, Iregui, & Ramirez (2012) la inversión extranjera se ha centrado en sectores de la economía con influencia directa en el ambiente, tal es el

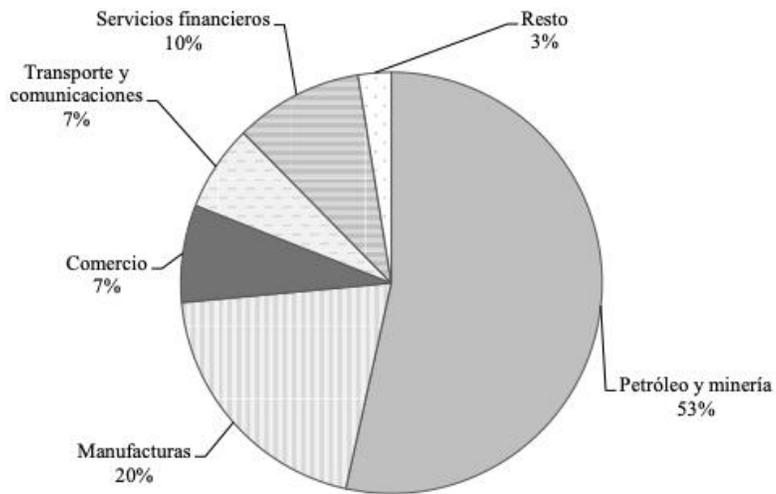
caso de los sectores de minería e hidrocarburos que desde 1980 han representado un amplio porcentaje de las inversiones en Colombia, por ejemplo, para el periodo comprendido entre 1980-2004 dichos sectores representaron el 25% de las inversiones mientras entre 2004-2011 paso a ser el 53%.



Fuente: Banco de la República.

Gráfico 4. Distribución sectorial de los flujos de IED acumulados entre 1993-2004 (%)

Tomado de: Garavito, Iregui, & Ramirez, 2012, pág. 29

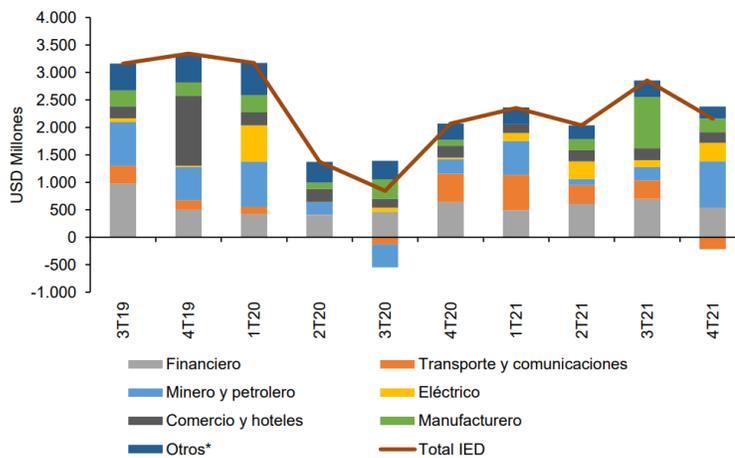


Fuente: Banco de la República.

Gráfico 5. Aporte sectorial a la variación del acervo de IED entre 2004 y 2011 (%)

Tomado de: Garavito, Iregui, & Ramirez, 2012, pág. 34

Ahora bien, dicha constante se ha mantenido en los últimos años, siendo relevante los flujos de inversión extranjera para los sectores minero y petrolero, así:



*Incluye construcción, Agricultura, Caza, Pesca y Silvicultura y Servicios comunales

Fuente: Banco de la República

Gráfico 6. Distribución de los flujos de IED por sectores 2019(3T)-2021

En términos generales, la preocupación por la congruencia entre las políticas económicas y ambientales ha tomado auge con la materialización de los efectos del cambio climático, de forma que “mediante un efecto combinado de sus cláusulas sustantivas, procesos de arbitraje y mecanismos de ejecución, la legislación comercial tiene un efecto importante en la forma en que los gobiernos pueden tomar decisiones ambientales y emprender las medidas correspondientes” (Galeano Rey, 2006, pág. 294).

No obstante, los efectos del comercio en la naturaleza y particularmente de la actividad de los inversionistas extranjeros en Colombia no han reportado los beneficios esperados, ni en la aplicación de precarios principios liberales de prevención y precaución, en los términos de su alcance, ni en la atracción de beneficios económicos para el desarrollo estatal; en efecto, pese a que la discusión sobre el daño ambiental se ha centrado en actores ilegales, la evidencia desarrollada por Fierro Morales (2013) demuestra que en sectores como el de la minería, los impactos ambientales negativos no se limitan a los ocasionados por la minería ilegal, sino que, a efectos de plantear una discusión que comprenda los diferentes actores del modelo extractivista, resulta apropiado referirse a la minería no legal.

Descentrar el debate de la minería ilegal y prestar atención a los efectos de la minería no legal permite concentrarse en que “sin importar si la minería es legal o no, en general tiene algunos efectos de carácter permanente, irreversible y no plenamente compensable”, por lo que el carácter no legal de la minería a gran escala termina constituyendo un agravante de dichos impactos y no un generador en sí mismo (Fierro 2013).

Así, sobre dichos impactos generales de la minería, Fierro (2013) afirma que el estudio a adelantar dependerá de los bienes ambientales y naturales explotados, sin embargo, pueden destacarse impactos bióticos, atmosféricos, en los suelos, en la geósfera, en la economía, en el paisaje, socioculturales, en el patrimonio histórico y arqueológico, en la salud pública y en la infraestructura, lo que denota un análisis mucho más complejo que el que las políticas transnacionales han pretendido limitar al plano económico.

Aunado a lo anterior, plantear una diferencia tajante entre la minería legal y la minería ilegal sería desconocer las dinámicas en las que el sector extractivo ha operado en Colombia, pues llaman la atención las relaciones que llegaron a tejerse entre el sector corporativo y los grupos armados al margen de la ley, en las que estos se convirtieron en

intermediarios o prestadores de servicios de grandes empresas extractivas, tal como lo reseña el profesor Frédéric Massé (2012) al indicar:

“Cuando las empresas multinacionales operan en contextos donde existen diferentes actores en conflicto, buscan protegerse contra la operación de otros actores armados ilegales quienes mediante atentados, sabotajes, secuestros o extorsiones pueden alterar negativamente el funcionamiento de las empresas, su producción, transporte y/o comercialización de minerales extraídos. Sin embargo, no siempre existen amenazas de diferentes actores armados ilegales en una misma zona. En ciertos casos, la zona está controlada por un solo grupo sin que existan fuertes amenazas reales por parte de otros actores armados ilegales. En esos casos, los grupos seguirían pidiendo dinero a las empresas multinacionales, a cambio de poder operar tranquilamente en esas zonas; entonces, la frontera entre la oferta de protección y el chantaje es muy tenue”.

Así mismo, estas redes de cooperación operarían como facilitadores de la llegada de las empresas transnacionales, a quienes la situación de conflicto no les es ajena, por lo que han buscado soluciones a partir del relacionamiento con actores armados ilegales, distorsionando una relación de víctima a victimario que no puede ser leída exclusivamente desde el chantaje, pues se ha documentado un entramaje complejo de colaboración en los siguientes términos:

“Desde hace algunos años, son varios los informes que llaman la atención sobre el papel que juegan los grupos armados ilegales para facilitar la llegada de empresas del sector extractivo. «La competencia por uso del suelo y subsuelo puede convertirse en una forma soterrada de presión y despojo de la tierra» advertía el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su Informe Nacional de Desarrollo Humano de 2011⁹. «La fuerza pública protege la gran inversión privada y los paramilitares evitan la protesta social y presionan el desplazamiento» denunciaba por su parte la ONG CODHES en un boletín informativo de 2011¹⁰. 87% de las personas desplazadas proceden de municipios minero-energéticos (que sólo representan el 35% del total

⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNID), Colombia rural, razones para la esperanza, Bogotá, 2011.

¹⁰ “¿Consolidación de qué?”, en Boletín informativo, no 77, Bogotá, http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1002 (2011)

nacional) según el Sindicato de trabajadores de la Empresa Nacional Minera Minercol (Sintraminercol).

Masacres y desplazamiento forzado en el Sur de Bolívar¹¹, desplazamientos forzados en el Bajo Cauca antioqueño, presiones sobre las poblaciones en varios municipios del bajo y medio Atrato chocoano-antioqueño (Carmen del Darién, Jiguamiandó, Cerro Careperro)¹², amenazas a líderes comunitarios contra la gran minería en Nariño¹³, que denuncian la presencia de excavadoras ilegales o simplemente deciden no abandonar sus territorios para dar paso a empresas mineras en el Cauca¹⁴, el asesinato de un ambientalista que se oponían a unas minas a cielo abierto en Dosquebradas (Risaralda). Los medios locales y nacionales de comunicación también han venido denunciando cómo los actores ilegales presionan a las poblaciones –muchas de ellas comunidades afro-descendientes o indígenas– para que acepten la llegada de esas empresas a sus territorios¹⁵.

Ahora bien, aunque existen fuertes correlaciones entre la presencia de los grupos armados ilegales, la presencia de las empresas multinacionales del sector extractivo y violaciones a los derechos humanos, no significa que exista necesariamente una relación de causalidad entre esos tres elementos”.

En tal sentido, el modelo de desarrollo económico extractivista adolece de serias falencias que potencian el riesgo de daño ambiental, entendido como daño a los derechos ambientales (Cabrera Leal & Fierro Morales, 2013), desestabilizando la idea del desarrollo económico, entendido en términos liberales, como condición de cualquier otra forma de

¹¹ “Incurción del ELN en el Sur de Bolívar deja 50 familias desplazadas”, en RCN La Radio,

<<http://www.rcnradio.com/noticias/incursion-del-eln-en-el-sur-de-bolivar-deja-50-familias-desplazadas-9127>> (8.7.12)

¹² “Estamos en desplazamiento forzado causado por la empresa Muriel Mining”, en Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, <<http://justiciaypazcolombia.com/Estamos-en-desplazamiento-forzado>> (11.3.09)

¹³ Entrevistas CITpax en Pasto, 20 y 21 de junio de 2012.

¹⁴ Proceso de Comunidades Negras (PCN), “Comunicado a la opinión pública acerca de la situación en Suárez – Cauca”, en Red de Hermandad y Solidaridad con Colombia, <<http://www.redcolombia.org/index.php/noticias-nuevas/noticias/comunicados/805-comunicado-a-la-opinica-sobre-la-situacin-suarez-cauca.html>> (9.4.10)

¹⁵ Véanse por ejemplo: “Acusarán a la AngloGold Ashanti de graves violaciones a los DDHH en Colombia”, en Observatorio Pacífico y Territorio, <<http://www.pacificocolombia.org/novedades/acusaran-anglogold-ashanti-graves-violaciones-ddhh-colombia/54>>, (28.5.10); “Sur de Bolívar: Regreso de Caravana por la Vida”, en Comité de Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, <<http://www.pasc.ca/es/article/sur-de-bolivar-regreso-de-la-caravana-por-la-vida>> (30.9.11); “Asesinato de cura causa conmoción”, en Noticias Uno, <<http://www.youtube.com/watch?v=4u8ERxAaR9Y>>, (3.9.11)

desarrollo, materializable a través de la inversión extranjera, a la que se ha patrocinado y favorecido con un marco jurídico beneficioso, bajo hipótesis de recompensa que no atienden a un estudio sistemático de sus efectos en el sector ambiental, que ha sido considerado el centro de atracción de los mercados.

Pese a lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- (1994) se ha pronunciado sobre los efectos ambientales del comercio, en análisis de las relaciones de inversión y ha indicado que:

“En última instancia, la meta del análisis del comercio, revisiones y seguimiento de los objetivos ambientales debería ser asegurar el logro de los objetivos ambientales de una forma que resulten mínimos los efectos indeseables en el comercio, identificando, de ser necesario, las opciones menos restrictivas para el comercio que puedan igualmente satisfacer el objetivo ambiental” (pág. 19).

Bajo tal contexto, si bien recientemente ha existido un interés por adoptar políticas que contribuyan al desarrollo sostenible y hagan frente al cambio climático, la formulación de dichas iniciativas parte del mismo interés liberal que antepone la libertad económica a cualquier otra libertad y por tanto concibe la protección ambiental como un imperativo de orden moral que necesariamente debe reportar consecuencias económicas y sólo en tal medida resulta conveniente su adopción, lo cual se consolidó en el concepto de desarrollo sostenible (Herdegen, 2012, págs. 131-132).

En tal medida, instrumentos internacionales como la Declaración de Río hacen explícita su orientación a entender los problemas ambientales desde el concepto antropocéntrico y liberal de medio ambiente que se hace evidente en creaciones como el principio de desarrollo sostenible, que concebido para atender la necesidad de armonía entre especies en la naturaleza, reconoce pero no combate sino que concilia una de las causas que altera tal armonía, que son los efectos negativos del comercio en la naturaleza.

En este sentido, dos de los principios del derecho ambiental para implementar el desarrollo sostenible son el de prevención y el de precaución. Sobre el principio de precaución la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo (Organización de Naciones Unidas, 1992) en el principio 15 indica:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Ahora bien, respecto del principio de prevención el Consejo de Estado (2015) en sentencia del 4 de noviembre de 2015 indicó:

[...] El principio de prevención es el que debe aplicarse tratándose de la posible producción de daños o de la constatación de la existencia de riesgos respecto de los cuales resulta posible conocer las consecuencias que podría tener sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de manera que la autoridad competente cuenta con la posibilidad fáctica real de adoptar decisiones con antelación a la concreción del riesgo o a la causación del daño, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas; para ello, según se indicó, el principio de prevención subyace a institutos jurídicos como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, instrumentos cuya operatividad precisa de la posibilidad de conocer los hechos y reaccionar frente a ellos con antelación al daño ambiental [...].”

En este escenario, resultaría lógico que dada la conexidad que se establece entre el desarrollo de actividades económicas en la naturaleza y el significativo porcentaje que tales actividades representan en el marco de la inversión extranjera, el Estado adelantara las acciones que en virtud de los principios de precaución y prevención resultaran necesarios (en el ámbito regulatorio pero también sancionatorio) para que, cuando menos, se procure el rol protagónico que el derecho internacional ha querido dar al ser humano en el cumplimiento del principio de desarrollo sostenible, sin embargo, ni siquiera tal orientación antropocéntrica que entiende el ambiente como medio ambiente ha sido implementada con éxito pues la conciliación pretendida ha terminado favoreciendo en escenarios como los tribunales arbitrales la esperanza de desarrollo económico en los términos del proyecto neoliberal.

De acuerdo con Ramírez Hernández (2017), debido al deterioro ambiental originado en la explotación de bienes ambientales y naturales por parte de inversionistas extranjeros, se hace urgente determinar la responsabilidad por aquellos daños causados a los ecosistemas, lo cual incluye en parte dar cumplimiento al principio de precaución. Ahora bien, desde el derecho internacional privado y el derecho de las inversiones una aplicación realmente efectiva de dichos principios de derecho ambiental encuentran dificultades debido a su enfoque unidimensional hacia el inversionista extranjero, por lo que es necesario replantear instrumentos internacionales y mecanismos judiciales que permitan determinar la responsabilidad del inversionista por daños ocasionados al ambiente desde el derecho internacional privado y así prevenir figuras como el *forum shopping* (pág. 173)¹⁶.

Cuando surge deterioro ambiental con ocasión de los modelos económicos extractivistas, lo más frecuente es ver que la responsabilidad termina recayendo en el Estado y no en los inversionistas extranjeros, entre otros motivos por la dificultad anotada por Massé (2012) para establecer un lugar de su participación en el contexto general en que se han causado los daños ambientales. Natalia Ramírez trae a colación varios casos donde se evidencia esta tendencia jurisprudencial, estos han ocurrido en el ámbito internacional, regional e incluso local (Ramírez Hernández, 2017), entre los que se destacan los siguientes:

El caso de la construcción de las plantas de celulosa que contaminaban el río Uruguay, compartido también con Argentina, en el que se fortaleció jurisprudencialmente el tema de los deberes del Estado, pero no se habló de la responsabilidad de la empresa transnacional española que estaba al frente de las plantas. Por otro lado, el caso de la comunidad indígena Yakie Axa vs. Paraguay donde la Corte Interamericana de Derechos humanos encamina su decisión al no reconocimiento de la propiedad ancestral por parte del Estado; y finalmente, el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador en el que se declara la responsabilidad de Ecuador y se le ordena retirar todo lo utilizado en el ámbito industrial así como los desechos no biodegradables, además de reforestar las áreas afectadas (págs. 175-176).

En los anteriores casos se evidencia cómo se declara la responsabilidad del Estado en prevalencia de la responsabilidad que tengan las empresas que ocasionan los daños

¹⁶ *Forum Shopping* se refiere a los actos que conllevan a que la parte actora busque el foro que le resulte más ventajoso en su litigio. Sobre su relación como conducta fraudulenta véase Aguilar Domínguez (2019).

ambientales y que según afirma la autora, la justicia nacional no ha sido la excepción pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han proferido fallos como el del relleno de Doña Juana, Cerrejón, entre otros (pág. 176). Ahora bien, si se pretende determinar la responsabilidad ambiental del inversionista extranjero al unísono con la del Estado, por cuanto ambos pueden ser determinantes en los daños ocasionados a la naturaleza, se deben tener en cuenta ciertos estándares que protejan los derechos del inversionista, como ya se ha analizado, lo cual lo deja en una posición de privilegio frente al cumplimiento de las decisiones en su contra respecto de la posición del Estado.

Sobre el riesgo que dichos estándares representan para las facultades regulatorias y sancionatorias del Estado, conviene recordar el caso Santa Elena vs. Costa Rica (CIADI, 2020) en el que se nacionalizó y convirtió en reserva un espacio de selva tropical anteriormente utilizado por inversionistas para el turismo, en el que el inversionista reclamaba sobre el valor de la indemnización y el Estado solicitó que en dicha tasación fuese considerado que el Estado había adelantado tales acciones en cumplimiento de diferentes tratados y compromisos internacionales en materia ambiental, aspecto que fue descartado por el tribunal arbitral cuando indicó:

“International law permits the Government of Costa Rica to expropriate foreign-owned property within its territory for a public purpose and against the prompt payment of adequate and effective compensation. This is not in dispute between the parties.

While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid.¹⁷ The international source of the obligation to protect the environment makes no difference” (pág. 192).

De lo anterior, es claro que en la contraposición del interés general ambiental y del interés del inversionista extranjero al determinar el criterio de solución, los principios del derecho

¹⁷ For this reason, the Tribunal does not analyse the detailed evidence submitted regarding what Respondent refers to as its international legal obligation to preserve the unique ecological site that is the Santa Elena Property.

ambiental no son valorados en plano de igualdad con los estándares de protección de la inversión extranjera, por el contrario, como su garantía se trata de obligaciones del Estado, cuando su cumplimiento se vea afectado aun existiendo un motivo de interés general, la valoración de ese interés general debe efectuarse en términos de la inversión protegida por una sociedad de mercado y no en términos de soberanía estatal, pues solo cuando no se presente una contradicción relevante entre estos dos, resultaría conveniente su adopción, postura especialmente problemática cuando se trate de dar un giro empático al bio-ecocentrismo.

En los últimos años se ha venido implementando un modelo económico que se ha centrado en el crecimiento económico a través de la competencia y la búsqueda de eficiencia a través del mercado, reduciendo la intervención estatal al mantenimiento de la competencia y el funcionamiento adecuado del mercado, en esa perspectiva se ha desarrollado un marco jurídico para la protección a la inversión extranjera que se ha denunciado como disuasorio de intervenciones fuertes del Estado en materia regulatoria y sancionatoria frente a daños ambientales, por lo que es necesario evaluar los impactos de las normas de protección a la inversión en el cumplimiento de las decisiones judiciales y administrativas que en la función regulatoria y sancionatoria pretendan desarrollar el contenido social y ambiental de la Constitución Política con una base diferente a dicho modelo económico, evaluando el impacto que tienen estas normas en la protección de los derechos de la naturaleza recientemente reconocidos por los tribunales colombianos.

1.2 Giro del antropocentrismo al ecocentrismo

Existen al menos tres aproximaciones filosóficas relevantes para este estudio en la interpretación de las relaciones con la naturaleza: el antropocentrismo, el biocentrismo y el ecocentrismo. El fundamento de las relaciones expuestas al referirse a el modelo económico y la inversión extranjera en Colombia parte del modelo antropocéntrico, sin embargo, la teoría ha planteado alternativas a dichos fundamentos, tal como pasará a verse.

1.2.1 ¿Antropocentrismo, biocentrismo o ecocentrismo?

El antropocentrismo parte de considerar los intereses del hombre como el centro de las relaciones sociales, al respecto Francis Bacon indicó que “el Estado moderno debe concebirse como una república científica [...] cuyo objetivo es llegar a un dominio completo

de la naturaleza con vistas a mejorar la suerte del género humano” (Ost, 1996, pág. 34). En el mismo sentido Gabriela Hernández (2020) ha reseñado que:

“Descartes propuso una visión dual del mundo otorgándole primacía a los seres humanos por ser la única especie poseedora de alma y mente (res cogitas); en tanto que el resto de la creación sólo es materia (res extensa) que funciona inconscientemente, de esta manera Descartes abrió una brecha entre el hombre y la naturaleza”.

Con fundamento en tal papel preponderante del ser humano, la Corte Constitucional colombiana (2016) ha indicado que el enfoque antropocéntrico:

“responde a una antigua tradición filosófica y económica -que va desde los teóricos naturalistas como Smith y Ricardo hasta los pragmáticos neoliberales como Stiegler y Friedman- que ha concebido al hombre como el único ser racional, digno y completo del planeta. Desde este punto de vista, lo único que importa es la supervivencia del ser humano y solo en esta medida debe protegerse el medio ambiente, aún cuando admite la posibilidad de la explotación controlada de recursos naturales para promover el desarrollo estatal”.

Como se evidencia del concepto de antropocentrismo, instrumentos como la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo son expresión de dicho criterio, en el que pese a existir una intención de protección ambiental, su fundamento recae en argumentos eminentemente utilitaristas, desde diferentes puntos de vista.

En este contexto, Marx (1890) explica la relación del ser humano con la naturaleza a partir de la aparición del capitalismo como un proceso de transformación dialéctico en el que la naturaleza pasa a ser objeto de utilidad, en efecto, en El Capital al explicar el proceso del trabajo indicó:

“El trabajo es, en primer término, un proceso entre la naturaleza y el hombre, proceso en que éste realiza, regula y controla mediante su propia acción su intercambio de materias con la naturaleza. En este proceso, el hombre se enfrenta como un poder natural con la materia de la naturaleza. Pone en acción las fuerzas naturales que forman su corporeidad, los brazos y las piernas, la cabeza y las manos, para de ese modo asimilarse, bajo una forma útil para su propia vida, las materias que la naturaleza le brinda. Y a la par que de ese modo actúa sobre la naturaleza exterior a él y la transforma, transforma su propia naturaleza, desarrollando las potencias que dormitan en él y sometiendo el juego de sus fuerzas a su propia disciplina”.

De acuerdo con lo anterior, para Marx la relación entre el ser humano y la naturaleza en el capitalismo parte de la explotación de esta por aquel a efectos de generar una utilidad, en efecto, O'Connor (1992) ha llamado la atención de la contradicción generada de la autodestrucción de la fuerza de la naturaleza a partir de la disminución de costos de producción que aumentan los costos para la naturaleza explotada (p. 111-112).

La caracterización marxista de los procesos productivos capitalistas permite ver que, la profundización del modelo neoliberal y con él, de los argumentos utilitaristas que relevan a la naturaleza de cualquier significado subjetivo, objetivando su potencial y con él, agudizando el riesgo de autodestrucción, expone la motivación para que aun desde esta clase de posturas se acojan conceptos como el de desarrollo sostenible, los principios de precaución y prevención y paralelamente, representa la dificultad epistémica para que el alcance de estos conceptos tenga los efectos deseados, pues con el advenimiento de la modernidad, y con ella de la apropiación del capitalismo, la prevalencia de la figura humana constituye el centro de poder y autoridad, a diferencia de los conceptos adoptados en la premodernidad y retomados en la posmodernidad, sobre los que Gregorio Mesa (2019) se ha referido al decir que:

“En las sociedades precapitalistas y preindustriales, la presión sobre la naturaleza es moderada y parcial ya que una reducida población y una capacidad transformadora y tecnológica limitada condujeron a que los desarrollos en recolección, agricultura, ganadería, pesca, silvicultura y artesanado provocaran cambios limitados en la deforestación y reducción de algunas especies vegetales y animales. Aun así, desde el materialismo cultural se han presentado variadas hipótesis sobre los impactos ambientales que las sociedades tradicionales antiguas ejercieron sobre la naturaleza y sus bienes y recursos, acciones que llevaron a muchas culturas hacia la decadencia o su total extinción: se admite el peso de los condicionamientos naturales y ecosistémicos en la vida a largo plazo de las sociedades (muchas de las crisis de civilización tuvieron en sus orígenes y entre otras muchas causas, una crisis

ambiental) y se acepta que las acciones antrópicas no dejan intacto ningún ecosistema (generan usos adecuados o por el contrario, contaminación, depredación, manipulación y destrucción)¹⁸.

Gregorio Mesa (2019) con base en Riechman (2000) y Jonas (1995) clasifica dos corrientes de antropocentrismo: el fuerte y el débil, sobre los que indica:

“El *antropocentrismo fuerte* o excluyente no concede a las entidades no humanas sino un valor estrictamente instrumental, es decir, sólo en la medida en que sean medios para realizar fines humanos. Por su parte, el *antropocentrismo débil* reconoce valor a ciertas entidades no humanas, pero en la medida en que compartan ciertas características con los seres humanos; así las cosas, lo humano es el punto de referencia para valorar lo no humano” (Pág. 275).

Dicha colaboración cobra importancia en la medida que es el antropocentrismo fuerte o excluyente el que puede ser calificado de depredador, como es el caso del derivado de una visión económica liberal, pues existen otras visiones del mundo y la sociedad formuladas desde presupuestos humanos que “no actúan contra la naturaleza, ni aun en sus prácticas concretas¹⁹” (Mesa, 2019, pág. 275).

En tal contexto, se encuentra necesario superar la posición absolutista que desconoce los límites de la acción humana en la naturaleza, adoptando un criterio de justicia incluyente, por lo que en los esfuerzos por superar dichos argumentos utilitaristas en las relaciones del hombre con la naturaleza, se ha expuesto la necesidad de contemplar al hombre como parte de un mismo entorno con otras especies vivas, lo que ha llevado a que “desde el biocentrismo se promueve el valor intrínseco no sólo de los animales sensibles sino de toda forma de vida” (Bugallo, 2005), concepto sobre el que la Corte Constitucional colombiana (2016) afirma que:

“la visión biocéntrica deriva en un primer momento de una concepción antropocéntrica en tanto estima que la naturaleza debe protegerse únicamente para evitar la producción de una catástrofe que extinga al ser humano y destruya al planeta. Bajo esta interpretación la naturaleza no es sujeto de derechos, sino simplemente un objeto a disposición del hombre. Sin embargo,

¹⁸ Véanse más detalles en Harris (1985) y (1987).

¹⁹ Véanse, por ejemplo, Osborn (1995) y Mesa Cuadros (1993).

se diferencia del enfoque puramente antropocéntrico en la medida en que considera que el patrimonio ambiental de un país no pertenece en exclusiva a las personas que habitan en él, sino también a las futuras generaciones y a la humanidad en general. De tal manera que lo que ocurra con el ambiente y los recursos naturales en China puede terminar afectando a otras naciones, como a los Estados Unidos y a América Latina, como África y a Oceanía, lo que constituye una suerte de solidaridad global que, dicho sea de paso, encuentra fundamento en el concepto de desarrollo sostenible”.

De la revisión de dicha conceptualización de la Corte Constitucional se encuentra que la misma resulta imprecisa a la luz de lo argumentado por Bugallo (2005), en la que se otorga un alcance mucho más amplio al enfoque biocéntrico, superando el criterio de solidaridad que fundamenta el principio de desarrollo sostenible y limitándolo con el factor biótico. No obstante, es claro que dentro de esta corriente aún es posible encontrar posturas que combinan elementos utilitaristas antropocéntricos, al respecto Claudia Eugenia Toca Torres (2011) ha indicado:

“El biocentrismo de Paul Taylor (1913) es una perspectiva más radical que combina un enfoque virtuoso con elementos de utilitarismo y ética deontológica. Declara el respeto por la vida como principio, sostiene que los intentos por discriminar distintas formas de vida sobre las bases de un criterio general tales como autonomía o sufrimiento son tan arbitrarios como privilegios tradicionales de la especie humana. La debilidad de esta perspectiva radica en la ausencia de un criterio externo, un supuesto teleológico no dice si un particular fin es bueno o malo (ortodoxia cristiana). Este enfoque tiene que ver con el trato igualitario de los intereses de diversas especies, su método tiene similitudes al de los derechos humanos.

Trata de establecer una jerarquía de intereses basada en la autodefensa y los intereses básicos necesarios para que una especie particular prospere, en la que los intereses no básicos son una categoría residual. Un conflicto entre intereses básicos debe ser resuelto en torno al tema de la igualdad, cuando resulte inevitable debe generar el mínimo daño y un deber de cuidado y restitución (Cheyne; Alder, 2007, p. 186).

Por lo tanto, es interesante reflexionar en torno a las necesidades de la especie humana para con el fin de establecer la supremacía de intereses. No se puede ignorar que el uso de la naturaleza no siempre se da en una misma escala, ello es despejar un bosque para destinarlo a la cultura para la supervivencia alimentaria de una comunidad indígena, no es lo mismo que talarlo para construir un comfortable multifamiliar. Sin embargo, desde el biocentrismo, la

comunidad está obligada a restituir y reparar el daño ocasionado a la especie vegetal” (Pág. 199).

Dado lo anterior, Gregorio Mesa (2019) hace referencia a los biocentrismos como una categoría en la que convergen diferentes corrientes con la característica común de reconocer “que no sólo los humanos son sujetos de moralidad” (Pág. 275) pero que a su vez entre sí pueden diferir en el grado de reconocimiento de moralidad a otras especies, como los animales no humanos, corriente conocida como zoocentrismo²⁰, entre otros ejemplos como cuando:

“Singer (1999) restringe la relevancia moral a los seres sensibles. Regan (1988), además de los humanos, no incluye sino a los animales mamíferos normales de un año de edad o más. Estas dos últimas formulaciones son señaladas de especiecistas, es decir, discriminatorias únicamente por razón de la especie, cuando ciertos seres, organismos o conjuntos de organismos (incluidos las especies y los ecosistemas) tienen necesidades de bienestar y, por tanto, interés en conseguir satisfacerlas, como lo defienden muchos ecologistas profundos desde el igualitarismo biótico radical, estilo Naees (1973), pues consideran que no es dable establecer diferencias de valor entre los diferentes seres vivos y, por consiguiente, es necesario proteger a la naturaleza por su propio valor intrínseco, y no una responsabilidad con la naturaleza basada en intereses humanos utilitaristas, pues en caso de conflicto de intereses, los no humanos saldrán por supuesto perjudicados” (Pág. 276).

Así mismo, dentro de los biocentrismos ha cobrado mucha importancia el concepto de ecocentrismo, que de acuerdo con Bugallo (2005) contempla una extensión del concepto biocéntrico “a realidades que las ciencias biológicas no considerarían vivas, como ríos o montañas”, posición que la Corte Constitucional colombiana (2016) ha entendido así:

“ el **enfoque ecocéntrico** parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien

²⁰ Vease: Bekoff (2003), Cavalieri y Singer (1998), Ferrater Mora y Cohn (1994), Mosterín (1998), Mosterín y Riechmann (1995), Riechmann (2003b), Salt (1999) y Singer (1991) y (1999)

pertenece a la tierra, como cualquier otra especie²¹. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella”.

En tal sentido, la postura ecocéntrica es entendida como una superación de las limitaciones del biocentrismo en las versiones cuyas discusiones alrededor de los elementos bióticos o abióticos ceden frente al concepto genérico de relaciones desde la naturaleza, Toca Torres (2011) desarrolla dicha idea, así:

“Una característica distintiva de la ética ecocéntrica es su holismo que valora las entidades colectivas tales como las especies y ecosistemas sobre las individuales. Censura otras perspectivas éticas como el individualismo injustificable, en respuesta ha sido estigmatizado como fascismo ambiental. Los protagonistas del ecocentrismo han conceptualizado a los humanos y no humanos como miembros de una comunidad, como elementos de un gran organismo, como partes de una máquina o como aspectos de un flujo de energía (Cheyne; Alder, 2007, p. 187-188). El ecosistema, un ente holístico, tiene valor por encima del valor de sus componentes individuales, incluso en la mayoría de los casos tiene un vale más. De este modo, la caza es el principal argumento de Leopold para explicar el ecocentrismo, si bien la aprueba, rechaza los programas de erradicación de depredadores ya que empobrecen los ecosistemas” (Pág. 200).

Sobre el concepto de Toca Torres (2011) es posible destacar diferentes corrientes del ecocentrismo, por ejemplo, la que defiende un criterio hermenéutico holístico colectivista representada por Leopold (1948) y aquella que califica a dicho criterio como un fascismo ambiental por desconocer las individualidades en la justificación del interés general, entre cuyos representantes se encuentra Regan (1988), posiciones mediadas por Jonas (1995), quien reconoce el valor intrínseco de cada especie, en tal medida, la posición de Leopold

²¹ Es precisamente bajo este marco teórico que se ha desarrollado el concepto de los derechos bioculturales (*biocultural rights*), de los que se hablará más adelante. Es un intento de conciliación en la relación especial que tienen los pueblos indígenas, tribales y de otras colectividades étnicas con el cuidado especial o *stewardship* de la naturaleza y sus recursos.

constituiría el ecocentrismo fuerte, mientras la de Jonas un ecocentrismo débil y la de Regan sería más cercana a otras formas de biocentrismo.

Retomando a Riechmann (2000), Gregorio Mesa (2019) considera que:

“los supuestos morales básicos para una ética ecológica deberían incorporar tres aspectos básicos: de una parte, un universalismo moral donde los intereses de todos y cada uno de los seres humanos cuentan lo mismo moralmente; de otra, un cuestionamiento del antropocentrismo excluyente porque los intereses de los seres humanos no son los únicos que cuentan moralmente pues el principio de consideración igualitaria de los intereses se extiende más allá de la barrera o límite de nuestra especie y, por último, una responsabilidad especial de los seres humanos, quienes siendo los únicos agentes morales conocidos dentro de la biosfera, son responsables respecto de los demás seres vivos y de la integridad de la biosfera. Una ética de este carácter, y que compartimos, lo lleva a ser partidario de un biocentrismo moderado como concepción moral biocéntrica²² individualista (no considerando razonable el holismo moral) con jerarquización de intereses²³

²² Para el profesor Martín Mateo (1993: 89, 90), el biocentrismo puede ser un enfoque adecuado para impulsar la adopción de normas que aseguren mejores condiciones de vida para los no humanos, pero “son los sujetos humanos los causantes de las desviaciones, los protagonistas de su corrección, y si en ello fracasan, los que sufrirán las consecuencias”, por lo que le parece inadecuado reclamar personalidad jurídica a seres no humanos. Paradójicamente, en las sociedades desarrolladas, y tal como lo enuncia Nieto (2002: 213), se protege más a los no humanos que a los humanos; la insalubridad de centros urbanos es inhabitable para los humanos, y los perros y mascotas son “bien cuidados” en el Primer Mundo, y se destinan miles de millones de dólares para su alimentación y cuidado, cuando el compromiso global de apoyo del 0,07 del PIB nacional de los países de la OCDE debe ser destinado a la cooperación internacional, ninguno lo aplica y muchos de estos Estados, lo tienen por menos de la cuarta parte de ese 0,07% para ayudar al desarrollo.

²³ Como lo expresa Attfeld (1995: 93-94), en los casos de conflictos entre valores pertenecientes a diversos conjuntos de una comunidad moral ampliada a no humanos se puede establecer una serie de prioridades, de menor a mayor jerarquía así: primero, la satisfacción de todas las necesidades humanas básicas tiene prioridad sobre la satisfacción de todas las necesidades humanas; segundo, la satisfacción de necesidades humanas tiene prioridad sobre la satisfacción de deseos y preferencias humanas; tercero, la satisfacción de necesidades humanas de supervivencia tiene prioridad sobre la de otras necesidades humanas básicas; cuarto, la satisfacción de una necesidad o deseo durante n años es n veces igual de buena que su satisfacción durante un año; quinto, las vidas dignas de ser vividas de criaturas futuras (actuales o

(según el cual todos los seres vivos son dignos de consideración moral aunque su diferente importancia pueda jerarquizarse²⁴ sin incurrir en especieísmo), que según Riechmann “no pone en entredicho el valor de la autonomía de los sujetos morales (valor esencial, fundacional, que a menudo las éticas de la raíz ilustrada han afirmado con exclusividad), ni cuestiona la racionalidad científica, o la herencia cultural de la Ilustración como tal”²⁵.

De acuerdo con lo anterior, la idea de los derechos de la naturaleza en la interpretación de las sociedades con ella constituye uno de los ejes principales del desarrollo de la ética biocéntrica, con énfasis en el ecocentrismo, bajo tal contexto, autores como Eduardo Gudynas (2011) han afirmado que la naturaleza posee valores intrínsecos ajenos a los que le adjudiquen las personas, esos valores inherentes hacen que esta deje de ser considerada como un objeto para el ser humano y pasa a ser un sujeto de derechos al que como tal, se le reconoce un valor intrínseco, lo cual implica que ante un daño que la afecte, se pasa del análisis del daño en la persona humana hacia el de los efectos del

posibles) son de igual valor que las vidas dignas de ser vividas de criaturas parecidas que actualmente estén vivas; sexto, allí donde las necesidades básicas de criaturas con características relativamente complejas y sofisticadas entren en conflicto con los intereses de criaturas con características menos complejas y sofisticadas tienen prioridad las necesidades básicas de las criaturas más complejas y sofisticadas; séptimo, cuando las necesidades básicas de una criatura sintiente entren en conflicto con las preferencias de una criatura relativamente compleja y sofisticada, las necesidades básicas de la criatura sintiente tienen prioridad y; octavo, el bien y el daño de cada animal no sintiente y de cada planta (tanto presentes como futuros) tiene una ligera significación moral, de manera que el bienestar de grandes conjuntos de tales criaturas tiene un considerable valor intrínseco, suficiente para superar el valor de la satisfacción de todas las necesidades humanas –excepto las necesidades básicas- de aquellos seres humanos cuyas capacidades no sean seriamente e irreparablemente deficientes

²⁴ Como lo indica Sterba (2001) es viable justificar tres principios morales que indican en la balanza de los intereses, quién o quiénes van de primero en el ámbito de moralidad y qué acciones humanas estarían justificadas frente a otros seres no humanos; por una parte, estaría el principio de defensa humana que precisa que la defensa y autodefensa de los humanos frente a agresiones dañinas está justificada incluso si ello implica eliminar o dañar animales o plantas. De otra, el principio de preservación humana indica que las acciones necesarias para satisfacer necesidades básicas humanas se justifican aun cuando conlleven atentar contra las necesidades básicas de animales y plantas. Así mismo, el principio de desproporción impide las acciones para satisfacer necesidades humanas no esenciales o nimias, cuando ellas significan atentar contra las necesidades básicas de animales y plantas. Véase además Riechmann (2000: 153) y la Revista Environmental Values.

²⁵ De todas formas, el antiantropocentrismo no es un antihumanismo, dice Riechmann (2000: 40), ya que, en filosofía moral, cuestionar el antropocentrismo es sencillamente “sostener que los límites de la comunidad moral no coinciden con los de la especie humana”. El autor reafirma su argumentación como una combinación de antropocentrismo y biocentrismo que, como partidario de una ética biocentrista, considera que todos los seres vivos (y en especial los seres sintientes) merecen consideración moral, y como antropocentrista subraya la distinción entre agentes y pacientes morales reconociendo la situación especial del ser humano en el cosmos, ya que sólo los seres humanos somos agentes morales, capaces de responsabilidad moral.

daño en la naturaleza misma lo cual implica la reinterpretación de la responsabilidad cuando dicho daño ha sido causado por actores económicos como el inversionista extranjero en el sentido que también es sujeto de obligaciones de protección a la naturaleza y de repararla cuando estas obligaciones se incumplan, excediendo los límites antropocéntricos que fundan la existencia de los estándares de protección previstos por el derecho de las inversiones, cuya regulación y sanción no debería ocasionar responsabilidad alguna al Estado.

Por tanto, las actividades de inversión a la naturaleza se encuentran respaldadas por una visión antropocéntrica de la actividad del Estado y en general de la vida en sociedad, sin embargo, el auge de nuevas aproximaciones filosóficas con ocasión de las crisis ambientales además de dar visibilidad a las debilidades de un modelo concebido exclusivamente en función del ser humano en una sociedad depredadora de su propio entorno, permite caracterizar y cuestionar el modelo en sí mismo en donde la riqueza natural de los Estados se puede traducir en alternativas de desarrollo desde una perspectiva holística, plural e incluyente, que disputa nuevas lecturas del régimen de inversiones extranjeras al ampliar el espectro de análisis a escenarios que no se reducen a los límites economicistas de los estándares de protección a las inversiones y que contribuyen al desarrollo de axiomas compatibles con el contenido social del Estado Social de Derecho.

1.2.2 Modelo extractivista en perspectiva histórica

La discusión sobre el modelo económico y la preservación ambiental resulta de especial trascendencia cuando, como se ha visto, la definición de aquel determina en la práctica las políticas de protección y preservación ambiental que el Estado implementa. Así las cosas, frente a la aplicación de políticas que favorecen e incentivan la inversión extranjera como vehículo de desarrollo, por un lado y la definición de una economía extractivista como principal fuente de ingresos, por el otro, surgen preocupaciones ante la actividad de los inversionistas extranjeros sobre la naturaleza, al ser ellos parte de los principales actores de la implementación de esta política extractivista contemporánea.

Al respecto conviene remitirse al dispositivo utilizado históricamente en las Américas para extraer los bienes ambientales y naturales entendidos como «recursos naturales», conocido como el colonialismo, que recibe su nombre pues desde la época de la colonia se presentó una transformación de los usos y costumbres de los pobladores locales para adoptar las formas de vida y economía traídas por los europeos. En dicho contexto, Bohórquez Caldera (2013) indica que:

“El dispositivo colonial es la estrategia, la serie de circunstancias y mecanismos a través de los cuales ha sido posible establecer la colonialidad, no solo del poder, sino del ser y en general, la subalteridad de la cultura. Según Mignollo (2003), «Quijano introduce el concepto colonialidad del poder, Dussel, el de transmodernidad, y ambos, buscan explicar la forma en la que el sistema-mundo-moderno, está siendo pensado desde otro extremo (un extremo otro)» (p. 114). En este sentido, el dispositivo de poder colonial se establece a través de la colonialidad, la modernidad y la posmodernidad, es decir, desde los presupuestos epistémicos europeos. Dicho establecimiento, se hizo de forma canónica, vertical y excluyente. Mignollo (2003), complementa esta visión cuando afirma que:

La modernidad y el colonialismo crean una[s] estructuras de creencias de las que es necesario liberarse social y epistémicamente. La emancipación como liberación, significa no solo el reconocimiento de la condición subalterna, sino la eliminación de la estructura de poder que mantiene la hegemonía. (p. 90).

Desde este presupuesto, es donde se ubica el papel del extractivismo como un elemento estructural que hace posible, no solo la diferencia colonial sino la hegemonía del poder y la subalternidad [SIC] del “otro”, que en el lenguaje colonial, es el “bárbaro”. El dispositivo colonial funcionó como el criterio canónico para establecer la diferencia colonial teniendo como base el color de la piel, el lenguaje, la religiosidad, y las costumbres culturales” (Pág. 226).

Conforme a lo anterior, la priorización de actividades económicas extractivas en nuestra América deviene de un complejo sistema de imposición cultural, económica y social desarrollado a partir del dispositivo colonial que encontró en la extracción de bienes ambientales y naturales un medio de financiación de las actividades de los colonizadores, en efecto, Bernd Marquardt (2019) reseña como

“Entre las materias claves del derecho público hispanoamericano de la *Modernidad Temprana*, destaca el derecho minero y monetario. El mismo fue normativizado en varias *Reales Cédulas* de CARLOS V y FELIPE II incluidas en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, en las *Ordenanzas mineras* del Virrey peruano FRANCISCO DE TOLEDO de 1571 a 1578²⁶ y en las *Reales ordenanzas para la dirección régimen y gobierno del importante cuerpo de la minería de la Nueva España* de 1783²⁷, adoptadas dos años después también para el Perú²⁸.

Como contexto general, se señala que la minería de metales nobles fue el modo de producción más complejo de las sociedades preindustriales en términos organizacionales y tecnológicos. Al respecto, existe la propuesta terminológica de la *proto-industria*²⁹, pero precisamente fue algo diferente de la industrialización fósil-energética del siglo XIX, pues se fundamentó en el *régimen de energía solar-agrario* y, además, fue una constante en todas las sociedades preindustriales de los cinco milenios desde el Egipto faraónico hasta el siglo XVIII d.C.

Como contexto específico, hay que añadir que en los virreinos de Perú y Nueva España se descubrieron los recursos de metales nobles más grandes del planeta, con la capacidad de posibilitar la producción del 80% de la plata del mundo durante los siglos XVI a XVIII. En las cercanías inmediatas de las existencias nacieron ciudades mineras como la Villa Imperial de Potosí (1545) con la *mina de minas* en el *Cerro Rico* (4782 msnm)³⁰, pero también la Villa de

²⁶ Lista detallada en: CENTURIÓN G., *Apuntes de historia del derecho peruano*, F. De Toledo, op. Cit., pág. 27.

²⁷ *Reales ordenanzas para la dirección régimen. Gobierno del importante cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal General de orden de su Magestad*, reimpr., Lima, sin ed., 1786 (1ª impr. Madrid, 1783).

²⁸ *Real orden de 8.12.1785, y declaraciones en su cumplimiento hechas para adaptar la Ordenanza de minería de Nueva-España a el Virreinato de Lima*, sin lugar, sin ed., 1786.

²⁹ Aunque el término tiene un origen más antiguo, el debate conceptual fue estimulado decisivamente por el libro de: PETER KRIEDTE & HANS MEDICK & JURGEN SCHULUMBOHM, *Industrialisierung vor der Industrialisierung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1977.

³⁰ CARRERAS & POTTHAST, *Eine kleine Geschichte Argentiniens*, op. cit., págs. 18 y ss; HANKE, *The imperial City of Potosí*, op. cit., págs. 1 y ss; KLEIN, *A Concise History of Bolivia*, op. cit., pág. 37; CAROS SERRANO B., *Historia de la minería boliviana (siglos XVI al XX)*, Potosí, 2004, ed. por CONGRESO DEL PERÚ,

San Felipe de Austria en Alto Perú (Oruro, 1606) y la Villa de Pasco, en Perú central (1578), así como Santa Fe y Real de Minas de Guanajuato (1546), Real de Minas de Nuestra Señora de los Zacatecas (1548) y San Luis Real, de Minas de Potosí (1592) en la Nueva España. De tal manera se relegó la tradicional minería dentro del Sacro Imperio Romano -ubicada en Tirol, en los montes Metálicos y en el macizo del Harz- al segundo puesto mundial. De modo complementario pudieron extraerse grandes cantidades de oro de la corteza terrestre neogranadina alrededor de Santafé de Antioquia y en su preludio occidental de la selva pacífica del Chocó, que alcanzaron hasta el 40% de la producción mundial. El historiador económico KALMANOVITZ calcula la relación de tal manera que la Nueva España produjo, en la fase final, la suma de 15 a 20 millones de pesos plata al año, Perú hasta 8 millones y la Nueva Granada 2,5 millones³¹ (Pág. 285-286).

Entonces, como se explicó al referirse al antropocentrismo, si bien la llegada de la colonia española no se traduce en la implantación de una ética antropocéntrica, pues se encuentran casos de pueblos originarios marcados por la supremacía del ser humano, ella sí significó un antecedente importante en la caracterización de esta postura como la instrumentalización para la protoindustrialización de la naturaleza, evidenciando utilidades para los colonizadores, un modelo de trabajo sobre la naturaleza para los locales a una escala y bajo presupuestos diferentes a los propios y la instrumentalización de la naturaleza sin consideración adicional a la obtención de sus rentas, preparando el camino histórico de lo que sería un gran régimen de depredación ambiental.

Otro aspecto a considerar es el de la obtención del beneficio económico y estructuración de la actividad extractiva por parte de un tercero no local; punto de continuidad relevante para el estudio del dispositivo colonial en el modelo económico extractivista de la descripción colonial y de los supuestos de la inversión extranjera postulada por el proyecto neoliberal, que además de no considerar el valor de la naturaleza en sí misma, tampoco lo hacen respecto de las consecuencias socioculturales locales de la actividad, que hoy generalizada sobre el régimen de concesiones, cuenta con un origen en el derecho de regalía de la colonia, sobre el que el profesor Marquardt (2019) precisa:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6EF6AA797C1749E905257EFF005C493F/\\$FILE/Historia_de_Miner%C3%ADa_Andina_Boliviana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6EF6AA797C1749E905257EFF005C493F/$FILE/Historia_de_Miner%C3%ADa_Andina_Boliviana.pdf) (5.1.2019), págs. 9 y ss, 51 y ss.

³¹ SALÓMON KALMANOWITZ, *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Univ. J. T. Lozano, 2010, págs.. 52 y s.

“La organización jurídica del *extractivismo* hispanoamericano tomó como base el modelo practicado desde la Edad Media central dentro de la Europa latina-católica. El derecho para explotar el subsuelo fue separado de la propiedad raíz y correspondió directamente al monarca con base en la figura del *derecho regalía de minas*. Sin embargo, el Rey delegaba su derecho originario en los recursos mineros a concesionarios de la élite noble o urbana que tenían que entregar una cuota significativa de sus extracciones a las autoridades del titular. No fue difícil transformarse en explotador minero del Rey, pues para estimular la minería, las ordenanzas mineras partieron de la libertad minera en el sentido de la libertad de descubrimiento, bajo las condiciones de registro de la propiedad útil derivada y del uso eficiente de la misma³²” (Pág. 289)

De tal forma, la corona española se aseguraba un porcentaje de utilidad, que variaba entre el 20 y el 5% (Marquardt, 2019, pág. 289) y el delegado inversionista, que al contar con el respaldo del Rey y con la capacidad de asumir los riesgos de la concesión también representaba el dispositivo colonial, asumía el papel que hoy asume el sector industrial, con las limitaciones propias de las formulaciones de derecho socio-ambiental de la época (Marquardt, 2019, pág. 294) que llevaron a calificar el modelo como un estatismo minero-metabólico en el que:

“mientras el Estado pobre en minas buscó una balanza comercial positiva y pretendió exportar productos de lujo -en particular, con base en el cultivo comercial de caña de azúcar- para recibir así las monedas para pagar los sueldos de sus mercenarios, el Estado rico en minas de monedas quiso mantener la mayor parte de sus riquezas en el interior (*bullonismo*³³), principalmente según la misma finalidad de financiar sus actividades bélicas (...)” (Marquardt, 2019, pág. 296).

³² CRUZ B., *Historia del derecho indiano, op. cit.*, págs.. 267 y ss; SÁNCHEZ B. *et al.*, *Historia del derecho indiano, op. cit.*, págs.. 365 y s. En general: BERND MARQUARDT, “Bergordnung”, en JÄGER *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit*, t. 2, *op cit.*, págs.. 31-33; ÍD., “Regalien”, en JÄGER *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit*, t. 10, *op cit.*, págs.. 844-847.

³³ KINDLEBERGER, *Spenders and Hoarders, op. cit.*, págs. 9 y ss.

No obstante, este estatismo minero-metabólico no finalizó con la terminación del periodo colonial, por el contrario, la llegada de la república en el siglo XIX no implicó transformaciones de fondo para la modificación de la base económica extractivista, ni tampoco implicó un cambio en la precaria atención de las consecuencias ambientales de esta política; Malaver-Rivera (2021) explica cómo el rol que tenía la corona en la época de la colonia pasa a ser asumido por países industrializados que vieron en la apertura económica una oportunidad para demandar la exportación de bienes ambientales y naturales a Europa, así lo recopila dicho autor:

“La minería de metales preciosos fue la actividad más afectada por los cambios económicos y políticos en la primera mitad del siglo XIX. Entre 1800 y 1820, por las guerras de independencia, se redujeron drásticamente las actividades de explotación y exportación. Entre 1830 y 1840, se intenta recuperar las condiciones del final del periodo colonial a través de la entrada de capital extranjero. Así, se abrieron 25 sociedades mineras británicas con una inversión mayor a los 3,5 millones de libras esterlinas (Bulmer-Thomas, 1998); no obstante, el sector entró en una quiebra general. Sólo hacia 1850 se da una recuperación efectiva de las exportaciones dados los descubrimientos de nuevos yacimientos y el fortalecimiento de las actividades de extracción. Por otro lado, las actividades no mineras tradicionales, como el azúcar, el cacao, así como la ganadería tendrían una importancia relativa, menor que en al final de la época colonial, dada la emergencia de actividades no mineras no tradicionales como el café y el guano (Bulmer-Thomas, 1998)” (Malaver Rivera, 2021, pág. 54).

La segunda mitad del siglo XIX con la sofisticación de sistemas de transporte conllevó la consolidación de nuestra América como el punto de origen de exportación de productos agropecuarios y como resulta obvio con el transcurrir histórico que los atribuye como materias primas, también de bienes ambientales y naturales derivados de la minería e hidrocarburos a Europa, cuyas consecuencias ambientales tampoco fueron ajenas al incremento de la industrialización y a la sofisticación de los medios de transporte que por sí mismas transformaron la naturaleza (Malaver Rivera, 2021, pág. 57), con los impactos y efectos que cada una de esas transformaciones supone.

El siglo XX trajo consigo la consolidación un pacto neocolonial (Halperin-Dongui, 1977) marcado por la “penetración del capital financiero internacional que apuntó a adquirir y controlar las empresas nacionales de mayor rentabilidad” (Malaver Rivera, 2021, pág. 57), en el que América Latina se consolidó como el principal «productor» de bienes ambientales y naturales calificados por las potencias económicas como «recursos estratégicos», título que más allá de las crisis económicas y las consecuencias económicas con ocasión de las dos guerras mundiales en Europa término por ganar el

pulso con alternativas económicas como la industrialización por sustitución de importaciones alentada desde la CEPAL (Malaver Rivera, 2021, págs. 57-60).

En tales términos, se ha afirmado que “la depredación de los recursos naturales ha sido una constante estructural en la historia económica de América Latina” (Cardoso & Pérez Brignoli, 1979, pág. 204), que como es lógico, tiene diversas consecuencias ambientales y que, como fue explicado al tratar la inversión extranjera sobre la naturaleza, han intentado ser conjuradas desde el antropocentrismo bajo la fórmula del desarrollo sostenible sin que lograra detener los efectos reseñados por Julio Fierro, que en tanto consecuencias de un modelo depredador han desencadenado en conflictos socioambientales. Malaver Rivera³⁴ (2021) reúne dichos conflictos en América Latina destacándose para el caso colombiano los siguientes: afectaciones a la salud humana, conflictos distributivos, cambios en la vocación productiva del suelo, violaciones a los derechos humanos, persecución del activismo socio-ambiental, contaminación química de acuíferos, disposición y manejo de desechos, pérdida en acceso y calidad del agua, militarización de las zonas de enclave y captación de las instituciones de control (págs. 71-72).

Gudynas (2011) expone que los países latinoamericanos comparten posturas similares frente al tema ambiental donde se ve al continente como una gran fuente de «recursos naturales» que aportan al crecimiento económico de cada nación:

³⁴ Con base en: Cárdenas, 2013; Saade, 2013; Tetreault, 2013, para México; Guzmán, 2017; Bebbington, Fash & Rogan, 2018; Medina, 2016; Van De Sandt, 2009; Rodríguez, 2017 para Centroamérica; Boco 1987; Delgado 2012; Marega 2016; Acosta, 2009; Kunh, 2011; Bustamante & Lara, 2010; Albuja & Dávalos, 2013; Martínez-Alier, 2012; Lalander, 2015; Salomone, 2017; Sánchez, Leifsten & Verdú, 2017 para Ecuador; Arana, 2002; CooperAction 2001a y 2001b; EarthRigth International, et al, 2007; De Echave, et al, 2009; Álvarez, et al, 2011; Cabieses, 2013; Castro, 2011 para Perú; Hinojosa, et al, 2012; López, 2014; Gandarillas, 2016; Fornillo, 2018 para Bolivia; Zapata, 2002; Chile Sostenible, 2012; Bottaro, Latta & Sola, 2014; Urkidi, 2008; Fuenzalida & Quiroz, 2012; Gajardo, 2014 para Chile; Félix & Pérez, 2003; Carrasco, Sánchez & Tamagno, 2012; Svampa & Viale, 2014; Dávila, 2012; Barros, 2016; Svampa & Antonelli, 2009; Antonelli, 2009; Di Riso, et al, 2012; Moncada, 2013; D’Amico, 2013 para Argentina; Benítez, Machi & Acosta, 2007; Rosi, 2010; Florit, 2013; Rieiro & Posada, 2015; Bruschi, 2014; Oyhantçabal & Sanguinetti, 2017; Rosi, 2010; Elizalde, Menezes & Sosa, 2013 para Uruguay; Irala & Pereira-Cardozo, 2016; Winer, 2017; Palau, et al, 2012 para Paraguay; Da Mota, Schmitz & Da Silva, 2012; Assis & Moro, 2009; Wagner & Pinto, 2013; Rodríguez-Valle, 2018; Araujo & Chaves, 2016; Romarcho, 2014 para Brasil; Carrillo, 2000; García-Guadilla, 2013; Teran-Mantovano, 2016; Lander, 2016 para Venezuela.

“i) defienden el desarrollo como crecimiento económico, (ii) lo entienden directamente vinculado a la idea del progreso lineal, a la que consideran como positiva, y (iii) defienden una postura utilitarista sobre la Naturaleza” (pág. 237)

No obstante, también se presentan algunas diferencias entre los países latinoamericanos, en este sentido, se ha documentado como Gudynas (2015) caracteriza el extractivismo clásico y el neoextractivismo partiendo de su relación de cercanía con las políticas neoliberales, catalogando como clásico aquel con una estrecha relación a ellas y como neoextractivismo aquel que toma distancia de ellas y se inspira en las propuestas progresistas de la izquierda latinoamericana, Malaver (2021) contextualizó tales diferencias así:

“El extractivismo clásico o conservador, se caracteriza por su estrecha relación con el neoliberalismo (Svampa, 2019; Gudynas, 2015; Gudynas, 2009). Las actividades de extracción y exportación de los recursos naturales se concentran en empresas extranjeras, generalmente de capital proveniente del Norte-Global. Campos & Carrillo (2008) señalan cómo la propiedad de estas empresas extractivas se concentra en manos de accionistas y propietarios de los países desarrollados, mientras que las afectaciones locales se quedan en el Sur-Global, en concreto en África y América Latina. Además, el rol del Estado en este extractivismo clásico es bastante laxo. Las políticas económicas pretenden promover la llegada de capital extranjero; es decir, con gabelas tributarias se incentiva la competitividad inversionista de los países (Pardo, 2018). Asimismo, las débiles regulaciones sobre el control ecológico y social de la apropiación de los recursos permiten que las empresas extractivas no tengan limitaciones en su accionar (Gudynas, 2009). Esta versión clásica del extractivismo es la que han vivido países como Colombia y Perú.

En contraste, el Neo-extractivismo o extractivismo progresista, se caracteriza por su, aparente, distancia con el neoliberalismo y su estrecha relación con los gobiernos progresistas y de izquierdas de América Latina (Svampa, 2019; Gudynas, 2015; Gudynas, 2009). Las actividades de apropiación y extracción de los recursos naturales ya no se dan en manos de empresas extranjeras del Norte-Global; se da en manos de empresas públicas o estatales. Algunas de estas, como YPF (Argentina) ó PDVSA (Venezuela), fueron empresas privadas que se nacionalizaron en manos de gobiernos progresistas. Asimismo, el rol del Estado en el Neoextractivismo es más activo que en el extractivismo tradicional, en tanto que emite regulaciones y garantiza controles

sobre los impactos socioambientales. Las políticas económicas cimientan una redistribución económica de la riqueza extraída, comercializada y exportada. A través de los impuestos y de las rentas de las empresas estatales, los estados progresistas garantizan el presupuesto público que les permite desarrollar importantes políticas sociales (Gudynas, 2009); así, este Neoextractivismo es de carácter redistributivo en sentido político-económico; sin embargo, no cuestiona ni critica sus impactos ecológicos y sociales, empero, los naturaliza como sacrificios y costos de las políticas sociales redistributivas (Svampa, 2019). Este Neoextractivismo ha sido característico en Venezuela, Ecuador y Bolivia, principalmente”.

La caracterización de la política económica de inversión extranjera deseada por el neoliberalismo para América Latina, los rasgos generales de su manifestación en Colombia, así como las cifras presentadas al referirse a la inversión extranjera sobre la naturaleza denotan que, siguiendo la taxonomía de Gudynas, el caso colombiano puede afiliarse en lo que él denomina extractivismo clásico o conservador, estrechamente ligado a las fórmulas de desarrollo neoliberales que instrumentalizan y mercantilizan la naturaleza, a lo cual se suman los efectos de la actividad económica y los conflictos socioambientales que permanecen a nivel local y no trascienden para el inversionista extranjero, quien al final de las controversias a las que puede ser llamado, termina siendo juzgado con base en los estándares concebidos para su protección en sede arbitral, donde prevalece el criterio económico de búsqueda de la inversión extranjera que adoptó como un dogma que se trate de una actividad deseable para el desarrollo -como crecimiento-, por lo que es el Estado el llamado a atender las problemáticas locales de fondo que deja haber permitido la operación del inversionista extractivista extranjero, por lo que hacer frente a los impactos no controlados deviene en una necesidad urgente para poder materializar un cambio en el enfoque clave de las relaciones económicas desde la naturaleza, que permita abandonar el dispositivo colonial.

Aún así, en algunos países se justifica el extractivismo por encima de los efectos nocivos del daño ambiental bajo argumentos de beneficios de carácter general, como la captación de excedentes para cubrir diferentes programas sociales a través de bonos, e incluso que el Índice de Desarrollo Humano (IDH) está ligado a la instrumentalización de bienes ambientales y naturales (Gudynas, 2011, pág. 238). El autor plantea una ponderación entre la necesidad de los diferentes programas de asistencia social derivados de la explotación de la naturaleza y los impactos negativos sociales y ambientales que quedan en los sectores específicos donde se practican dichas explotaciones.

Con lo mencionado anteriormente se evidencia un fuerte choque entre promover un modelo económico que genere desarrollo a partir de la explotación de bienes ambientales y naturales concebidos como «recursos naturales» del «medioambiente» y la necesidad de no ocasionar daños ambientales irreversibles a la naturaleza, considerando su valor en sí misma y que en el evento de causarse, se reafirme la consideración como sujeto de derechos, a efectos de que reciba oportunamente las correspondientes acciones de restauración o reparación, por parte de los principales responsables sin que el Estado vea limitadas sus funciones regulatorias y sancionatorias exclusivamente por el criterio económico que encuentra en la inversión extranjera una actividad deseada como vehículo de desarrollo.

Se ha afirmado que, la inversión extranjera promueve un crecimiento de capital sobre todo en aquellas economías que no tienen la capacidad ni los medios suficientes para generar ese dinero por sí solas, además de la transferencia tecnológica que favorece a las empresas domésticas y los efectos sobre el aspecto macroeconómico del país receptor (Fedesarrollo, 2007, pág. 2). Sin embargo, esta clase de afirmaciones no conducen a desvirtuar ninguna de las críticas que el movimiento ambientalista ha formulado. Por el contrario, reafirman los postulados de un extractivismo conservador, haciendo caso omiso de los conflictos socioambientales que la inversión extranjera sobre la naturaleza ha incentivado.

Ahora bien, la Corte Constitucional (2016) ha resaltado la necesidad de preservación del medio ambiente mediante políticas públicas encaminadas a preservar condiciones óptimas para que los ecosistemas y su biodiversidad puedan mantener su potencial evolutivo de manera estable e indefinida. Sin embargo, tales políticas de preservación pueden fundamentarse en cualquiera de las tres corrientes hermenéuticas antes expuestas -antropocentrismo, biocentrismos o ecocentrismo-, lo cual influye directamente en las relaciones de los actores económicos con la naturaleza, que en su mayoría para el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana han sido interpretadas a la luz del principio de desarrollo sostenible³⁵ y solo recientemente desde la idea de derechos de la naturaleza³⁶, que como será expuesto al reseñar el caso del Río Atrato, ha presentado dificultades en su concreción práctica.

³⁵ Al respecto véanse las sentencias C-519 de 1994, C-595 de 2010, C-703 de 2010, C-632 de 2011 y C-449 de 2015.

³⁶ Al respecto véase el apartado 3.3 Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana.

Desde esta perspectiva, si bien históricamente se ha documentado cómo la apropiación de un modelo extractivista ha exacerbado inequidades socioambientales derivadas de un modelo de consumo neoliberal, las soluciones a esta problemática pueden plantearse desde el mismo modelo que las ha ocasionado o desde perspectivas diferentes que no se han profundizado en el caso colombiano y por tanto, la preservación ambiental y el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza cuando el daño ambiental es causado o potenciado por inversionistas extranjeros se han dejado a lo sumo a la «buena voluntad» del inversionista y en todo caso, al Estado.

1.2.3 Argumentos culturales y derechos bioculturales

Teniendo en cuenta que la ruptura con el antropocentrismo supone la reinterpretación de las relaciones con la naturaleza, el centro económico que representaba esta postura, pasa a ser ocupado por las relaciones desde el ambiente, en tal medida, los derechos colectivos pasan a ser reinterpretados en perspectiva sociocultural y ambiental. Lo anterior quiere decir que, aunque la naturaleza sea reconocida como sujeto de derechos, no se arguye que no pueda existir un relacionamiento con el ambiente en beneficio del ser humano, sino que dicha relación debe estar cercada por unos lineamientos que ayuden a no destruirla, respetando los ciclos vitales y su capacidad de resiliencia (Cruz, 2014, pág. 103). En ese mismo sentido Edwin Cruz señala que para que los derechos de la naturaleza trasciendan el antropocentrismo es necesaria una perspectiva que reconozca que la relación entre la naturaleza y el ser humano están enlazadas culturalmente (2014. Pág. 105).

Boaventura de Sousa Santos (2012) plantea esta interculturalidad como híbridos jurídicos, los cuales definen como “conceptos o procedimientos en los que es posible identificar la presencia de varias culturas jurídicas” que, para el caso de los derechos de la naturaleza, la noción de derecho viene de la cultura eurocéntrica, mientras que la naturaleza precisada como Madre Tierra, es un concepto originado en la cultura andina (pág. 39), por lo que el paso del antropocentrismo al ecocentrismo implica el reconocimiento de características propias del entorno biodiverso, surgiendo el concepto biocultural.

Entonces, el concepto biocultural encierra la relación que existe entre la naturaleza y lo cultural, por tanto, Bavikatte y Bennett (2015) sostienen que los derechos bioculturales son aquellos que nacen del vínculo entre las comunidades indígenas y ancestrales con la

tierra donde habitan y los recursos que esta les suministra (pág. 8). Esa visión holística de los derechos bioculturales está caracterizada por tres aspectos:

“Primero, el concepto combina naturaleza con cultura. La biodiversidad y la diversidad cultural son interdependientes y están inextricablemente vinculadas. En segundo lugar, el concepto conecta el pasado, el presente y el futuro. Es un concepto que toma en consideración el pasado, el presente y el futuro en el sentido de que se basa en las historias y los errores distintivos que los grupos indígenas han experimentado, el examen del sistema actual y la necesidad misma de ayudar y empoderar a estos grupos para que conserven su diversidad biocultural distintiva para las generaciones futuras. En tercer lugar, este concepto considera el elemento «especial» de las comunidades indígenas y el interés «universal»” (Chen & Gilmore, 2015. pág. 9)

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional de Colombia (2016) en sentencia T-622 de 2016 define los derechos bioculturales como aquellos que recaen sobre las comunidades indígenas, alusivos a la administración y tutela de sus territorios y los bienes ambientales y naturales que los conforman, todo esto ejerciéndolo de manera autónoma con sus propias leyes y costumbres. Sin embargo, para garantizar efectiva y plenamente a largo plazo los derechos ambientales se deben asegurar con mayor fuerza los derechos de la naturaleza y, como propone Acosta y Martínez (2017), surge la necesidad de vincular de manera concreta y estratégica los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza (pág. 102).

Entonces, el paso del antropocentrismo al ecocentrismo conlleva la necesidad de interrelacionar las diferencias culturales que se presenten en las relaciones desde la naturaleza, reconociendo además de los derechos de la naturaleza, los derechos bioculturales que permiten interpretar aquellos desde las particularidades y tradiciones concretas, armonizando los derechos humanos con los derechos ambientales, lo cual influye directamente en la actividad económica que se descentra en la toma de decisiones para tomar en consideración un enfoque ambiental y holístico de los factores adicionales que fueron expuestos, cuya necesidad se fundamenta en la necesidad de corregir el reduccionismo antropocéntrico que ha caracterizado la historia económica de nuestra América y concretamente de Colombia, país anclado en un modelo extractivista conservador neoliberal, y a su vez, a cuestionar una ética de apropiación ambiental que día a día caracteriza los conflictos socioambientales derivados de la transformación a la naturaleza ocasionada por la actividad empresarial deseada y promovida por el modelo económico en perjuicio de los derechos ambientales.

Colombia es un país reconocido por su mega biodiversidad, pues en cuanto a orquídeas y aves, ocupa el primer lugar a nivel mundial, con respecto a plantas, anfibios, mariposas y peces de agua dulce se encuentra en el segundo lugar, goza del tercer lugar en especies de palmas y reptiles y el cuarto puesto en materia de mamíferos (MinAmbiente, 2019). En ese orden de ideas, Colombia posee el 10% de toda la biodiversidad del planeta que en la región es superado solo por Brasil (segundo a nivel mundial), que abarca entre el 15 y el 20 % de la biodiversidad mundial, y a nivel mundial también es superado por Australia (primer lugar) y China (tercer lugar), más cabe resaltar la extensa diferencia de tamaño entre Colombia y estos tres (Batlle, 2020).

Dicha riqueza natural se corresponde igualmente con la riqueza biocultural, es por ello que el reconocimiento de los derechos bioculturales se encuentra estrechamente relacionado con las consecuencias ambientales de la intervención ocasionada por la inversión extranjera a la naturaleza, pues al tratarse de un sujeto de derechos reconocida en clave ecocéntrica, diferente pero no inferior a las personas naturales o jurídicas contempladas por las teorías clásicas de la personalidad jurídica, su relación con ellas debe efectuarse en el marco de unas prerrogativas derivadas del reconocimiento de su valor en sí misma, pero también desde la cercanía cotidiana con la naturaleza, es por ello que el reconocimiento de la tutela a los pueblos locales en atención a su relación ancestral con la tierra que habitan evidencia el primer limitante a las actividades de implementación del modelo económico, que al no ser tenido en cuenta en la solución de controversias de inversión extranjera, pierde eficacia por ser automáticamente excluida de la controversia de inversión al no ser contemplada por los estándares, limitando así una lectura mucho más amplia que supere el antropocentrismo y permita, en un análisis integral de los casos concretos evaluar los efectos nocivos de la inversión extranjera en la naturaleza.

Adicionalmente, conservar el modelo actual relega a las autoridades la eficiencia de los derechos ambientales y dentro de ellos, concretamente la de los derechos de la naturaleza, con las consecuencias fiscales y de soberanía que ello implica, descartando en primer plano una composición amplia del Estado y con él de las comunidades locales, a las que solo se reconoce un criterio simbólico de soberanía pues en realidad las decisiones determinantes obedecen a las directrices transnacionales del proyecto político neoliberal.

1.3 Derechos de la naturaleza: debate y perspectivas

La idea de derecho supone una doble connotación, por una parte el derecho como facultad, esto es, como un concepto subjetivo que conlleva a una posición jurídica, y por otra parte, como un cuerpo de disposiciones objetivo, del cual pueden derivarse normas que prescriban aquellas facultades (Alexy, 2009, pág. 214 y ss), siendo aquel el punto de partida para la revisión de la teoría de los derechos de la naturaleza, entendidos como (i.i) garantías de las cuales es titular el sujeto naturaleza, impulsadas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano y particularmente por el (i.ii) modelo constitucional del buen-vivir-bien, cuya influencia ha sido acogida por (i.iii) la jurisprudencia constitucional colombiana a partir del reconocimiento de los derechos de naturaleza.

1.3.1 Los derechos como garantías de un sujeto

Referirse a la naturaleza como sujeto de derechos hace necesario en primer lugar aclarar la relación objeto-propietario que la naturaleza y el ser humano han guardado tradicionalmente en el Estado liberal y desde esta precisar la utilización del concepto de derechos subjetivos, que ha sido ampliamente debatida por los historiadores del derecho, quienes han atribuido su utilización como hoy es conocido a diferentes momentos de la historia, encontrando un fundamento diferente en cada momento (antigüedad, edad media o modernidad), según se trate de un soporte jurídico o moral (Cruz Parceró, 2015, pág. 1504).

Esto guarda importancia en la medida que los derechos de la naturaleza no constituyen el primer caso de un cambio de la calidad de objeto a sujeto de derechos. Bien es conocido en la historia de la humanidad las relaciones de esclavitud existentes desde la antigüedad hasta la modernidad con las relaciones de colonialismo fundamentadas en la explotación laboral y en la guerra, en las que el ser humano podía tener la calidad de objeto de propiedad de otro, que han venido siendo superadas con la redefinición de dichas relaciones (laborales y bélicas) y con la paulatina ampliación del reconocimiento de derechos hasta la adopción del criterio de dignidad humana como orientador del Estado moderno.

En el plano jurídico, hoy es aceptado hablar de derechos subjetivos jurídicos y de derechos subjetivos morales, según la norma que los confiera (Guastini, 1999, págs. 180-182), que para el caso de los derechos subjetivos jurídicos, desde una perspectiva iuspositivista será “la norma o normas del derecho objetivo que atribuyen a una clase de sujetos una posición jurídica subjetiva activa y que, en este sentido, la fundamentan” (Arriagada, 2016, pág. 153), por lo que siguiendo a Hans Kelsen (1987, págs. 539-540), el derecho subjetivo no es el objeto protegido sino la protección, manifestada en la norma.

Ahora bien, la idea de la existencia de los derechos antes que las normas también ha estado presente en la discusión desde la corriente iusnaturalista, con auge en la antigüedad y en la edad media, postura que desconoce la relación entre derecho subjetivo y derecho objetivo, como es el caso de John Locke (2006), quien elabora su teoría contractualista en base a unos derechos innatos del individuo en el estado de naturaleza, posición ampliamente cuestionada por diferentes sectores del iuspositivismo que sostuvieron la correlación entre el derecho objetivo y los derechos subjetivos hasta el final de la segunda guerra mundial.

De acuerdo con esto, el tránsito de objeto de propiedad a sujeto de derechos se centró en la idea del bienestar humano y en consecuencia encontró lugar dentro del proceso de formación del Estado liberal, en el que el contenido de los derechos se centra en los intereses del sujeto. En efecto, las desastrosas consecuencias a nivel humanitario de la segunda guerra mundial, llevaron a Kelsen a reconocer el contenido material de la norma fundamental (Mejía Quintana, 2006, pág. 160) y no un mero mecanismo de protección formal, al respecto se ha indicado que:

“el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de la misma. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo” (Kelsen, 1987, págs. 161-162).

En este sentido, junto con la posguerra también llegó el auge de los derechos humanos, concepto con el que el iusnaturalismo racional procura imponerse con la pretensión de universalidad, pues se trata de facultades inherentes a la condición humana, independientes del reconocimiento del Estado, comprensibles a través de la razón y que determinan el contenido del ordenamiento jurídico (Orozco Henríquez, 1987, pág. 27),

mientras que el iuspositivismo, aun cuando acepta su existencia, propone que su carácter jurídico dependerá de la verificación del contenido de determinadas normas jurídicas (Nino, 2003, pág. 197), lo cual no interfiere en su carácter moral.

Bajo este orden, los ordenamientos jurídicos han reconocido una serie de derechos subjetivos partiendo de diferentes ópticas derivadas del iusnaturalismo y del iuspositivismo, siempre con un contenido material que define el criterio de justicia aplicable y reivindica “la lucha de emancipación de la Humanidad en contra de los mecanismos de represión, silenciamiento e invisibilización de todos aquellos grupos humanos explotados o despojados inclusive de su condición humana”, así como para el mantenimiento de los logros de tal lucha (Martínez & Acosta, 2017, pág. 2929), que se convirtieron en los fines de los Estados contemporáneos, fundados en la satisfacción de las necesidades humanas.

De lo anterior, se hace necesario destacar que en la lógica adoptada en la posguerra, centrada en el interés de mantener las condiciones necesarias para preservar la existencia humana dignamente, involucra la consolidación de derechos individuales y la lucha por asistencias económicas que garanticen tal condición, centrando el criterio de desarrollo del concepto de derechos en una lógica antropocéntrica que persigue la satisfacción de las necesidades humanas a través de los derechos humanos, en la que las consideraciones ambientales devienen en accesorias, en función de estas necesidades, situación que evidencia una problemática para aplicar el concepto de derechos a la naturaleza como una continuidad progresista de los derechos humanos, pues rompe con el fundamento antropocéntrico que distingue a esta categoría.

En este orden de ideas, llama la atención particularmente el alcance del derecho de propiedad que determina como ha sido entendida la relación sujeto-objeto, en la que como la naturaleza satisface directa o indirectamente necesidades humanas que pueden ser manifestadas a través de la voluntad humana, se acerca al concepto de objeto apropiable por un sujeto. Por el contrario, desde esta perspectiva, la naturaleza no manifiesta necesidades autónomas y no es capaz de adquirir la propiedad de objetos que le permitan satisfacer esas necesidades, en tal medida, el criterio limitante de los derechos humanos requiere ser superado por una óptica que, así como con ocasión a un modelo económico reconoció personalidad jurídica a los entes económicos, movidos por el ánimo de lucro, estableciendo ficciones que pudieran superar estas limitaciones fundamentadas en las necesidades humanas, se reconozca la interacción que todas las personas, naturales y jurídicas, tienen con la naturaleza, avanzando hacia una concepción ambiental de los derechos impulsada por las dinámicas de interrelación entre los diferentes sujetos.

En consecuencia, el centro de la discusión sobre el reconocimiento de derechos a la naturaleza, pasa entonces por dar un salto hacia una interpretación ecocéntrica de los postulados del iusnaturalismo clásico de la premodernidad, contextualizado a las relaciones socioambientales contemporáneas, pero que a la vez, se valga del contenido material de la norma fundamental que priorice los derechos ambientales con el fin de conciliar en la práctica la discusión entre el fundamento de los derechos y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de ellos ante sus diferencias con otros sujetos.

Así, hablar de derechos de la naturaleza solo es posible al retomar el debate surgido entre el iuspositivismo anterior a la segunda guerra mundial y el iusnaturalismo racional para adoptar una visión holística en la relación de la naturaleza con los seres humanos, en el que sea posible pasar de la concepción de la naturaleza objeto -del derecho de propiedad- a la naturaleza sujeto de derechos, así como al superar la esclavitud, el ser humano deja de ser objeto de propiedad, presupuesto que busca asegurar el postulado de la dignidad humana, en su momento establecido como el criterio para fundamentar el cambio, así como ahora se encuentra la necesidad de asumir el criterio de los derechos ambientales.

Como se ha explicado, hablar de la naturaleza como sujeto de derechos da lugar a discutir la diferencia entre los intereses de este nuevo sujeto respecto de los intereses que tradicionalmente ha buscado proteger la teoría de los derechos -del sujeto humano-, asunto que fue tratado por Peter Burdon (2011) así:

“does nature have interests? And if so, how can people accurately discern what those interests are? Mark Sagoff powerfully raised the first objection in 1974 in response to Stone’s thesis. Sagoff mocked the idea that ‘all of nature marches forward in legal equality, with rights for all, without regard to race, creed, color, sex, leaf structure, or atomic number’ (‘On Preserving’ 221). How, he wondered, did Stone or the environment movement purport to know the interests of a voiceless object? Turning to the facts under examination in *Trees*, Sagoff asked: ‘Why wouldn’t Mineral King [mountain] want to host a ski resort, after doing nothing for a billion years?’ (‘On Preserving’ 222). In making this statement Sagoff is not siding with development. However, by turning the issue around, he highlights the inherent difficulty of discerning the interests of nature and also the presumption that conservation, not development represents this interest. If a presumption or individual case is decided in favour of conservation,

this will need to be justified and considered with reference to the needs of other parts of nature, such as human beings.³⁷

Returning to the important issue of 'interest', the current debate is influenced heavily by Joel Feinberg and his 'interest principle'. Briefly, Feinberg considered that an entity could possess rights if it had the ability to be harmed or benefited and was conscious of such treatment. Feinberg notes, 'without awareness, expectation of belief, desire, aim and purpose, a being can have no interest; without interests, he cannot be benefited; without the capacity to be benefited, he can have no rights' (47). This principle restricts the category of potential right-holders to people and most nonhuman animals. In regard to the latter, Feinberg argued that they were not moral agents but possess interests and thus a right to have these interests respected. Plants, rivers, mountains and forests were excluded from Feinberg's rights community on the basis that they possess insufficient 'cognitive equipment' to possess interests, needs or wants (50). Even less deserving of rights were what Feinberg terms 'things'. He notes, '[i]t is absurd to say that rocks can have rights ... because rocks belong to a category of entities of whom rights cannot be meaningfully predicated' (60). People can still enact laws for environmental protection, however; these laws should be understood as a category of human interest and of human rights to benefit from nature.

One response to Feinberg's interest principle is the development of holistic philosophy, common to followers of Alfred North Whitehead, Gaia theory and Deep Ecology. From this perspective, everything in nature, down to the cells and atoms, has the potential for fulfilment" (Pág. 79-80).

De acuerdo con tal línea, hablar de derechos de la naturaleza supone una ruptura de la teoría clásica de los derechos subjetivos fundados en unos intereses con fundamento moral o jurídico según sea visto por el iusnaturalismo o iuspositivismo y contempla la posibilidad de dar un contenido holístico a la norma fundamental, de manera que desde una nueva forma de ver el derecho, el concepto de derechos subjetivos evolucione más allá de la noción de intereses, así lo explica Burdon (2011) al referirse al trabajo de Thomas Berry:

"Importantly, Berry was also keenly aware of the philosophical objections and wider literature on rights. However, he argued that it was the most effective and

³⁷ See further Sagoff, 'Do Non-Native Species Threaten the Natural Environment'.

long-term method for slowing the current environmental crisis. 'You begin from where you are', he said, 'the language of rights answers the legal establishment on its own terms' (qtd in Cashford 1). Berry was also aware that **legal concepts such as right are not static and can expand or change focus**. His definition of rights was far broader than conventionally employed at law. Speaking at the inaugural conference on Earth Jurisprudence, he noted, '[w]hen we use the term "rights" we mean the freedom of humans to fulfil their duties, responsibilities and essential nature and by analogy, the principle that other natural entities are entitled to fulfil their role within the Earth Community' (qtd. in Cullinan, 'Wild Law' 108).

Berry is an important example for current advocates of environmental rights. In particular he took seriously and sought to integrate the dialogue and objections raised by other environmental philosophers into his own theory of rights. Further, he viewed rights as an interim tool and began the work of evolving the concept toward a less adversarial and universalistic concept" (Pág. 86) (negrilla fuera de texto).

Siguiendo lo expuesto, la teoría de los derechos de la naturaleza surge de una nueva forma de comprender el derecho y con diferentes objetivos desde una perspectiva holística de la existencia, en efecto, por un lado encontrar soluciones desde el derecho para los problemas ambientales (incluidos aquellos relacionados con la explotación económica del inversionista extranjero) y, por otro lado, formular una visión integradora de las relaciones entre las diferentes especies en la tierra, dan paso esta clase de reformulaciones en la evolución del concepto de derechos subjetivos, que de materializarse conllevan a una reinterpretación de las relaciones económicas sobre la naturaleza.

Al referirse a estas tensiones entre la actividad económica y los derechos de la naturaleza resulta importante traer a colación el caso *Sierra v. Morton* decidido por la Corte Suprema de Justicia en 1972, en el que Sierra Club, en nombre del ambiente, buscaba la revisión judicial de la decisión administrativa que habilitó a Walt Disney para construir un complejo Resort en Mineral King Valley ubicado en las montañas de Sierra Nevada. El caso presentó una profunda discusión alrededor de la legitimación de Sierra Club para demandar en nombre del ambiente y aunque fue decidido en una votación 4-3 en contra de la asociación ambientalista, llamó la atención el disenso presentado por el Juez Douglas, quien desde entonces presentaba la posibilidad de extender personalidad jurídica al ambiente como si se tratase de una persona jurídica, habilitando una interpretación en la que efectivamente tenga intereses, tal como lo propone Burdon (2011).

Sin embargo, esta posición no quedó reservada los disensos jurisprudenciales planteados en los salvamentos de voto, el reconocimiento de «nuevas» subjetividades ha sido exitosamente debatido en sede legislativa, por ejemplo para el caso del Parque Te Urewera en Nueva Zelanda, que con la expedición de la ley que lleva su nombre en 2014 se reconoció como área protegida y sujeto de derechos.

Entonces, de la contextualización antes expuesta sobre el lugar que los derechos de la naturaleza tiene en un ordenamiento partiendo de la base de las relaciones entre los seres humanos con el ambiente se encuentra la necesidad de trascender el modelo antropocentrista que encuentra el fundamento de los derechos humanos en la satisfacción de las necesidades humanas, de modo que la subjetividad se reconoce igualmente en función de estas necesidades, pero simultáneamente trascender el modelo ecocentrista a efectos de concretar las implicaciones del daño ambiental como afectación al sujeto naturaleza a través de mecanismos que materialicen su subjetividad con un criterio integrador de justicia en el que los derechos del inversionista extranjero no son ajenos a los intereses de la naturaleza cuyos conflictos habrán de resolverse en una interpretación sistemática de la Constitución Política, reconociendo que su contenido supera el de contenido económico.

En esta medida, pasará a revisarse el modelo constitucional que promueve el desarrollo de la teoría de los derechos de la naturaleza, al ser este uno de esos intentos relevantes que han propugnado por trascender el modelo antropocéntrico liberal y dar eficacia a los derechos de la naturaleza en los asuntos públicos.

1.3.2 El modelo constitucional del buen vivir/vivir bien y los derechos de la naturaleza

Uno de los principales protagonistas de los esfuerzos por la racionalización del poder establecido en diferentes sociedades contemporáneas con el objetivo de lograr la humanización de las relaciones jurídicas a través de la incorporación de contenidos dogmáticos ha sido el constitucionalismo, como lo expone Roberto Viciano Pastor (2019):

“En Europa, las constituciones, tanto las democráticas como las deficientemente democráticas en su origen, sin embargo, lograron dotarse de gran legitimidad a través de la ampliación de derechos (sociales), de su nueva normatividad efectiva o de los mecanismos de intervención estatal en la economía que consiguieron, sobre todo en las primeras décadas, crear cauces reales de redistribución de la riqueza” (pág. 139).

Sin embargo, como es sabido, las sociedades difieren en sus tradiciones, costumbres y por tanto, la misma dinámica de democratización no genera las mismas consecuencias en todas ellas, por lo que mientras en Europa bajo una óptica liberal se replanteaban los mecanismos para hacer efectivo el Estado Social y el pacto Capital-Trabajo bajo la ampliación del catálogo de derechos, en América Latina se gestó el nuevo constitucionalismo latinoamericano desde los últimos años del siglo XX, que difiere de los esfuerzos europeos de racionalización del poder y se concentra en el mantenimiento de relaciones desde la naturaleza.

Dentro de las novedades del neoconstitucionalismo latinoamericano surge la necesidad de plantear soluciones ante la crisis ambiental a través del modelo constitucional del Buen Vivir/Vivir Bien como noción superadora del bien común y del Estado de bienestar. Este modelo le da un carácter protagónico necesario a la naturaleza, el cual ha sido plasmado, por ejemplo, en la carta constitucional de Ecuador (2008) y que fue tomado de las culturas aimara y quechua teniendo como finalidad vivir en equilibrio y armonía con lo existente, ya que no se puede vivir bien si los demás viven mal (Montaño & Storini, 2019, págs. 13-14).

En esta vía, llama la atención el caso boliviano que en su Constitución de 2009 incluye en su prólogo:

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia” (República Plurinacional de Bolivia, 2009).

Así, el artículo 8 de la Constitución Política de Bolivia adopta como principio ético-moral de la sociedad, entre otros, el *suma qamaña* o buen vivir, que interpretado armónicamente con las manifestaciones del preámbulo constitucional evidencia el deseo de construir un Estado con un fundamento de desarrollo decolonial, plural y respetuoso de la naturaleza, elevando a categoría constitucional el reconocimiento de la Pachamama como «otro sujeto» a considerar en los fines que se propone y dejando atrás los postulados del colonialismo y del neoliberalismo.

Como se mencionó anteriormente las nociones de “buen vivir” y “vivir bien” fue tomada de las expresiones quechua *Sumak Kawsay* y aymara *Suma qamaña*, que también se traduce

como pleno vivir, esta abarca la exigencia del respeto hacia la naturaleza, dejando de lado la sola relación armónica entre las personas y extendiendo esta relación hacia aquella y todo lo que en ella vive, exigiendo complementariedad y equilibrio (Zaffaroni, 2011, pág. 111). De esta manera la relación del ser humano con la naturaleza se debe repensar, pues el buen vivir busca el bienestar de las personas en sincronía con la supervivencia de las especies animales y vegetales de los diferentes ecosistemas.

A pesar que el *sumak kawsay* y el *Suma qamaña* son los concepto base utilizados para el modelo constitucional del Buen Vivir, no son lo único que se tiene en cuenta para llevarlo a cabo, pues para conseguir un verdadero buen vivir se deben tener en cuenta aportes de otras corrientes culturales, sociales y económicas que en su integralidad ayuden a ese equilibrio que se busca, claro que de todos estos aportes deben dejarse de lado, como expone Gudynas (2011) “aquellos anclados en posturas de dominación, manipulación o reduccionismo (pág. 243), por lo que el artículo 306 de la Constitución boliviana orienta su modelo económico a “mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos” (República Plurinacional de Bolivia, 2009).

Así, la aplicación de estos postulados constitucionales ha llevado a un nuevo nivel de análisis postconstituyente en Bolivia, que se ha reseñado desde el análisis del modelo extractivista y particularmente, postextractivista con las políticas de desarrollo de los gobiernos progresistas en este país, y sobre el que Gudynas y Acosta (2011) plantean un camino de implementación del buen vivir como alternativa al desarrollo que rompa con las continuidades que el postextractivismo implica respecto del modelo de desarrollo neoliberal y cuestione el dogma según el cual el crecimiento es la vía del desarrollo, que en la práctica ha continuado con una política depredadora de la naturaleza pero con una reinversión de las rentas en programas e inversiones sociales, aspectos sobre los que Schavelzon (2015) destaca:

“la incompatibilidad del Buen Vivir con el extractivismo no se debe sólo a que depreda la naturaleza, sino a que mantiene una estructura laboral explotadora de la mano de obra, a la que tampoco le asegura un empleo adecuado. Para estos autores, la organización misma de la economía debe cambiar en un escenario donde ni el mercado ni el Estado son la solución. Para evitar una sociedad mercantilizada, proponen una relación dinámica y constructiva entre mercado, Estado y sociedad, sin subordinación de la sociedad que derive en egolatrismo individualista. Acosta y Gudynas, en la propuesta post-

extractivista buscan escapar de una economía controlada por monopolios especuladores, tanto como de una visión estatista a ultranza de la economía (Acosta y Gudynas 2011)” (Pág. 261).

En esta medida, si bien el modelo boliviano de buen vivir/vivir bien se desarrolla en postulados teóricos de comunidad, pluralismo y reconocimiento de nuevas subjetividades, ha presentado debilidades en su concreción económica, en la que, si bien se presentan las transformaciones de tránsito de un modelo extractivista neoliberal a uno postextractivista, no se ha materializado en una alternativa de desarrollo en sentido estricto, como se pretende desde la teoría, y por el contrario ha mantenido el extractivismo como vehículo de obtención de rentas. Si bien el abandono de los presupuestos neoliberales permite un cambio de actores, en la que el inversionista extranjero desaparece o pierde protagonismo, lo que implica el decrecimiento de la importancia que tienen los estándares concebidos para su protección, al final de la actividad económica desarrollada directamente por el Estado la responsabilidad ambiental recae en el mismo Estado.

Otro ejemplo de tales presupuestos sincrónicos de aplicación del buen vivir/vivir bien aparece en el texto constitucional de Ecuador de 2008, que reconoce a la naturaleza más allá del derecho a un medio ambiente sano que hace parte de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, los cuales van dirigidos a las personas, y también le otorga la calidad de sujeto de derechos, obteniendo de manera sustantiva un reconocimiento de derechos propios centrados en ella (Gudynas, 2011, pág. 232-235).

El Buen Vivir en la constitución de Ecuador (2008) aparece desde su preámbulo, donde se expresa “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*” que obliga a reflexionar los parámetros de desarrollo y la utilización de los recursos hacia una economía solidaria con la naturaleza. En este sentido, Florencia Martini (2011) indica que el concepto de Buen Vivir está relacionado con nuevas formas de organización y un nuevo concepto de desarrollo en el que se deben expandir las capacidades individuales y colectivas de la sociedad para lograr aquella armonía (Pág. 3). En ese sentido, Eduardo Gudynas (2011) hace referencia a que un test de validez del Buen Vivir debe tener en cuenta la interpretación de la naturaleza y su articulación a las políticas de desarrollo (Pág. 240)

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos que tiene la naturaleza no implica que los bienes ambientales y naturales puedan ser administrados por el ser humano para los usos necesarios encaminados a su supervivencia, sino que se refieren a la conservación de los ciclos ecológicos y al cuidado de la vida de las diferentes especies que hagan parte de cada ecosistema que se utilice para provecho humano, lo que se traduce en que bajo tal

modelo constitucional el interés humano se encuentra condicionado por el interés del sujeto naturaleza.

Los derechos de la naturaleza también son llamados derechos ecológicos, para diferenciarlos de los derechos ambientales, que hacen parte de los derechos humanos ambientales. Estos no existen solo con el fin de proteger especies o áreas naturales en peligro sino en general para blindar los ciclos vitales de la naturaleza y sus diferentes procesos evolutivos. El autor también indica que a pesar de la separación que existe entre derechos ecológicos y derechos ambientales, estas dos justicias deben ser aplicadas, la ambiental para las personas que se hayan visto afectadas con el respectivo daño y la ecológica para la restauración del respectivo ecosistema afectado (Acosta & Martínez, 2017, pág. 2943). Así pues, son justicias que se encuentran vinculadas para que a la hora de reparar se logre un Buen Vivir para cada actor dañado por acción o por omisión.

Sobre los derechos ambientales Gregorio Mesa (2019) ha precisado que:

“pueden ser conceptualizados principalmente como los diversos límites a las actividades humanas, empezando por las productivas, que desde los principios ambientales (de prevención, precaución, sostenibilidad, responsabilidad, solidaridad, incorporación de la dimensión ambiental en la toma de decisiones, fideicomiso ambiental, entre otros) establecen los estándares y requerimientos para sacar de la naturaleza (extracción, exploración, explotación, uso, producción, apropiación, intercambio y consumo) y devolverle a la naturaleza (emisiones, residuos, desechos y contaminaciones) se haga en cumplimiento de lo mandado por la Constitución, las leyes ambientales y los tratados internacionales (bloque de constitucionalidad) para garantizar el derecho al ambiente sano y los demás derechos ambientales” (Mesa, 2019).

Sin embargo, en la práctica el modelo constitucional, por lo menos en el caso de Ecuador, no ha sido suficiente cuando se enfrentan los derechos de la naturaleza con los intereses económicos transnacionales. Sobre este punto es importante traer a colación el caso de Texaco-Chevron en Ecuador, en el que como consecuencia de la explotación de petróleo de la selva amazónica ecuatoriana entre 1962 y 1992 se produjeron una serie de daños al ambiente, que fueron así reconocidos por diferentes sentencias que fueron posteriormente llevadas a control de la Corte Constitucional de Ecuador (2018), quien en decisión de julio de 2018, en la que decisión del que fue conocido como el Caso Lago Agrio, afirmó:

“en materia de daño ambiental, la no reparación en el tiempo de un hecho contaminante podría inclusive tener efectos más gravosos que aquellos producidos al momento del daño. En el presente caso, se puede ver cómo lo

que se juzga y sanciona son los hechos ocurridos y aquellos que van naciendo como producto de la contaminación, así, por ejemplo, se sancionan las muertes, enfermedades y descomposición social ocurridas durante todo este periodo de tiempo en el que Chevron se ha negado a reparar el daño. Es por eso que se presentan serias dudas respecto de cómo opera en materia ambiental y, específicamente, en este caso, la temporalidad de las normas sustantivas. Esta duda que se ha planteado es la que la Corte Constitucional estima que justifica la elección de la norma más favorable a la satisfacción de los derechos ambientales. Ha quedado demostrado que en el presente caso se dan los presupuestos necesarios para que opere el principio pro natura (...)"

El máximo órgano de la jurisdicción constitucional ecuatoriana reconoce entonces la aplicación del principio pro natura en la interpretación de las relaciones de inversión extranjera, pese a lo cual posteriormente el inversionista lleva dicha decisión a tribunal arbitral, invocando la violación del acuerdo de inversiones celebrado entre Ecuador y Estados Unidos en 1993, cuya entrada en vigor ocurrió en 1997, es decir, ambas fechas - la de celebración y la de entrada en vigor-, con posterioridad a la terminación de la operación del inversionista en el Estado; tal controversia fue decidida mediante laudo del 30 de agosto de 2018, en el que se emitieron las siguientes ordenes:

“ 10.13 The Respondent shall, to the satisfaction of the Tribunal and as unconditional obligations of result (save where otherwise indicated):

(i) Take immediate steps, of its own choosing, to remove the status of enforceability from the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts);

(ii) take immediate steps, of its own choosing, to preclude any of the Lago Agrio Plaintiffs, any “trust” purporting to represent their interests (including the “Frente de Defensa La Amazonia”), any of the Lago Agrio Plaintiffs’ representatives, and any non-party funder from enforcing any part of the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts), directly or indirectly, whether by attachment, arrest, interim injunction, execution or howsoever otherwise;

(iii) on notice from the First or Second Claimants, advise promptly in writing any State (including its judicial branch), where the Lago Agrio Plaintiffs may be seeking directly or indirectly, now or in the future, the enforcement or recognition of any part of the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) of this Tribunal’s declarations and orders regarding the Respondent’s internationally wrongful acts comprising a denial of justice resulting from the Lago Agrio Judgment (as thus decided); and, for this

purpose (being required by legal duty or to pursue a legal right), any Party shall be entitled, notwithstanding Article 32(5) of the UNCITRAL Arbitration Rules, to disclose to the State’s judicial branch (on whatever terms that its courts may order) a copy of this Award and its earlier awards, orders and decision;

(iv) abstain from collecting or receiving, directly or indirectly, any proceeds from the enforcement or recognition of any part of the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) within or without Ecuador;

(v) return promptly to the First Claimant any such proceeds that (notwithstanding the foregoing) come into the Respondent’s custody, possession or control;

(vi) take corrective measures, of its own choosing, to “wipe out all the consequences” of all the Respondent’s internationally wrongful acts in regard to the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts), within the meaning of Article 31 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, excepting only reparation in the form of compensation (as to which, see Section E below);

(vii) comply with its obligations towards the First Claimant and the Second Claimant as “Releasees” under the 1995 Settlement Agreement, in accordance with Article II(3)(c) of the Treaty; and

(viii) subject to further order of this Tribunal in Track III, make full reparation in the form of compensation for any injuries caused to the First Claimant and the Second Claimant by the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate Court, Cassation and Constitutional Courts)” (Texaco-Chevron v. Ecuador. Second Partial Award on Track II, 2018).

Es entonces evidente que la decisión del tribunal arbitral constituyó una limitación excesiva de la soberanía estatal y en concreto, un obstáculo a los derechos de la naturaleza reconocidos por la Constitución de 2008, pues a efectos de que el daño ambiental pudiese ser reparado y en tal medida se pudiese hablar de la vigencia de los derechos de la naturaleza en el contexto reconocido constitucionalmente por la decisión del Lago Agrio, “[t]ras conocer el laudo, y sin hacer público el escrito de impugnación del mismo, el

gobierno del presidente Lenín Moreno anunció en febrero de 2019 que el Estado iba a asumir la remediación de los pasivos ambientales dejados por Chevron en la Amazonía” (Guaman & Aparicio, 2019, pág. 262).

De lo expuesto se observa que la consagración de los derechos de la naturaleza en el orden constitucional e incluso la adopción de criterios como el principio pro natura en los tribunales constitucionales, no resultan esfuerzos suficientes para la construcción de un camino que permita la reinterpretación de las relaciones entre los actores económicos y especialmente entre el inversionista extranjero y la naturaleza, pues en casos como el de Lago Agrio la reparación del daño ambiental a efectos de garantizar los derechos de la naturaleza implicó la adopción de acciones y esfuerzos económicos adicionales para el Estado o en casos como el boliviano, la desvinculación del modelo extractivista ha venido siendo sustituida por el cambio de destinación en las rentas derivadas de la extracción para la que, en el mejor de los casos, se evita dar un lugar al inversionista extranjero, pero que en todo caso, se mantiene dentro de los presupuestos que han ocasionado daños ambientales significativos que el Estado se visto en el deber de reparar.

En tales términos, los esfuerzos de los tribunales constitucionales en Latinoamérica, así como la implementación de postulados constitucionales desde gobiernos progresistas, no se han traducido en crear las condiciones necesarias para la efectividad de sus decisiones o de esos postulados constitucionales, pues como se deriva del caso antes expuesto, las limitaciones del Estado en sus capacidades de actuar frente a las conductas ambientalmente dañinas están limitando el alcance del nuevo constitucionalismo latinoamericano y no han incidido como sería esperado en el escenario arbitral, en el que continúa primando la visión economicista de los acuerdos comerciales, por lo que la solución próxima a la vista ha sido profundizar un modelo nacionalista que modifica los presupuestos de análisis de esta investigación y que en todo caso, en la práctica implica un cambio de actores y no necesariamente un cambio de consecuencias.

1.3.3 Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana

En el caso colombiano, a diferencia del caso ecuatoriano, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no tiene origen constitucional, sino que, con base en diferentes elementos jurídicos y epistemológicos la jurisprudencia ha desarrollado tal concepto. En efecto, con base en instrumentos jurídicos como la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el hábitat humano, el informe Brundtland de 1987 o epistemológicos como la encíclica Laudato Sii, la jurisprudencia ha interpretado el derecho a un ambiente sano y el deber de su protección y en general las obligaciones estatales en materia ambiental en favor del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

La primera sentencia colombiana que se refiere a los derechos de la naturaleza es la T-622 del 10 de noviembre de 2016, proferida por la Sexta Sala de Revisión de la Corte Constitucional (2016), que estudió la violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes por la explotación minera y forestal ilegales de la zona.

Tal como lo señala Silvia Bagni (2018), la Corte Constitucional partió de la cláusula del Estado Social de Derecho, para realizar un análisis conjunto de la constitución ecológica y la constitución cultural y de tal manera dar lugar al concepto de derechos bioculturales. En tal sentido, la autora citando a Kabir Sanjay Bivakatte y Tom Bennett (2015) se han referido a tal construcción como “los derechos de comunidades étnicas (por lo tanto, no sólo indígenas, sino también afrocolombianas) a administrar y ejercer tutela sobre sus territorios y sobre los recursos naturales que conforman su hábitat, de acuerdo con sus propias leyes y costumbres” (pág. 42) y con base en tal concepto reconocer como sujeto de derechos al río Atrato.

No obstante, la jurisprudencia no ha sido pacífica en aplicar elementos del modelo acogido por la Corte Constitucional en tal sentencia T-622 de 2016 en otras decisiones sobre el particular, por ejemplo, en el caso del Oso Chucho, un oso de anteojos ubicado en situación de cautiverio indefinido en el Zoológico de Barranquilla y en favor de quien se interpuso una acción de habeas corpus que buscaba garantizar su derecho a vivir en un ambiente propio para su especie. Tal acción fue conocida en segunda instancia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 26 de julio de 2017 con radicado AHC4806-2017 concedió la protección invocada con un claro enfoque ecocéntrico y citando a Tim Ingold (2011) indicó:

“Para esta Sala, es urgente distensionar las fronteras entre el hombre y la naturaleza, entre lo humano y lo no humano, aniquilando la separación también, entre lo cultural y lo natural, entre todos los sujetos de derecho. No dar éste paso, es mantener y concitar la destrucción inmisericorde de nuestro hábitat natural” (Corte Suprema de Justicia, 2017, pag. 25).

Sin embargo, posteriormente la Fundación Botánica y Zoológica de Barranquilla interpuso acción de tutela en contra de la citada sentencia por violación del derecho fundamental al

debido proceso y mediante sentencias del 04 de agosto de 2017 y 17 de septiembre de 2017 las salas de casación laboral y penal de la Corte Suprema de Justicia concedieron el amparo invocado, revocando las decisiones adoptadas en el trámite de habeas corpus. Tales fallos de tutela fueron estudiados por la Corte Constitucional en sede de revisión mediante la sentencia SU-016 de 2020, que confirmó las decisiones de primera y segunda instancia en el trámite de tutela.

Esta decisión de la Corte Constitucional (2020) en la que aunque se reconoce que “la Corte toma nota de que actualmente el ordenamiento jurídico no contempla un instrumento de naturaleza judicial diseñado específicamente para debatir sobre las condiciones de bienestar de los animales”, confirmó la decisión de improcedencia de la acción con fundamento en que:

“en este caso el escrutinio judicial no se centra en la ilegalidad o en la arbitrariedad de la detención de una persona, que es el presupuesto básico del *habeas corpus*, ya que lo que se discute son las condiciones de cautiverio un animal silvestre, que por lo demás, se desenvuelven en el marco de la normatividad, y, al menos *prima facie*, su estancia en el Zoológico de Barranquilla se estableció luego de cumplirse a satisfacción todos los protocolos y exigencias legales.”

La sentencia SU-016 de 2020 resulta especialmente problemática después de haber proferido la sentencia T-622 de 2016 que invita a dar un paso hacia el giro ecocéntrico, pues tal como lo indica el salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo a la decisión de 2020

“la mayoría simplemente continuó presuponiendo el significado clásico del concepto de *persona* y, a partir de allí, derivó las demás consecuencias fácilmente, pese a que la providencia de *habeas corpus* que se cuestionaba en la acción de tutela y la discusión planteada a lo largo de este trámite aportaban elementos que le permitían a la Corte Constitucional hacer efectiva la protección de animales no humanos como el oso Chucho. Si la acción de tutela tenía por objeto cuestionar una providencia judicial que había efectuado esfuerzos argumentativos para justificar el porqué de la *apertura* de una acción constitucional, la forma de afirmar que tal pronunciamiento era incorrecto y, por tanto, incurría en un defecto, era asumir una carga justificativa suficiente, lo que no ocurrió en este caso, pues la Sentencia SU-016 de 2020 evadió el debate de fondo”.

El reproche realizado a tal decisión además guarda sentido en la medida que con posterioridad al 2016 otras autoridades jurisdiccionales, diferentes a la Corte Constitucional, han reconocido como sujeto de derechos a otros ecosistemas, entre ellos, se destaca el reconocimiento a la Amazonía realizado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SCT-4360 del 05 de abril de 2018, en la que en sede de tutela se estudió la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud y medio ambiente sano, amenazados por la deforestación, acaparamiento de tierras, cultivos ilícitos, extracción ilícita, infraestructuras y cultivos agroindustriales, además de la extracción ilegal de madera en la región de la Amazonía.

En el estudio de los hechos expuestos en la acción de tutela la Corte Suprema de Justicia consideró que

“el ordenamiento está pasando de un modelo antropocéntrico de derecho ambiental ("homomensura autista antropocentrismo") a un modelo "ecocéntrico antrópico". Sin embargo, el núcleo duro de la motivación es distinto y se sitúa en el principio de solidaridad, declinado tanto hacia la Naturaleza, cuanto, y sobre todo, hacia las generaciones futuras. En algunas de sus partes, la motivación parece casi mística. El juez se refiere a la necesidad de tutelar el "prójimo", quien es alteridad, y su esencia son las demás personas que habitan el planeta, abarcando también a las otras especies animales y vegetales, y los sujetos todavía no nacidos” (Bagni, 2018, pag. 44).

En tal contexto, es importante indicar que no solamente las altas cortes colombianas han reconocido como sujetos de derechos algunos de los ecosistemas nacionales, pues ante diferentes situaciones de daño ambiental expuestas a las autoridades jurisdiccionales se

han reconocido como sujetos de derechos a los ríos Cauca³⁸, Magdalena³⁹, Quindío⁴⁰, Pance⁴¹, La Plata⁴², Otún⁴³, el páramo de Pisba⁴⁴, los afluentes Coello, Combeima y Cocora⁴⁵ y el Vía Parque Isla de Salamanca⁴⁶, entre otros. Sin embargo, la materialización práctica de dichas decisiones en términos de reinterpretar las relaciones socioeconómicas y culturales a su alrededor son un asunto que corresponde a su seguimiento y que no cuenta con antecedentes absolutamente exitosos en Colombia.

De acuerdo con lo expuesto, la noción de derechos subjetivos ha sido reinterpretada al contemplar una noción amplia del “sujeto”, por influencia de las tradiciones del sur global y en ruptura de la tradición europea continental antropocéntrica, lo cual se ha manifestado principalmente en el constitucionalismo latinoamericano, para el caso de Ecuador a través del modelo del buen vivir y en el colombiano a través de la jurisprudencia de las altas cortes, teniendo en este último caso la decisión del Río Atrato que inició el giro hacia una nueva forma de entender los sujetos de derechos, que pasará a ser analizada en su contenido simbólico y en su implementación práctica más adelante.

Así, antes de adentrarse en el análisis de la sentencia T-622 de 2016 y su cumplimiento es pertinente anticipar que una de las dificultades en la adopción de un modelo ecocéntrico que aborde la perspectiva económica, está relacionada con la inconsistencia de las decisiones judiciales en materia de derechos de la naturaleza. En efecto, si bien se contextualizó sobre el alcance de la categoría de “sujeto de derechos” con base en el

³⁸ Declarado sujeto de derechos mediante la sentencia No. 038 de 2019 del Tribunal Superior de Medellín.

³⁹ Declarado sujeto de derechos en 2019 mediante sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva.

⁴⁰ Declarado sujeto de derechos en 2019 mediante sentencia del Tribunal Administrativo de Quindío.

⁴¹ Declarado sujeto de derechos en 2019 mediante sentencia del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

⁴² Declarado sujeto de derechos en 2019 mediante fallo de tutela del Juzgado Único Civil Municipal de La Plata

⁴³ Declarado sujeto de derechos en 2019 mediante fallo de tutela del juzgado cuarto de ejecución de penas de Pereira

⁴⁴ Declarado sujeto de derechos en 2018 mediante sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá.

⁴⁵ Declarados sujetos de derechos en 2019 mediante sentencia del Tribunal Administrativo de Tolima.

⁴⁶ Declarado sujeto de derechos en 2020 mediante sentencia STC3872-2020 de la Corte Suprema de Justicia.

nuevo constitucionalismo latinoamericano, el caso colombiano difiere del documentado en países como Ecuador, más allá de su origen constitucional o jurisprudencial, pues la experiencia colombiana ha demostrado ser mucho más sutil y lenta al proponer el abandono del antropocentrismo, que no es una postura consolidada, como se deriva de la ambivalencia en el reconocimiento a los derechos del Oso Chucho, dificultando la materialización de las decisiones judiciales sobre el asunto, dejando un alto riesgo de que queden como simples reconocimientos formales.

En línea de lo expuesto hasta este punto, se encuentran los siguientes riesgos que representa el desarrollo de actividades de inversión extranjera en el ambiente para la noción de derechos de la naturaleza, en el contexto de la solución de controversias en sede de arbitraje de inversiones: (1) la cesión de soberanía a organismos transnacionales a través de la suscripción de instrumentos internacionales de contenido económico que restringen el marco de acción de las funciones regulatorias del Estado; (2) la limitación de los estándares de responsabilidad del inversionista extranjero en el contexto local, que repercute en la capacidad sancionatoria del Estado, so pena de comprometer su responsabilidad internacional; (3) el enriquecimiento del inversionista extranjero como producto de la apropiación y explotación de la naturaleza bajo una reducida probabilidad de reparación integral; (4) la ambivalencia de las decisiones judiciales administrativas en la materia que pese a contar con claro precedente en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza carecen de instrumentos para concretar los postulados teóricos y (5) como consecuencia de lo anterior, la ineficacia de los derechos bioculturales como vehículo de concreción de los derechos de la naturaleza para el reconocimiento de su subjetividad.

1.3.4 Los derechos del Río Atrato

Los derechos del río Atrato fueron reconocidos por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-622 de 2016, en la que además de tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de los accionantes, también se reconoció “al Río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Corte Constitucional, 2016), dada la afectación estudiada en tal acción constitucional, derivada de la actividad minera ilegal que se ejerce en el territorio.

Sin embargo, es importante destacar que la afectación a los ecosistemas no solamente puede provenir de la actividad minera ilegal, y si bien esta sirvió como fundamento para declarar al Río Atrato como sujeto de derechos, los efectos de tal declaratoria no se limitaron a los hechos expuestos, por lo que el daño ambiental que puede ser causado por otros actores o derivado de otras actividades, como la inversión extranjera, que también deberá ser analizada bajo la postura del giro ecocéntrico que fundamentó la decisión judicial.

La zona de influencia del Río Atrato ha sido centro de atención para diferentes proyectos de inversionistas extranjeros, tal es el caso del Proyecto Minero Mandé Norte adelantado por la Muriel Mining Corporation, el Proyecto minero Dojurá adelantado por la Continental Gold Colombia y AngloGold Ashanti o el Proyecto minero Bajo Atrato adelantado por GoldPlata y Minerales del Darién (Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, p. 24), por lo que a partir del reconocimiento del Río Atrato como sujeto de derechos conviene precisar la influencia de las actividades de inversión extranjera y el medio para hacer efectivos tales derechos cuando sean vulnerados por el inversionista extranjero, en el contexto del giro ecocéntrico, esto es, desde una perspectiva amplia de la reparación y restauración pero también desde la prevención, tal como buscó ser garantizado por la Sentencia T-622 de 2016.

Ante esta situación, surge la necesidad de precisar cómo inciden los riesgos identificados en el desarrollo de estas actividades de inversión extranjera en el Río Atrato y cómo al asegurar la vigencia de los derechos de la naturaleza se asegura su mitigación. A efectos de revisar el riesgo concreto que representan tales iniciativas privadas sobre la zona de influencia del Río Atrato de cara a la garantía eficiente de los derechos del Río Atrato y de la consolidación de la teoría de los derechos de la naturaleza en Colombia, vale la pena traer a colación las ordenes concretas a través de las cuales la Corte Constitucional (2016) consideró que se garantizaría el giro ecocéntrico y su seguimiento.

En síntesis, la decisión de la Corte Constitucional contempló que los derechos del Río Atrato podrían ser efectivamente garantizados con el desarrollo de 3 planes: uno de descontaminación, uno de erradicación de la minería ilegal y un plan de acción integral para la recuperación del Río Atrato, además del establecimiento de la línea base de indicadores ambientales para determinar el progreso de las condiciones del Río, cuyo cumplimiento debe ser seguido por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, que en su último informe (2020) evidenciaron que entre las dificultades relevantes de la implementación de las ordenes de la Sentencia T-622 de 2016 se encuentra la falta de coordinación entre las autoridades de los diferentes niveles y sus planes de desarrollo, así como la ausencia de mecanismos efectivos de participación de las comunidades y de la ciudadanía en general, que se sumaron a los obstáculos para hacer del cumplimiento de esta decisión un proyecto

financieramente sostenible con el fin de garantizar los derechos de la naturaleza, dados los conflictos de orden público y el abandono de la asistencia del Estado (Wesche, 2021).

Así, por ejemplo el informe de la Comisión de Seguimiento (2020) evidenció algunas dificultades en la edición y publicación del Plan de descontaminación del Río Atrato, sumado a que las dificultades de coordinación entre el Plan y los planes de desarrollo de los entes territoriales hacen compleja la obtención de “victorias tempranas” en su implementación y dificultan el seguimiento por parte de la ciudadanía.

Con respecto al Plan de erradicación de la minería ilegal que afecta la zona de influencia del Río Atrato, previsto por la orden sexta de la sentencia T-622 de 2016, se observa que los comentarios del Comité de seguimiento (2020) se centran en la dificultad de recopilación de información, situación lógica cuando se trata de una actividad ilegal en una zona de conflicto que se caracteriza por la dificultad de la presencia institucional, en todo caso, se observa que estrategias como los operativos de la fuerza pública y su financiación no han identificado parámetros participativos que reconozcan la bioculturalidad que busca garantizar la orden de la Corte Constitucional, lo que deviene en un riesgo de que la misma sea implementada desde estrategias antropocéntricas, dejando de lado el fundamento que la decisión de tutela adoptó.

Sobre el Plan de Acción Integral para la recuperación de tradiciones, se observa que si bien el Comité de seguimiento (2020) reconoce algunos esfuerzos iniciales por dar cumplimiento a la decisión, ellos no pasan de ser un interés desorganizado de diferentes organizaciones que dejan en inminente incumplimiento el desarrollo e implementación del Plan que constituye la garantía efectiva de los derechos bioculturales, que entre otras cosas, no ha considerado la influencia de las relaciones económicas antropocéntricas en las tradiciones que se buscan recuperar.

Y finalmente, en relación con los estudios que permiten determinar la línea base de indicadores ambientales, el Comité de Seguimiento (2020) encontró que los convenios celebrados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible no permiten tener por cumplida la orden octava de la sentencia T-622 de 2016 y por tanto a la fecha no se cuentan con unos referentes objetivos y concertados con las comunidades sobre el avance de la situación de los derechos amparados al Río Atrato.

Aunque los efectos de la sentencia T-622 de 2016 no han sido consolidados en los términos de lo ordenado en su parte resolutive, llama la atención que a partir del avance de los estudios realizados, los planes implementados y la recuperación que a través de operativos adelantados por la fuerza pública y a través de la implementación de mecanismos como los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), se han

adelantado esfuerzos desde el orden nacional para la promoción del desarrollo económico con responsabilidad ambiental a través de estrategias de inversión⁴⁷, que ponen la implementación del enfoque ecocéntrico y los derechos bioculturales en situación de riesgo de contradicción con los intereses económicos antropocéntricos que han orientado la política económica en Colombia, lo cual se ve agravado por el precario avance para el la restauración del daño y el restablecimiento de la situación ambiental que ya ha sido encontrado en la zona.

En síntesis, es posible concluir que del desarrollo de la Constitución Política en su parte ambiental en los últimos años se ha procurado fortalecer la eficacia del derecho al ambiente sano a través de la incorporación jurisprudencial de los derechos de la naturaleza, que acudiendo al concepto de derechos bioculturales fortaleció el contenido social de la Carta Política a efectos de sobrellevar desde una perspectiva ecocéntrica las crisis ambientales que amenazan con poner en grave riesgo la existencia humana en la forma que hoy es conocida, sin embargo, dichas aspiraciones han encontrado un fuerte limitante en las operaciones económicas manifestadas en: (a) un modelo económico enfocado en la promoción de la inversión extranjera a través de la inclusión del Estado en un sistema transnacional de estándares para la toma de decisiones, (b) la falta de concreción de criterios para la materialización de las decisiones judiciales sobre derechos de la naturaleza y (c) la ambivalencia de las autoridades judiciales en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, ello evidencia al menos las siguientes tensiones de un mayor a menor grado de concreción:

- (i) Tensión 1: Constitución económica vs. Constitución ambiental.
- (ii) Tensión 2: Derechos de los inversionistas extranjeros vs. derechos de la naturaleza.
- (iii) Tensión 3: Criterios para solución de controversias de arbitraje de inversiones vs. Criterios para el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

Entonces, la relación entre los derechos de la madre tierra y la intervención de los inversionistas extranjeros sobre ella en Colombia involucra diferentes tensiones que según el enfoque en que sean interpretados favorecen en mayor o menor grado la efectividad de aquellos. En tal medida, la jurisprudencia que da origen a los derechos de la madre tierra en Colombia, específicamente del Río Atrato, se ve relativizada en su aplicación ante el riesgo de causación de un daño ambiental por la intervención ambiental del inversionista extranjero en ausencia de planes efectivos que hagan frente a las debilidades que la experiencia ha comparada ha demostrado en la práctica de los efectos de tales relaciones

⁴⁷ Veanse las declaraciones del Ministro de Ambiente sobre “En Chocó se presentaron avances de la sentencia que protege el río Atrato”. <https://www.minambiente.gov.co/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/en-choco-se-presentaron-avances-de-la-sentencia-que-protege-el-rio-atrato/>

2.CAPÍTULO 2: EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN LA MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Una vez establecidas las tensiones que la adopción e implementación de las políticas de inversión extranjera como vehículo de desarrollo económico generan respecto de los derechos de la naturaleza, reconocidos en Colombia a partir del caso del Río Atrato, a continuación se caracterizarán los fundamentos de una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza, ante los riesgos de daño ambiental derivados de la inversión extranjera, desde el ambientalismo y los estándares de responsabilidad de los inversionistas extranjeros que conduzcan a concretar parámetros para su exigibilidad.

La preocupación de las consecuencias del daño ambiental que cause o llegare a causar el inversionista extranjero en un escenario de soberanía estatal corporatizada y limitadas facultades regulatorias y sancionatorias a efectos de dotar a los derechos de la naturaleza de efectividad, requiere ser conjurada, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana, desde el ecocentrismo, que como se verá, para ser compatible con un cambio dogmático y material, deberá ser tenido como ambientalismo político, y dentro de esta postura hermenéutica reconociendo al derecho como un instrumento de uso alternativo.

El uso alternativo del derecho será empleado como una postura emancipadora en la que las instituciones jurídicas contribuyan a la solución de los problemas que limiten la consolidación de un modelo democrático del Estado Social de Derecho (Laso, 1978). En el caso concreto de esta investigación, se traducirá en el planteamiento de los fundamentos de una alternativa desde el derecho y otras disciplinas, para la reivindicación de los derechos de la naturaleza, que conduzca a la consolidación de un modelo que comprenda los derechos de la naturaleza como derechos ambientales contribuyendo a la mitigación de los riesgos del daño ambiental derivados de la implementación y consecuencias de un modelo económico fundado en la inversión extranjera como fuente de crecimiento económico y a su vez en este como medida de desarrollo.

2.1 Ambientalismo político: Una visión integradora de la propuesta ecocéntrica

Cuando se trata de proteger el ambiente son diversas las corrientes que permiten un análisis de las crisis ambientales, como las concepciones antropocéntricas y biocéntricas, que se concretan desde el medioambientalismo, ecologismo superficial o *shallow ecology* de corte capitalista, que sin cuestionar el modelo de dominación colonial y apropiación natural ha presentado algunas propuestas superficiales de corrección partiendo de los mismos presupuestos neoliberales, hasta la propuesta del ecologismo radical o *deep ecology* que fundada en un ecocentrismo radical ha propugnado por la originalidad de los paisajes al margen de la existencia humana.

Así, los movimientos ambientalistas y ecologistas han buscado solución a las crisis ambientales desde diferentes vías, Gregorio Mesa (2019) distingue con base en Lemkow (2002) tres tendencias de los movimientos ecologistas y ambientalistas:

“el *ecologismo de tendencia autoritaria-tecnocrática* que le fija al Estado el papel de asumir el control centralizado de las decisiones en esta materia; el *ecologismo de tendencia liberal-reformista*, que precisa que el control ambiental se puede lograr mediante decisiones racionales para la reducción del derroche energético, sin que implique hacer cambios sustanciales en el estilo de vida, y el *ecologismo de tendencia alternativa*, que recalca la necesidad de una sociedad descentralizada e igualitaria como respuesta más idónea a la escasez de recursos y a los problemas ambientales” (Pág. 288-289).

Con base en dicha clasificación se ha considerado pertinente estructurar la propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza ante los riesgos de la inversión extranjera partiendo de los presupuestos que propugna la ecología política (entendida como ambientalismo político), reconociendo la necesidad de cambios desde el modelo de apropiación y consumo promovido por el neoliberalismo, y con él, las relaciones entre diferentes actores, como la empresa transnacional y también el contenido político que implica la participación del ser humano en los ecosistemas y en el ambiente en general, sin caer en reduccionismos del problema ambiental ni en idealizaciones que desconozcan el rol activo del ser humano en el ambiente.

Por tanto, la experiencia comparada de difícil aplicación de un modelo plurinacional en Bolivia, que en un estudio post-constitucional ha evidenciado el riesgo de devenir en la centralización de un modelo postextractivista, así como la falta de cambios sustanciales en la forma de vida y con ella en la actualización normativa de las relaciones con los inversionistas extranjeros en Ecuador, hace necesario descartar el centro de la propuesta de las tendencias autoritaria-tecnocrática y liberal-reformista, desviando la atención a una tendencia alternativa en la que se reconozca que la conjuración de los conflictos socioambientales pasa por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el contexto de los derechos ambientales.

Andrade (2015) al analizar las experiencias boliviana y ecuatoriana de gobernanza ambiental ha concluido que:

“Las experiencias boliviana y ecuatoriana muestran que si bien se pueden crear nuevas formas de regulación de la explotación y uso (de las rentas) de recursos naturales, éstas tienen como prioridad la preservación del acceso de los Estados a dichas rentas y por implicación de las actividades extractivas en sí mismas. Este peso diferencia la gobernanza ambiental en varios niveles, siempre y cuando su existencia no comprometa el circuito de reproducción del Estado rentista, esto es el ciclo de extracción, rentas y distribución” (Pág. 161).

De acuerdo con lo anterior, es importante recordar que las problemáticas que han dado lugar al reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Colombia no se reducen al nivel ecológico, sino que por el contrario, en las crisis ambientales que han suscitado el debate sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza confluyen una multiplicidad de causas ambientales, que de suyo implican factores sociales, políticos, económicos y culturales, que hacen necesario prestar atención a los intereses promovidos por el norte global, para la adaptación de sus estrategias de inversión extranjera en el Sur, así como a los intereses perseguidos por los países del Sur, asunto sobre el que se ha destacado que

“Pese a que los intereses entre el Norte y el Sur parezcan distintos (los problemas ambientales más graves y prioritarios del Norte –lluvia ácida, efecto invernadero y disminución de la capa de ozono– no lo son en igual grado para los países del Sur, donde la degradación ambiental –deforestación, desertización, erosión– está asociada con la sobreexplotación y empobrecimiento de la mayoría, el desempleo y la pérdida de recursos), la generalización en el Sur de las prácticas productivas del modelo industrial del

Norte está llevando a la crisis ambiental global con problemas e implicaciones globales y generales” (Mesa Cuadros, 2019, pág. 291).

La aproximación a estos problemas desde la óptica geopolítica del norte y el sur global pueden ser comprendidas desde la diferencia entre el ambientalismo y el ecologismo, sobre la que el profesor Gregorio Mesa (2019) ha afirmado que:

“el *ambientalismo* es la visión teórica, ética, filosófica, política e ideológica que se basa en un compromiso serio por la ‘conservación’ del ambiente en general y de los bienes naturales y sociales en particular, pero con un horizonte de sentido esencialmente político asociado a la defensa de los derechos y la satisfacción de las necesidades concretas de las diversas comunidades, pueblos y sociedades, y de otra parte, el *ecologismo* es, también desde una lectura latinoamericanista, una visión teórica, política, ética, filosófica e ideológica fundada esencialmente en el reduccionismo de preocupaciones por la ‘preservación’ de los ecosistemas, sin considerar o hacer muy poco (o hacerlo de manera muy débil) por los asuntos sociales y culturales a los cuales necesariamente está vinculada cualquier defensa de la vida y la diversidad natural y cultural⁴⁸” (Pág. 289).

En este sentido, un estudio sistemático e integral de las condiciones para garantizar los derechos de la naturaleza en el contexto de los derechos ambientales debe adelantarse desde una perspectiva no reduccionista, que se aparte de las concepciones medioambientalistas que desconocen los factores sociales, culturales y políticos del estudio de las crisis ambientales, puntos trascendentales cuando se trate de establecer una propuesta de uso alternativo del derecho para la verdadera eficacia de los derechos de la naturaleza, esto es, desde los postulados del movimiento ambientalista del Sur global.

⁴⁸ Dobson (2002: 174) señala que en la literatura sobre el tema existe la tendencia a circunscribir el término “ecologismo” a una ideología, subrayando su aspecto motivacional para los movimientos, cuando el término “ecología política”, o más aún, “teoría política verde”, parecen gozar de mayor respetabilidad teórica, precisando que en castellano el término ecología llama a confusión por la connotación directa con el área de conocimiento respectiva y, de otro lado, el uso del término “verde” en el contexto europeo está más referido a los partidos ecologistas.

Así mismo, dicho estudio habrá de tener en cuenta dos niveles de análisis que influyen en la defensa de los intereses del Estado en los litigios de arbitraje de inversión, independientemente de tratarse de un escenario de responsabilidad internacional: uno desde el ámbito interno del Estado que permita evaluar la concreción de la eficacia de los derechos de la naturaleza en el marco del modelo económico vigente, independientemente de los cambios que se encuentre necesario efectuar al mismo a futuro, y otro desde el ámbito internacional de las inversiones, en el que se logre defender la consolidación de tales actos de concreción de los derechos de la naturaleza en el contexto del arbitraje de inversión, impidiendo que los resultados de estos litigios resten eficacia a los avances para la materialización de las nuevas subjetividades.

El estudio sistemático de las circunstancias políticas de las crisis ambientales causadas por inversionistas extranjeros a través del ambientalismo político “problematiza el que los seres humanos sean excluidos en la comprensión de los sistemas ecológicos”, integrando elementos como la pobreza, características comunitarias y distribución de oportunidades en el análisis de las crisis ambientales, concretando elementos de economía política en el estudio de ellas (Gonzalez y otros, 2021, pág. 29).

En tal línea, para Acosta y Brand (2017), con ayuda del ambientalismo político que aquí se caracterizó, se puede solucionar la segmentación existente entre la sociedad y la naturaleza, en cuya relación resultaría superfluo afirmar que la naturaleza en sí es la que está en crisis, por lo que a efectos de mayor precisión se considera que el problema radica en la forma en que el ser humano se relaciona con ella y en cómo la sociedad está organizada con respecto a sus modelos de consumo y producción, esto es lo que conlleva a las crisis ambientales (pág. 123).

Teniendo en cuenta lo anterior, el ambientalismo político resalta la necesidad de que la sociedad establezca modelos estables y adecuados en su relación con la naturaleza para así aminorar las crisis ambientales, en este sentido hace un llamado a cuestionarse cuáles son los límites de la naturaleza, ya que la capacidad de reproducción se disminuirá o detendrá en función de los modelos de desarrollo que se acojan, según estos insten a causar daños irreversibles al ambiente. (págs. 124-127).

Así mismo, Calderón-Contreras (2013) trayendo a colación a Blaikie y Brookfield (1987), adoptando un concepto ambientalista de la ecología política, han indicado que:

“«La ecología política combina las inquietudes de la ecología (antropología ecológica), y una economía política ampliamente definida. Juntos abarcan la dialéctica constante del cambio entre la sociedad y los recursos naturales, y también entre las clases y los grupos dentro de la sociedad misma». La ecología política es un campo académico que busca criticar y caracterizar los fundamentos de la injusticia ambiental y la sobreexplotación de los recursos, su discusión parte de la idea de que el cambio ambiental está íntimamente correlacionado con procesos sociales y políticos a diversas escalas, y que para entender mejor cualquier problema ambiental es necesario vincular su análisis con las relaciones sociales de producción y la distribución del poder” (Pág. 562).

De esta manera, la mitigación de los riesgos derivados de la inversión extranjera y con ella el estudio de la tensión entre la Constitución Económica y la Constitución Ambiental parte del análisis de procesos sociales y políticos que inciden en la definición de la política pública ambiental, que a su vez se relaciona con las actualizaciones interpretativas de las disposiciones constitucionales y legales aplicables, que constituyen la base del esfuerzo por concretar un escenario de materialización de los derechos de la naturaleza y con ello, de interpretación sistemática del texto constitucional en clave de derechos ambientales.

En tal sentido, desde el nivel interno el ambientalismo político latinoamericano permitirá establecer un modelo de análisis de una propuesta de defensa a los derechos de la naturaleza a partir de en sus fundamentos, que involucran elementos como (i) la gobernanza ambiental y (ii) el orden jurídico constitucional ambiental, aspectos que pasarán a ser considerados a continuación.

2.1.1 Gobernanza ambiental

El concepto de gobernanza surge de las aproximaciones que han proporcionado diferentes organismos de cooperación internacional sobre el ejercicio de las relaciones de poder de cara al desarrollo de los recursos económicos, así como de las capacidades humanas y de los bienes naturales de un Estado, sobre el particular Zurbriggen (2011) ha recogido tales conceptualizaciones, así:

“El [Banco Mundial] define gobernanza como el conjunto de procesos e instituciones a través de las cuales se determina la forma en que se ejerce el poder en un país, para desarrollar sus recursos económicos y sociales. En este

contexto, el buen gobierno se refiere a la transparencia y la eficacia en tres áreas fundamentales: 1) métodos de elección, control y reemplazo de los gobernantes (estabilidad institucional); 2) capacidad del gobierno para administrar recursos y aplicar políticas (marco regulatorio y eficacia del gobierno), y 3) respeto a los ciudadanos (transparencia, participación y garantía del Estado de derecho) (Word Bank, 2005: 3-7).

El PNUD (UNDP) (1997: 12), por su parte, define gobernanza como «el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para administrar los asuntos de un país a todos los niveles de gobierno. La misma comprende los mecanismos, los procesos y las instituciones a través de las cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos legales, cumplen sus obligaciones y resuelven sus diferencias». Desde este punto de vista, la gobernanza adecuada se caracteriza como “participativa, transparente [...] con control público [...], efectiva y equitativa [...] promotora del Estado de derecho [que] asegura que las prioridades políticas, sociales y económicas estén basadas en un amplio consenso en la sociedad» (Pág. 44).

Con base en lo anterior y con ocasión al interés que en la comunidad internacional han suscitado las crisis ecológicas, particularmente en América Latina dada su diversidad natural, se desarrolló la idea de gobernanza ambiental latinoamericana, que más allá de promover un control al ejercicio del poder respecto de la naturaleza, en el que intervienen gobernantes y gobernados, se centra en las manifestaciones locales de resistencia y acción política no institucional, sobre las que Joan Martínez-Alier, Héctor Sejenovich y Michiel Baud (2015) han expuesto que:

“Más allá de los debates gubernamentales e internacionales dirigidos hacia nuevas políticas públicas ambientales, más allá también de las investigaciones universitarias, se desarrolla con mayor fuerza un ecologismo popular que abarca movimientos que son a veces puramente reactivos y que en general no aspiran a lograr influencia política per se, sino que emergen como una reacción a problemas ambientales específicos, muchas veces locales pero con importancia mundial” (pág. 59).

En tal medida, el ejercicio de la gobernanza no es unívoco y difiere en sus medios según la concepción política acogida. Sin embargo, es claro que los objetivos de preservación socioambiental que persiguen, marcan una aspiración común. Por ejemplo, en el caso colombiano, desde la óptica institucional para garantizar el respeto por los derechos de la naturaleza, uno de los principales actores llamados a intervenir de manera activa son las comunidades locales y pueblos originarios, que por su cercana relación con la naturaleza, así como por ser los protagonistas de las consecuencias de las crisis ambientales, esto es, quienes una vez consolidados los daños ambientales deben soportarlos a diario, deben ser escuchados y atendidos en la formulación de la política pública ambiental y económica.

De esta manera, no se trata sencillamente de una obligación estatal de establecer una serie de cargas a diferentes actores, materializadas en políticas públicas ambientales verdaderamente sostenibles, sino que por el contrario, se trata de un proceso participativo en el que quienes tradicionalmente han sido excluidos en la formulación de la política pública contribuyan en los procesos de gobernanza desde la formulación y no solo desde un control posterior frecuentemente ignorado.

Así, una propuesta integradora del ambientalismo político debe incorporar mecanismos de participación efectivos que involucren escenarios no institucionales y de amplio alcance comunitario al considerar que la relación más cercana con la naturaleza se vive desde las comunidades en los territorios.

Joan Martínez-Alier y otros (2015) afirman que la experiencia económica latinoamericana desde la colonia hasta nuestros días han permitido una conciencia de la diversidad de los efectos devastadores a nivel demográfico y sus efectos ecológicos, en tal medida se han planteado como posturas de la gobernanza latinoamericana el ambientalismo conservacionista, en el que “existe una conflictividad local y «glocal» creciente en torno a la extracción y exportación de recursos naturales. Esta conflictividad nutre y es amparada por una doctrina del «ecologismo popular» o «ecologismo de los pobres e indígenas empobrecidos»” (p.68) al cual se han sumado las iniciativas de la ecología política latinoamericana post-desarrollista (Pág. 66-68), a la que como se ha propuesto, deberá orientarse el giro ecocéntrico iniciado con la sentencia T-622 de 2016.

La Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016 expuso que debido a que Colombia tiene una política ambiental que aquí se ha caracterizado como depredadora de la naturaleza, es necesario que se establezca una adecuada gobernanza ambiental y que se promueva el fortalecimiento de las instituciones haciendo énfasis en aquellas de carácter municipal y departamental, para que existan respuestas efectivas y responsables, así pues, la Corte expresa que:

“resultaría preciso que el Gobierno nacional construya una política pública minero-energética que tenga en cuenta las realidades ambientales y sociales de la nación, que pasan por el cambio climático, la crisis de la biodiversidad y el aumento de la devastación ambiental como consecuencia del desarrollo de industrias extractivas.”(2016)

Una alternativa desde el ambientalismo político latinoamericano para el enfrentamiento de las crisis ambientales en Colombia, generadas por diferentes actores, entre los que se incluyen los inversionistas extranjeros, al menos al punto de poner en situación de riesgo

la estabilidad ambiental, deberá evaluarse a partir de versiones de la gobernanza ambiental con objetivos más ambiciosos que los que el post-extractivismo en sus versiones ecuatoriana y boliviana ha promovido para el mantenimiento de las rentas del Estado, por el contrario, la discusión sobre los riesgos de la inversión extranjera no debería ser trasladada hacia los riesgos del post-extractivismo a una transición participativa en la que se escuchen las autoridades y organizaciones formales y no formales del nivel local, así como tradicionalmente se han escuchado y atendido las directrices de organizaciones transnacionales de orden neoliberal, para su posterior contrastación y conciliación con estas desde la óptica de los derechos ambientales, lo que permitiría avanzar en una gobernanza ambientalista que mitigue los riesgos de los daños ambientales.

Como se ha expuesto, aún una apuesta eco-socialista conlleva la idea de procurar el mantenimiento de las rentas derivadas de la extracción de bienes ambientales y naturales y su diferencia principal con la apuesta neodesarrollista impulsada por el proyecto neoliberal se centra en su distribución pues como el conservacionismo ambiental compatible con este modelo no involucra en dicha redistribución el concepto de derechos de la naturaleza, las fórmulas post-desarrollistas sí lo contemplan, cambiando la perspectiva de desarrollo en una valoración de costos ambientales, que permitan su reinversión social y por tanto, contribuyendo a la consolidación de un modelo democrático y verdaderamente participativo.

Así, dada la evidencia de los efectos dañinos y de los conflictos socioambientales generados por una política extractivista, uno de los pilares de cualquier propuesta de defensa ante los riesgos de su causación deberá contemplar que las propuestas postdesarrollistas no podrán tener como punto de culminación la reinversión de las rentas derivadas del mantenimiento del extractivismo en cabeza del Estado, que si bien puede modificar la forma en que se manifiesten los efectos del extractivismo neoliberal, no tiene la virtualidad de erradicar riesgos como la falta de aplicación de la constitución ambiental.

De acuerdo con lo anterior, la forma en que el poder en sus distintas variantes -como la macroeconómica- es ejercido en el Estado, define la visión de la realidad que privilegian los gobiernos y los actores que sobre sus decisiones influyen, por tanto, ante una visión contraria al interés general o que desconozca las tradiciones y costumbres adoptadas por la multiplicidad de sujetos gobernados en búsqueda del cumplimiento de sus fines, plantea una frágil gobernanza como ilustra la citada jurisprudencia.

Como se ha expuesto en este apartado, el estudio de la gobernanza ambiental desde el ambientalismo político latinoamericano conlleva más que el estudio tecnocrático de la

formación de las políticas en un escenario formal de gobierno, autoridades públicas o agentes del Estado, prestando especial importancia a las manifestaciones, costumbres y tradiciones de los sujetos gobernados, por tanto, el primer aspecto a analizar será el de la participación de los pueblos y comunidades respecto de quien la política ambiental implica una transformación, aspecto en el que los procesos de consulta se convierten en un indicador de las prácticas de gobernanza pues siguiendo a Walter & Urkidi (2015)

“las consultas no constituyen simplemente una forma de protesta sino también un proceso de toma de decisiones que desafía las instituciones de toma de decisión oficiales. Además, las consultas muestran cómo deberíamos ir más allá de las polarizaciones analíticas para tratar de comprender las tensiones y dinámicas en los procesos de gobernanza minera y ambiental, a través de las interacciones, discursos y prácticas inter-escalares e híbridas” (Pág. 364).

Así, resulta necesario concretar y analizar los instrumentos de participación en los niveles central y descentralizado, a lo que se prefiere llamar local y nacional e incluso transnacional para la definición de la política pública ambiental aplicable a la restauración de daños ambientales y sus riesgos en los casos particulares, en contraste con los procesos de consulta de los casos específicos.

Un estudio de la gobernanza ambiental desde el ambientalismo político conlleva más que un estudio tecnocrático de las decisiones de política ambiental adelantado por la élite, pero a su vez un análisis de los actores que forman parte de la élite en la formación de la política ambiental y en particular, la relación entre inversionistas extranjeros, como actor de relevancia en tal élite y el Estado. En tal sentido, se comparte con Bull y Aguilar-Støen (2015) la definición de élite como

“grupos de individuos que, debido a sus recursos económicos, experiencia y/o conocimiento, redes sociales o posiciones en organizaciones políticas o de otra índole, están en una posición privilegiada para influir de manera formal o informal en decisiones y prácticas con implicancias sociales y ambientales clave” (Pág. 171)

De esta forma, se considera adecuado resaltar que la relación entre la élite y la naturaleza ha cambiado en el tiempo, en efecto, estos autores dan cuenta de variaciones que han llevado a centrar la problemática ambiental cada vez con más importancia en el discurso de las élites con ocasión del advenimiento de proyectos neodesarrollistas que con la tecnificación de las sociedades buscan conservar el ideal de crecimiento económico como desarrollo sin estudiar ni solucionar la problemática ambiental a partir de los riesgos que acá se han identificado, o de proyectos postdesarrollistas como resultado de la democratización en algunos países del Sur Global entre los años 80 y 90, a lo que se ha conocido como la “reorientación de la élite”, en los que pese a acercarse a la identificación de los riesgos evidenciados en el anterior capítulo, la práctica ha conllevado a la consideración de factores adicionales en el intento por conjurar las crisis ambientales (Bull & Aguilar-Støen, 2015, pág. 188).

De acuerdo con lo anterior, un segundo escenario a estudiar en el caso concreto de la mitigación de los riesgos derivados de la inversión extranjera en Colombia desde la gobernanza ambiental es el de las relaciones entre la empresa transnacional con las demás élites en los diferentes niveles de gobierno (nivel central y nivel descentralizado) bajo estructuras como los partidos políticos y las organizaciones sociales, con particular énfasis en los objetivos de estas élites en materia ambiental, teniendo en cuenta que aun en los casos influidos por una política postdesarrollista, que tradicionalmente no ha sido caso colombiano, las relaciones “bajo la superficie se caracterizan más frecuentemente por el acomodo y la negociación que por la confrontación y el conflicto” (Bull & Aguilar-Støen, 2015, pág. 194)

Así, se encuentra pertinente acoger con estos autores que la gobernanza estudiada desde las relaciones entre la empresa transnacional y las demás elites tendrá en cuenta las siguientes constantes identificadas en América Latina, a saber: (i) la importancia de los mercados mundiales, (ii) la limitación de recursos y (iii) diferencias en los significados de bienes ambientales y naturales, así como de gobernanza entre quienes pertenecen a la élite y quienes no pertenecen a ella.

En línea de lo expuesto, el análisis de estas constantes, permitirá caracterizar desde un plano práctico la gobernanza desde la empresa transnacional como élite y a su vez la posición de otros actores que hacen parte de las élites en la formación de la política ambiental en relación a los inversionistas extranjeros.

Finalmente, adoptando un modelo de análisis dialéctico, el tercer punto de estudio de la gobernanza ambiental está relacionado con las transformaciones institucionales y la

adaptación de la política ambiental en función de los procesos de participación e influencia de gobernantes (influidos por otros actores de la élite como los inversionistas extranjeros) y de gobernados (mediante procesos de participación), aspecto que permitirá concluir el grado de eficacia que reportan los procesos alternativos en el diseño institucional y consecuentemente en la interpretación de las obligaciones del Estado y del inversionista extranjero respecto del daño ambiental.

En síntesis, la gobernanza será el primer punto de partida para la formulación de una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza ante los riesgos derivados de la inversión extranjera en el plano interno, conllevando los siguientes factores de análisis para determinar si nos encontramos ante un proyecto de desarrollo de tendencia alternativa, que como se ha indicado otorga más elementos que permitan materializar los derechos ambientales, o uno de tendencia tecnocrática clásica, que dificulta su concreción:

FACTOR DE ANÁLISIS	ALTERNATIVO	CLÁSICO
Participación	Consulta que ofrezca espacios de conciliación y concreción de políticas públicas desde lo local.	Consulta controlada por la élite transnacional.
Conformación de la élite y sus relación entre sí	Priorización de conceptos así: Significados participativos de los bienes ambientales y naturales, limitación de recursos e importancia de los mercados mundiales	Priorización de conceptos así: Importancia de los mercados mundiales, limitación de recursos y significado técnico de los bienes ambientales y naturales.
Transformaciones ambientales y capacidad de adaptación de la política	Mayor capacidad de adaptación ante los riesgos de daño ambiental en el plano concreto del escenario local y menor influencia de intereses estratégicos y abstractos de orden transnacional.	Mayor capacidad de transformación de los linamientos estratégicos de la política en función de intereses transnacionales y menor influencia de los riesgos concretados en el plano concreto del escenario local.

Así mismo, el estudio de los tres momentos de escenario expuesto permite en su conjunto identificar desde la práctica la definición de un modelo de desarrollo capitalista o alternativo no solo en el discurso para la protección de los derechos ambientales pero también en la

práctica para la garantía de los derechos de la naturaleza en el contexto de esos derechos ambientales tomando en consideración las diferentes manifestaciones de un proyecto extractivista.

2.1.2 Derecho al ambiente sano e integralidad de los derechos ambientales

Ahora bien, una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza frente a los riesgos de la inversión extranjera desde el ambientalismo político en Colombia, además de los aspectos político institucionales de gobernanza alternativa habrá de tener en cuenta las características que el orden jurídico y en particular el orden constitucional, ha previsto para su planteamiento.

Así, es preciso recordar que el texto constitucional de 1991 estableció varios preceptos encaminados a la protección al ambiente. De esta manera, la Corte Constitucional ha afirmado que la Constitución ambiental abarca una triple dimensión. En primer lugar, la norma superior hace referencia a que la protección del ambiente es un principio y que se materializa en la obligación del Estado de proteger los bienes ambientales y naturales, en segundo lugar, está plasmado el derecho que tienen las personas a gozar de un ambiente sano y por último, la Constitución establece una serie de obligaciones exigidas tanto a autoridades como a particulares (Corte Constitucional, 1994).

A partir de tales disposiciones, Óscar Navas (2016) ha indicado que:

“La preocupación sobre el medio ambiente ha encontrado espacio en la parte dogmática de las constituciones mediante la consagración de un nuevo derecho de contenido económico y social, *el derecho al ambiente sano y a la calidad de vida*, al que se suele impregnar de una funcionalidad compleja a partir de su configuración -simultánea, por cierto- de derecho y de deber (puesto que incorpora la obligación de conservar el ambiente que se tiene derecho a disfrutar), y de su consagración como uno de los principios rectores de la política económica y social” (pág. 31-32).

Así las cosas, los elementos del derecho constitucional precisados en la constitución ambiental, incluida en la parte dogmática de la carta política, entregan elementos interpretativos que, en el caso colombiano, dada la amplitud del modelo económico acogido, debería concluir en un ejercicio hermenéutico que reconozca la realidad de los diferentes actores políticos (institucionales y no institucionales), cuyos conflictos deben

superar el plano económico abstracto y dar un paso hacia la percepción local del ambientalismo, superando la identificación del derecho al ambiente sano y a la calidad de vida con el principio de desarrollo sostenible.

En tales términos, es preciso partir del derecho al ambiente sano como un indicador para contextualizar los criterios que el orden constitucional otorga con el fin de lograr la efectividad de los derechos de la naturaleza, por lo que siguiendo a Luis Fernando Sánchez (2012) el derecho a un ambiente sano debe tenerse como un derecho humano, derivando de ello dos consecuencias:

“primero el derecho al ambiente sano debía poder oponerse tanto al Estado como a los particulares para limitar su actuar; segundo no podía ni explícita ni implícitamente reconocerse unos derechos más importantes que otros, en ese sentido la categoría “derechos fundamentales” no podía servir como un mecanismo para excluir de ciertas garantías a determinados derechos o para fundamentar derechos más importantes que otros” (Pág. 122).

Es importante considerar que la interpretación que se tenga del derecho al ambiente sano depende del enfoque que se dé al mismo, por lo que bien puede sostenerse una interpretación de corte antropocéntrico que con el ánimo de sostener estructuras de apropiación natural y de restar eficacia al mismo, insista en la importancia que la clasificación de la carta de derechos de la Constitución Política contempla, en la que el derecho al ambiente sano (artículo 79) se encuentra ubicado en el capítulo 3 del título 2, que se refiere a los derechos colectivos y del ambiente, con base en lo que se suponen categorizaciones de derechos -en fundamentales, sociales, colectivos, etc.- que no tienen lugar en un análisis integral que pretenda un giro al ambientalismo político.

En línea con lo anterior, es preciso tener en cuenta que cuando la Constitución Política se refiere a los derechos “del ambiente” no impone un enfoque de interpretación antropocéntrico, por el contrario, abre la posibilidad a que los derechos que allí están contemplados y que como derechos humanos deben irradiar el contenido del ordenamiento jurídico y político en general, sean interpretados en perspectiva biocéntrica o incluso ecocéntrica, abriendo paso al reconocimiento de los derechos de la naturaleza (Mesa Cuadros, 2019).

Dado lo anterior, decisiones como la sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional más allá de implicar la adopción de una nueva categoría de derechos en el ordenamiento jurídico, implican la actualización interpretativa del texto constitucional en una perspectiva de análisis diferente, por lo que cualquier estrategia de defensa de los derechos de la naturaleza frente a los riesgos derivados de la inversión extranjera implican reconocer como punto de partida el enfoque interpretativo y alcance que se esté dando al derecho al ambiente sano y con ello, las obligaciones que tanto particulares y concretamente los inversionistas extranjeros, así como el Estado tengan que soportar.

Interpretar el derecho al ambiente sano como un derecho humano en el contexto de garantizar los derechos de la naturaleza implica seguir un criterio de interpretación no reduccionista al antropocentrismo, es decir, conlleva el reconocimiento de otra clase de derechos ambientales. Gregorio Mesa (2019) al referirse a los derechos ambientales ha afirmado que estos “serán todos los derechos agrupados en dos grandes bloques, en primer lugar, los derechos humanos ambientales (...) y, en segundo lugar, los derechos no humanos ambientales (...) que requieren especial protección para concretar la dignidad ambiental” (Pág. 155), por lo que siguiendo su teoría, el lugar de cualquier propuesta de transición al ecocentrismo deberá considerar que una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza conlleva una interpretación diferente de los derechos, para el caso en estudio, no solamente de los de contenido económico sino de aquellos que tradicionalmente se enmarcan en el concepto de derechos humanos.

En efecto, la pretensión fundamental no recae en adelantar una nueva clasificación teórica y doctrinal, sino en encontrar vías para materializar la protección de la naturaleza en una realidad concreta de reivindicación ambiental ante la explotación injustificada y la protección hipócrita del sector corporativo transnacional al que, en la realidad práctica, cada vez más se ha ido cediendo la definición de la política ambiental, priorizando intereses económicos.

A estos efectos, el estudio de la aplicación de la constitución ambiental desde el derecho al ambiente sano conlleva el análisis de su vigencia como derecho humano en perspectiva biocéntrica, esto es, sin desconocer los derechos ambientales no humanos, sino por el contrario, armonizando su interpretación para garantizar los derechos de la naturaleza en la perspectiva de la integralidad de los derechos ambientales.

Teniendo en cuenta el carácter global de las crisis ambientales, así como la importancia del *ius cogens* internacional, el carácter económico, social, cultural, ambiental, etc., de dichas crisis debe ser analizado en conjunto; ello implica que, como lo sostiene Gregorio Mesa (2019)

“muchos de los problemas y conflictos ambientales se caracterizan por sus altos niveles de complejidad (a partir de la multiplicidad de conexiones, interrelaciones e interdependencias entre sus diversos elementos o componentes) son además causa o consecuencia de otros conflictos y problemas ambientales, están relacionados y presentan interconexiones entre sí, y muchos de ellos adquieren un carácter generalizado o grave por los efectos acumulativos de los mismos y que antes en menores cantidades podían resolverse pero que, en las últimas décadas, impiden que la ecosfera pueda reciclar, resolver o “volver las cosas al estado anterior” a la contaminación o a la depredación” (Pág. 135).

En tal sentido, cuando en ejercicio de las facultades regulatoria y sancionatoria del Estado se comprometa la interpretación de los estándares de protección de los inversionistas extranjeros, ella deberá hacerse de acuerdo con el principio de integralidad de los derechos, postura compatible con las decisiones de arbitraje de inversión en la medida que los asuntos económicos que allí se debaten no son ajenos a la realidad integral que la política pública y actividad del Estado pretende regular, entre otras, a partir de la promoción de un tránsito ambiental en la actividad empresarial y en la redistribución de las rentas que materializan el giro pretendido por la jurisprudencia y por esta propuesta.

En efecto, la integralidad de los derechos ambientales supone realizar un análisis de las crisis ambientales desde la solidaridad intergeneracional, concepto al que se refiere Edith Brown (1999) y que se concreta en la transmisión de los ecosistemas como patrimonio común entre generaciones, de manera que cada una es responsable de preservarlo para las siguientes en condiciones de calidad.

Siguiendo al profesor Sánchez Supelano (2012) la consagración constitucional del derecho al ambiente sano en el texto constitucional implica más que una reivindicación ambiental y su relación con la solidaridad conlleva la interpretación del “nuevo derecho” a la luz de este

nuevo valor junto con los demás valores promovidos por la Constitución Política, como la igualdad y la libertad (Pág. 76)

Lo anterior obliga a concluir que además de que la Constitución Política al contemplar los derechos del ambiente como una posibilidad no explorada de reconocimiento de los derechos de la naturaleza sin recaer en odiosas subclasificaciones que excedan los derechos ambientales humanos y no humanos, también contempló nuevos valores como la solidaridad, axioma que en la formulación de la política pública neoliberal no ha sido valorado en las mismas condiciones que otros valores como la libertad.

Interpretar la solidaridad en pie de igualdad con otros valores del ordenamiento jurídico permite cuestionar que el neoliberalismo sea el proyecto político que mejor asegure la libertad, pues con la llegada de las crisis ecológicas ocasionadas a causa de los modelos de consumo y depredación capitalista se ha evidenciado que la solidaridad intergeneracional ha sido adoptado como un criterio residual y retórico que junto a la reivindicación de la protección ambiental requiere ser asumido con la seriedad de los demás axiomas constitucionales.

En síntesis, los postulados de la Constitución Ambiental y en particular la consagración del derecho a un ambiente sano como un “derecho del ambiente”, que junto al valor de la solidaridad permite adoptar interpretaciones en clave de integralidad de los derechos ambientales, constituyen los elementos que la Constitución Política entrega para el desarrollo de interpretaciones compatibles con el modelo ecocéntrico de desarrollo que busca mitigar los riesgos derivados de la inversión extranjera en la naturaleza.

Así las cosas, como el ambientalismo político latinoamericano, que no el ecologismo neoliberal, permite una revisión integral de las crisis ambientales y con ellas de los efectos de la inversión extranjera en la naturaleza, se ha considerado relevante iniciar el estudio de su defensa, en primer lugar, a partir de la consolidación de una teoría de gobernanza alternativa que supere los límites interpretativos de los clásicos procesos de consulta que agotan la participación de los pueblos y comunidades afectadas y en su lugar contemple dos escenarios de participación: (i) desde la política pública y (ii) desde los casos de intervención a la naturaleza en concreto.

Respecto de la formulación de la política pública el estudio de gobernanza ambiental implica establecer qué actores forman parte de la élite con capacidad de influir en su

definición, una vez establecidos, es necesario concretar la relación que los inversionistas extranjeros como parte de la élite construyan con el Estado y con otras élites.

Ahora bien, en el aspecto concreto de intervenciones a la naturaleza habrá que detenerse en los procesos de participación y mecanismos a través de los que se construya el diálogo entre gobernantes y gobernados.

A su vez, cada uno de estos escenarios tendrá como parámetros de análisis los aspectos comunes identificados en Latinoamérica a saber: la importancia de los mercados mundiales, la limitación de los recursos y los significados de bienes ambientales y naturales en los procesos de gobernanza.

En segundo lugar, habrá de revisarse el plano institucional -formal- de la definición de dicha política pública desde el ordenamiento constitucional, de donde es posible precisar cuál es la corriente interpretativa que verdaderamente se aplica, estableciendo el grado de eficacia del derecho al ambiente sano y los valores que orientan la actividad del Estado en el cumplimiento de sus funciones, para el caso, principalmente la de regulación, pudiendo obtener como resultado un diagnóstico de la aplicación real y efectiva de los principales contenidos de la Constitución Ambiental, su enunciación retórica o su desconocimiento absoluto.

2.2 Responsabilidad de los inversionistas extranjeros: una alternativa desde los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

El segundo punto de la propuesta que acá se plantea está relacionado con los estándares de responsabilidad de los inversionistas extranjeros y concretamente con su relación con los Principios sobre Empresa y Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, pues si bien una interpretación restrictiva de la discusión sobre derechos humanos no cubre la problemática de los derechos de la naturaleza, la interpretación de estos como derechos ambientales, y por tanto la conexión entre los derechos ambientales humanos y no humanos, permite adoptar algunos estándares previstos en materia de derechos humanos para la defensa de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales.

Consecuentemente, es importante destacar que si bien el surgimiento de la categoría de derechos humanos a nivel transnacional a partir de organismos como la Organización de Naciones Unidas ha sido producto del proyecto neoliberal (Padilla Sanabria, 2014), el desarrollo de dicha teoría entrega elementos que adecuados a una interpretación ecocéntrica del ambientalismo político permiten que con base en categorías del mismo proyecto se haga frente a la depredación del ambiente, haciendo efectivos los postulados que han quedado relegados a declaraciones de buena voluntad por priorizar el criterio economicista que sin ninguna distinción ha causado las crisis ambientales.

Tradicionalmente la mitigación de las crisis ambientales ha sido vista por el sector corporativo a través de las políticas de responsabilidad empresarial concretadas en estándares internacionales de derechos humanos cuya naturaleza es la del *soft law*, que devinieron en insuficientes, incluso para el objetivo propuesto bajo la perspectiva del principio de desarrollo sostenible (Daugareilh, 2009, pág. 84).

Con respecto a las consecuencias de la intervención corporativa en la naturaleza, que han concretado crisis ambientales manifestadas en las diferentes etapas del ciclo de vida de cada especie o bien natural, es evidente la urgencia de que dichas empresas adopten un cambio de carácter económico pero a su vez cultural para que así como hicieron parte del problema, de la misma manera busquen ser partícipes de las soluciones a las injusticias ambientales a través de un modelo de Responsabilidad Social Empresarial efectivo, así pues, junto con la responsabilidad que tienen los Estados de desarrollar esquemas normativos, económicos y sociales, esta corresponsabilidad de las empresas va a complementar un pacto social que enfrente las crisis ambientales. (Iván López, 2014. Pág. 51).

Así se ha reconocido cuando al tratar el grado de vinculatoriedad de las disposiciones de *soft law* en materia ambiental se ha indicado que

“The growing complexity of the international legal system is reflected in the increasing variety of forms of commitment adopted to regulate state and non-state behavior in regard to an ever-growing number of transnational problems. The various international actors create and implement a range of international commitments, some of which are in legal form, others of which are contained in non-binding instruments. The lack of a binding form may reduce the options for enforcement in the short term (ie, no litigation), but this does not deny that there can exist sincere and deeply held expectations of compliance with the norms contained in the non-binding form” (Shelton, 2008, págs. 21-22).

Por tanto, adoptar una interpretación incluyente de los principios del derecho blando y de los procesos de *compliance* del derecho internacional en la evaluación de las políticas ambientales y en los procesos internos del Estado se traduce en asegurar unas reglas para el sector corporativo que garanticen la vigencia de los derechos ambientales humanos y no humanos como un interés superior a la actividad económica, para lo cual, resulta necesario identificar vías de mitigación de las debilidades del modelo interno por lo menos en tres perspectivas: (i) la del papel del Estado y su deber de protección, (ii) la del papel de las empresas transnacionales y su obligación de respeto y (iii) la de la situación de la víctima del daño ambiental.

En revisión del cambio esperado y motivado respecto del sector corporativo, cuando menos, para la supervivencia de la especie, Gregorio Mesa Cuadros (2009) critica que los principios ambientales, que como criterios políticos se supone están diseñados para restringir aquellas prácticas que generan contaminaciones y daños a la naturaleza, realmente dan pie para que las mismas se ejecuten debido a que se utiliza el presupuesto de “el que contamina paga”, dando oportunidad para que se busque la manera de explotar los bienes ambientales y sociales al punto que exista una viabilidad que permita pagar por los daños ocasionados, pero ese pago no garantiza que exista una justicia ambiental, por lo que a su juicio deberían encaminarse las prácticas en “la prevención (no hacer, no explotar, cuidar, conservar, usar con cuidado, consumir solo lo necesario) o en la precaución, en la responsabilidad y el respeto por la vida.” (Pág. 82).

De acuerdo con lo expuesto, los criterios para definir un escenario de responsabilidad armónico con los presupuestos del ambientalismo político deben superar los estándares de reparación liberales fundados en el presupuesto de “el que contamina paga” y pasar a hacer una evaluación integral de las aspiraciones y visiones del etnodesarrollo de las comunidades locales desde una perspectiva integral del ambiente, pues las posturas ecologistas hacia las que han girado las políticas de responsabilidad social empresarial han resultado insuficientes para garantizar los derechos ambientales y por el contrario, han permitido profundizar un modelo depredador a través de concesiones tributarias, laborales y en general de contenido económico para las empresas transnacionales en detrimento de los derechos de la naturaleza y de los locales.

Al respecto se destaca que Castillo y Cebeiro (2017) sostienen que a los seres humanos se les permite estar vivos (no refiriéndose al solo hecho de respirar sino a gozar de un ambiente en óptimas condiciones para vivir, para disfrutar de la vida) siempre y cuando de su parte exista un deber correlativo de conservar ese ambiente que les permite estar vivos,

por lo que un enfoque preventivo que garantizaría la vigencia del modelo ecocentrista al que se refiere la jurisprudencia, que a juicio de esta investigación no es propiamente ecologista sino ambientalista, esto es, uno que priorice el criterio interpretativo de los derechos ambientales, permite establecer un freno en los eventos que alteran considerablemente las relaciones dentro de la biósfera, lo que da lugar a que el equilibrio ambiental se rompa afectando la supervivencia de un sin número de seres vivos entre los que se encuentra la especie humana (pág. 105).

Con base en lo anterior, resulta cuando menos razonable pero sobre todo urgente y necesario dar un vistazo al análisis del comportamiento de quienes mayor impacto generan al ambiente y a las condiciones de vida, esto es, a las empresas y en particular, a las empresas transnacionales, quienes tradicionalmente se han especializado en desarrollar actividades económicas de impacto ambiental, por ejemplo, en el sector extractivo, bajo el amparo de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión extranjera que han suscrito sus Estados con el Estado colombiano.

Sobre las iniciativas de protección de los derechos ambientales, Prieto (2013) destaca un informe de Diana Vela en el que se muestra que los indígenas amazónicos, en consonancia con la idea de adaptación y convivencia con la naturaleza y en opuesto a la dominación de la misma, han creado métodos que permiten un control sobre el crecimiento poblacional y la depredación de la naturaleza, para que de esta manera se logre garantizar la conservación del ambiente sin sobrepasar la capacidad de carga que tienen los ecosistemas al ser aprovechados por los seres humanos, es decir, que para los indígenas amazónicos es indispensable ejercer una cultura de limitación en cuanto al uso de la naturaleza para lograr una adaptación ambiental en vista de que el ser humano depende de su entorno para sobrevivir, razón por la cual han creado normas que permitan el mantenimiento de los ciclos de la naturaleza (pág. 62). Sobre este punto se indica que:

“[...] las reglas a seguir hacen referencia a conductas sociales cooperativas con la conservación del equilibrio ecológico, donde los animales y plantas reciben un respeto individual [y] la conciencia social de su entorno determina que jamás se debe perturbar este equilibrio ni tampoco mermar energía sin reintegrarla al sistema.” (Prieto, 2013, pág. 62)

Así, es claro que en una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales deberá impactar el sector corporativo pues los fundamentos de prevención deberán valorar positivamente la adecuación de los principios de responsabilidad social empresarial a efectos de descentrarlos del presupuesto de “el que

contamina paga”, para dar un paso al enfoque preventivo, que a través de procesos de debida diligencia ambiental revise el impacto de su actividad generadora de rentas de acuerdo con las aspiraciones de las comunidades y la afectación del ambiente cuya conservación es el mayor compromiso con las futuras generaciones, adoptando prácticas cooperativas que reivindiquen el valor de las comunidades locales, su significado y relación con la naturaleza.

Dicho aspecto del comportamiento del sector corporativo en la naturaleza también ha sido tratado desde los estudios de ética ambiental y su relación con los mercados, punto en el que se considera importante destacar que desde diferentes corrientes ideológicas se han expuesto postulados que justifican la discriminación de los mercados respecto de los productos y sectores intervenidos, en tal sentido, como tradicionalmente se ha entendido la naturaleza como un producto y no como un sujeto, se expondrá cómo desde la ética del norte global también se ha cuestionado el utilitarismo antropocéntrico económico.

Michael Sandel (2013) en su obra “Lo que el dinero no puede comprar” presenta una reflexión sobre los límites que la moral impone al mercado y entre los casos desarrollados expone el interrogante sobre si “¿Deberíamos permitir que las empresas compren el derecho a contaminar el medio ambiente?”, aspecto respecto del que se expuso la necesidad de replantear el papel de los mercados en la sociedad contemporánea, pues se ha evidenciado que la mercantilización extrema ha llevado a sobrepasar los límites morales de la sociedad, lo que a su vez ha exacerbado la desigualdad (Pág. 1-10).

Con base en dichos postulados y para el punto concreto de la mercantilización de la naturaleza es necesario referirse a la paradoja de la maldición de los recursos, punto explicado por OXFAM (2009) así:

“Los minerales e hidrocarburos deberían ser una fuente fundamental de financiación para el desarrollo en aquellos países que poseen tales recursos naturales. Sin embargo, y en contra de toda lógica, la explotación de estos recursos está vinculada en muchos casos a la pobreza, la desigualdad, los servicios públicos de baja calidad, y el retraso en el crecimiento económico. Esta paradoja se conoce como la “maldición de los recursos”.

En tal medida, tanto desde los análisis de los efectos de la política de desarrollo como desde la ética se encuentra que es necesario y urgente transformar el paradigma de la

política pública ambiental en relación con los mercados y concretamente en el caso colombiano donde la jurisprudencia ha dado un paso hacia el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, es necesario consolidar su materialización a través de la propuesta de defensa de esta categoría de derechos a través de fórmulas interpretativas de transición que permitan al Estado materializar estas nuevas interpretaciones en consonancia con sus compromisos internacionales en materia de inversión extranjera, pero ahora en clave de defensa de los derechos ambientales como parte del *ius cogens* internacional, a efectos de salvaguardar su responsabilidad internacional con los actores económicos que a través de la inversión extranjera han participado del modelo en crisis.

Si bien la propuesta acá presentada permite dar un paso hacia la ética ambiental en los mercados, ella no hace caso omiso de los parámetros acordados con los inversionistas extranjeros que actualmente desarrollan actividad en Colombia, pues respecto de estos habrá que preparar una defensa de eventuales controversias de arbitraje de inversión desde la interpretación de la actividad económica como subordinada a los derechos ambientales que reclaman cada vez más la efectividad de las políticas de responsabilidad social empresarial, en un marco en el que la responsabilidad de los inversionistas supere una regla negativa de conducta resumida en el respeto y por el contrario, acogiendo una interpretación amplia de dicha obligación en el marco de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos.

En efecto, dada esta realidad, en 2005 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas solicitó al Secretario General que designara un representante especial para estudiar la problemática de empresa y derechos humanos, en cuyo cumplimiento se designó al profesor John Ruggie, quien en 2008 entregó el producto de su trabajo, titulado Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, conocido también como el “Marco Ruggie”, que el mismo Consejo de Derechos Humanos adoptó a través de la Resolución No. 17/4 del 16 de junio de 2011.

El Marco Ruggie de Naciones Unidas recoge tres principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: (i) el deber (del Estado) de proteger los Derechos Humanos, (ii) la responsabilidad (de las empresas) de respetar los Derechos Humanos y (iii) el acceso a mecanismos de reparación (Organización de Naciones Unidas, 2011), desarrollando cada uno de ellos en principios fundacionales y operacionales, aspectos que serán considerados individualmente en el marco de una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza en las relaciones de inversión extranjera.

En estos términos, pasarán a contextualizarse cada uno de los principios rectores y su incidencia en la propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza.

2.2.1 Deber de protección (del Estado) de los derechos humanos

Sobre el deber de protección se han considerado dos principios fundacionales, así:

“1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidos en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

(...)

2. Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades” (Organización de Naciones Unidas, 2011, págs. 3-5)”.

De acuerdo con lo anterior, dado que la definición de la política pública es un proceso dirigido por el Estado y en una concepción compatible con el concepto de soberanía interna e independiente⁴⁹, la forma en que se enfrenten las vulneraciones a los derechos cometidas por actores como las empresas transnacionales debe ser definida por el Estado

⁴⁹ Juan Hernández trae a colación una clasificación hecha por Stephen Krasner de cuatro formas en las que se utiliza el concepto de soberanía desde el ámbito de las relaciones internacionales (Hernández, 2009). En primer lugar la soberanía legal internacional, que se enmarca en las instituciones y agentes formalmente independientes; la segunda forma es la soberanía westfaliana que se traduce en una autoridad de carácter total sobre un territorio sin incidencia de agentes externos; en tercer lugar tenemos la soberanía interna, que hace referencia a la organización institucional y de competencias en el interior de un Estado; finalmente Krasner plantea la soberanía interdependiente, la cual reside en la autoridad que tienen los Estados para regular todo tipo de situaciones, flujos y mercancías dentro de sus fronteras (pág. 97)

-por ejemplo a través de los instrumentos de política pública-, al igual que los términos en que este se obligue como sujeto de derecho internacional, resulta lógico que la primera evaluación en relación con la responsabilidad por establecer y hacer efectivos los criterios de prevención que resulten del proceso de establecimiento de la política pública ambiental se efectúe respecto del director de la misma, esto es, del Estado, a modo de control posterior en el que se tome en serio el fruto de los procesos participativos adelantados en materia ambiental para el establecimiento de las reglas en que los derechos ambientales deban observarse y dirigirse por el Estado, conforme se estudió su formación al referirse a los procesos de gobernanza.

Así mismo, la dirección de la política a la que se hace referencia pasa por establecer responsabilidades claras y efectuar manifestaciones contundentes hacia el sector corporativo, en las que se diferencien el cumplimiento de las obligaciones internacionales, de la dirección de la política ambiental que tenga como eje la garantía de los derechos ambientales, por lo que, como se deriva de los principios fundacionales sobre la protección, antes citados, los Estados deberán adelantar procesos de control de la eficacia de sus políticas ambientales en el sector corporativo en relación con sus demás políticas (mercantiles, por ejemplo) y alentar en forma coherente a los actores económicos en su jurisdicción al acatamiento de las mismas.

Por tanto, hablar de un deber de protección remite al estudio de las obligaciones positivas a cargo del Estado, en el que habrá que identificar las disposiciones oficiales de protección de los derechos humanos interpretados como derechos ambientales, dirigidas al sector empresarial en cada uno de los casos específicos, los mecanismos persuasivos o coercitivos que se establezcan para que los inversionistas del sector privado cumplan esas disposiciones, los medios de difusión de estas disposiciones y los espacios de asesoría dispuestos para que las políticas de responsabilidad social empresarial guarden congruencia con la política pública definida por el Estado, etc.

Ahora, si bien el deber de protección del Estado constituye un estándar para el establecimiento de una regla de conducta de las autoridades y de los particulares, este debe ser evaluado en el contexto de la capacidad del Estado y no puede constituir un eximente de responsabilidad ante el incumplimiento o precario cumplimiento de las obligaciones de los inversionistas extranjeros, pues tal como se ha introducido, reducir el papel de estos actores a obligaciones negativas, centrando toda la responsabilidad en el Estado ha desequilibrado la balanza de responsabilidades determinantes para el grave escenario de depredación ambiental.

En efecto, al hablar de la responsabilidad del Estado por el daño ambiental, Juan Carlos Henao (2002) ha caracterizado diferentes modalidades de esta clase de responsabilidad, entre las que se encuentra:

- Por contaminación causada directamente
- Por contaminación permitida
- Por daños transfronterizos
- Por ejercer ilegalmente las funciones ambientales
- Por limitación de dominio

Para el contexto que se viene desarrollando en esta investigación, esto es, el de la afectación a los derechos de la naturaleza por parte de los inversionistas extranjeros, en el escenario del deber de protección a cargo del Estado resulta importante concretar cómo opera dicho principio en materia de responsabilidad del Estado y entre las modalidades presentadas por el profesor Henao (2002) guarda especial relevancia aquella relacionada con la contaminación permitida, en la que un tercero ejecuta la acción dañina y en un primer momento no es imputable su consecuencia al Estado, sin embargo, habrá de considerarse la posibilidad de “encontrar hechos dañinos imputables al Estado, que hagan operar alguna de las teorías que justifican el deber reparatorio” tal como sería una falla en el servicio o el daño especial.

Ahora bien, en cumplimiento de dicho deber de protección el Estado habrá de dotar de eficacia los mecanismos procesales que el ordenamiento ha previsto para la garantía de los derechos del ambiente, bien en los eventos en que se busque resguardar el derecho para sí o bien, como colectivo. Al respecto el profesor Henao (2002) ha recogido las siguientes acciones vigentes en el ordenamiento colombiano:

- Respecto de aquellas que buscan la protección como un derecho para sí mismo:
 - La acción de tutela: Establecida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia para la protección de los derechos fundamentales, esta acción se ha consolidado desde su creación en el vehículo de protección de derechos con mayor popularidad en las reclamaciones cotidianas de justicia social y ambiental en aquellos eventos en que la violación o la amenaza a los derechos del ambiente conlleven violación o amenaza a los derechos fundamentales. En efecto, casos como el del Río Atrato,

previamente referenciado en esta investigación tuvieron como escenario el de la acción de tutela y sus formas, dando cuenta que, como lo expone Juan Carlos Henao (2002) la acción de tutela se constituye en una acción preventiva de responsabilidad civil.

- La acción ordinaria civil: Esta acción, que puede ser ejercida en la modalidad del medio de control de reparación directa en materia administrativa, de la acción ordinaria ante la jurisdicción ordinaria o de la constitución como parte civil en el proceso penal, busca la reparación de los perjuicios como consecuencia de la actividad dañina, en tal sentido, constituye un marco mucho más reducido para la discusión sobre el alcance del principio de “el que contamina paga”, manteniendo la reparación económica del daño ambiental como un fin de los derechos ambientales, sin embargo, ello no impide un tránsito a una actualización interpretativa de la reparación, tal como se profundizará al tratar de su relación con la restauración.
- Acciones en contra de actos administrativos ambientales: Esta acción, principalmente ejercida a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuestiona la legalidad de una decisión administrativa en materia ambiental y como consecuencia de tal ilegalidad pretende el restablecimiento del estado de cosas anterior a la disposición cuestionada.
- La acción de grupo: Reglada en la Ley 472 de 1998 busca la reparación de un perjuicio causado a un grupo.
- Respecto de aquellas que buscan la protección como un derecho colectivo:
 - La acción popular: Busca la protección de derechos o intereses colectivos y también se encuentra reglada en la Ley 472 de 1998.
 - La acción de cumplimiento: Busca el cumplimiento de normas de orden legal o reglamentario ante su inminente incumplimiento.

En síntesis, la identificación concreta de las acciones del Estado para establecer un modelo congruente con el objetivo de garantizar los derechos de la naturaleza como derechos ambientales en el marco de su capacidad en comparación con la capacidad de las empresas transnacionales, va a constituir un primer factor de medición de la actividad y la responsabilidad de los inversionistas y, por supuesto, de una eventual negligencia del Estado en la implementación de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines como garante de los derechos ambientales.

Tal como se deriva de la anterior y breve descripción, el aparato estatal cuenta con los instrumentos para evidenciar el daño ambiental causado por sí mismo o por un tercero inversionista extranjero y en el ejercicio por el que este Estado a nivel interno pueda llegar a responder por las consecuencias de la actividad de las empresas transnacionales habrá igualmente que considerar el cumplimiento del deber de protección en la capacidad que se ha explicado en este acápite y en tal medida, la responsabilidad por un daño permitido, derivada de estos escenarios de control judicial, habrá de tener en cuenta la capacidad del Estado en la relación concreta de inversión.

2.2.2 Responsabilidad (de las empresas) de respetar los derechos humanos

Sobre el deber de respeto se han considerado cinco principios fundacionales, así:

“11. Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

12. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

14. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar” (Organización de Naciones Unidas, 2011, págs. 15-19).

De acuerdo con la descripción del principio de respeto en cabeza de las empresas transnacionales, este mandato pareciera referirse a obligaciones negativas para la vigencia de los derechos humanos, sin embargo, es necesario formular una aclaración previa a adentrarse en tal consideración y es la relacionada con el carácter conservador y reduccionista del Marco Ruggie tal como fue propuesto en Naciones Unidas, en efecto, de la enunciación de los principios rectores queda claro que pese a que este instrumento de *soft law* considera importante vincular a la discusión sobre derechos humanos a otros actores diferentes al Estado, como las empresas, no entrega a estas un papel protagónico como sujetos de derecho internacional sino que, diferencia su posición a través de la imposición de meras obligaciones negativas reducidas al respeto, dejando las obligaciones positivas⁵⁰ a cargo del Estado como clásico sujeto de derecho internacional (Bilchitz, 2010, pág. 210).

⁵⁰ Bilchitz (2010) explica que “Son conocidas las críticas a los intentos de Henry Shue (1996, p. 52) de distinguir entre ‘derechos negativos’ y ‘derechos positivos’ basándose en que los primeros dan lugar en mayor medida a obligaciones de evitar la violación de derechos de terceros, mientras que los últimos generan obligaciones de tomar medidas activamente para la realización de los derechos de terceros”

Sobre dicha limitación interpretativa, Bilchitz (2010) ha explicado que

“Para Ruggie, las obligaciones de las empresas tampoco se limitan simplemente a tomar medidas positivas para evitar que se violen derechos por sus propios actos. En la exploración de la debida diligencia que propone, Ruggie apoya la posición que sostiene que una empresa también debe considerar cómo contribuir a evitar la violación de los derechos humanos por abusos de terceros⁵¹. Es claro al expresar que la responsabilidad de respetar de las empresas implicaría evitar ‘complicidad’ que se ‘refiere a la participación indirecta de las empresas en abusos de derechos humanos – en los cuales el daño real es causado por un tercero, incluidos Gobiernos y actores no estatales’ (NACIONES UNIDAS, 2008a, párr. 73)” (Organización de Naciones Unidas, 2011, pág. 217).

Dada la necesaria diferenciación entre las obligaciones a cargo del Estado y a cargo de particulares, como el caso de las empresas transnacionales, pero al mismo tiempo, dada la evidente influencia que estas tienen sobre los asuntos públicos y sobre la vigencia de los derechos ambientales, concretando o, si así lo quisieran, contribuyendo a evitar la consolidación de las crisis ambientales, es necesario adoptar una interpretación amplia y armónica del deber de respeto de las empresas con los demás principios rectores, de forma que no se reduzca a obligaciones negativas, reconociendo en los casos particulares su grado de participación con base en el estudio de élites a los que se refirió el apartado anterior.

En efecto, esta propuesta busca reivindicar la obligación de “hacer frente a las consecuencias negativas” de la actividad corporativa respecto de los derechos ambientales, como un escenario de superación de una mera obligación de abstención. La globalización económica y la creciente interdependencia de los mercados internacionales han llevado a una mayor participación de las empresas transnacionales en los asuntos económicos y políticos de los países en los que operan. A medida que estas empresas

⁵¹ En el Marco de Ruggie (NACIONES UNIDAS, 2008a, párr. 81), se señala que ‘la relación entre complicidad y debida diligencia es clara y apremiante: las empresas pueden evitar la complicidad empleando los procesos de debida diligencia descritos anteriormente – los cuales, como puede advertirse, se aplican no sólo a sus propias actividades sino también a las relaciones vinculadas a ellos’.

han ganado un mayor poder y control sobre la economía global, se ha vuelto cada vez más importante examinar el papel que desempeñan en la protección y promoción de los derechos ambientales.

Dado lo anterior, posicionar la lupa para examinar las políticas de responsabilidad social empresarial en el escenario de la capacidad de influencia de la empresa para hacer efectivos los mandatos de mitigación y prevención y no como una declaración de buena voluntad para congeniar con un falso ambientalismo que persiga beneficios económicos sin retribuir la garantía de los derechos ambientales en el país receptor de la inversión, conllevaría a poner en otro nivel de eficacia los procesos de debida diligencia ambiental.

En esta medida, los principios fundacionales que se refieren a estos procesos de debida diligencia que podrían tornarse generales y abstractos, han sido concretados y extendidos en principios operacionales, como por ejemplo:

“16. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que: a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas; e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados

por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

18. A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

19. Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que: i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa; ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos. b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de: i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial; ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

20. A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe: a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados; b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

21. Para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. Las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos deberían informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. En cualquier caso, las comunicaciones deben reunir las siguientes condiciones: a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios; b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada; c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial.

22. Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.

23. En cualquier contexto, las empresas deben: a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

24. Cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, las empresas deben ante todo tratar de prevenir y atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata” (Organización de Naciones Unidas, 2011, págs. 19-32).

En esta perspectiva, la responsabilidad concreta de las empresas transnacionales y con ello la interpretación de los estándares de protección al inversionista extranjero habrán de considerar también su conducta en relación con su obligación de protección, promoción y

garantía de los derechos humanos y como se ha insistido, de su relación con los derechos ambientales, en los casos de afectación a la naturaleza, por ejemplo, no habrá de considerarse igual un caso de violación del estándar de trato justo y equitativo en el que el inversionista fue sancionado con ocasión a la falta de cuidado por contaminación de un ecosistema habiéndose advertido tal situación en los procesos de debida diligencia ambiental que debieron preceder al inicio de su actividad en el Estado receptor, que en el caso en que el inversionista es sancionado por falta de cuidado por contaminación de un ecosistema causado en el lugar que desarrolle su actividad pero por asuntos imprevisibles, externos y ajenos a los asuntos que debe tener en cuenta en las actividades previas a entrar en operación.

Así mismo, es importante resaltar que los procesos de debida diligencia exigen el máximo compromiso y respaldo por parte de los actores económicos y en tal medida deberían ser considerados dentro de los procesos administrativos que conllevan establecer una relación de inversión entre dos Estados y no simplemente como un “valor agregado” general y abstracto sujeto a la voluntad del inversionista que acepta adoptar un discurso ventajoso que en el fondo se centra en el criterio economicista y solo denota un básico ecologismo que profundiza las crisis ambientales, pues dicha postura oportunista en el marco de la capacidad de cada interviniente en la inversión, esto es, del Estado receptor y de la empresa transnacional habrá de ser igualmente tomado en consideración por el Estado a la hora de establecer su estrategia de defensa en un conflicto internacional de inversión y a la hora de ejercer su facultad sancionatoria a nivel local.

Plantear un modelo de responsabilidad social empresarial ambientalista, que permita una transición adecuada a la garantía de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales conlleva por tanto unos procesos de debida diligencia transparentes, en los que se cuente con elementos generadores de confianza suficientes por el interés ambiental y no por ningún otro de parte de los diferentes actores; por otro lado, también implica establecer unas reglas claras a seguir desde el primer momento por parte de la empresa en particular y finalmente, un conocimiento real y comprobado de las comunidades sobre los procesos que se adelanten, llevando esta clase de procedimientos de un eslogan empresarial que configura una estrategia de mercadotecnia a una práctica real y efectiva respecto de los derechos ambientales, como materialización de una ética ambientalista.

2.2.3 Mecanismos de reparación

En relación con la reparación se ha considerado un principio fundacional, así:

“25. Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces” (Organización de Naciones Unidas, 2011, pág. 33).

Así las cosas, es evidente que establecer mecanismos de reparación conlleva la necesidad de establecer vías de reclamación desde diferentes ámbitos, esto es, claramente desde el ámbito público en el que como se ha visto al tratar el deber de protección el Estado cuenta con diferentes medios de control a diferentes niveles que hacen posible las reclamaciones de quienes consideren afectados sus derechos ambientales y concretamente, los derechos de la naturaleza. Sin embargo, también es claro que las empresas deben fortalecer sus canales de reclamación ante la violación de los derechos ambientales y en tal medida, agilizar desde sus propios procedimientos (extrajudiciales) elevar el estándar de protección del ambiente, facilitando el acceso a mecanismos de restauración, compensación y reparación de los afectados.

Desde los principios operacionales que desarrollan este principio rector, la Organización de Naciones Unidas ha caracterizado estos mecanismos de reclamación, a partir de los siguientes atributos:

“a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación; b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos; c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación; d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de

reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto; e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego; f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos; g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; Los mecanismos de nivel operacional también deberían: h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios” (Organización de Naciones Unidas, 2011, págs. 35-43).

Para elucidar una propuesta es necesario, en primer lugar, diferenciar entre los conceptos de daño ambiental y daño personal. Así pues, las medidas de reparación del primero tienen un beneficiario en abstracto: la sociedad o el colectivo; por otra parte, el daño personal, por excelencia tratado en campos como la responsabilidad civil a través de mecanismos de reparación como la indemnización tiene uno o varios beneficiarios determinados en concreto, en consecuencia, hablar de la reparación daño al ambiente en el contexto de los derechos de naturaleza supone la restauración efectiva, esto es lograr lo más próximo al *statu quo ante* ambiental, antes que pero no excluyendo la indemnización a los afectados por el hecho dañoso, en la medida que ambos deben ser tenidos como componentes de una reparación en el contexto de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales.

En segundo lugar, el daño ambiental, en materia internacional, puede surgir de la trasgresión a una norma internacional, es decir, de un hecho internacionalmente ilícito, pero también, de un hecho internacionalmente lícito, al respecto la Declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992 ha establecido:

Principio 10 “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre otros el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Principio 13 “Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños

ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, bajo su control, o en zonas situadas fuera de toda jurisdicción” (Organización de las Naciones Unidas, 1992).

En el mismo sentido, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable de Johannesburgo del 2002, se reconoce que la reparación del daño ambiental no es la tendencia imperante a nivel internacional y nacional. (2002).

El derecho internacional general se encuentra fundamentado en el siguiente principio: “la violación de una obligación genera la obligación de reparar el daño que se produzca”, al respecto, la forma teórica de reparación establecida es la *restitutio in integrum*, a la que se refiere la sentencia de Tribunal Internacional de Justicia del caso de la Fabrica Chorzow de 1928, que centra la reparación por el daño internacional en los daños personales, patrimoniales y económicos.

Por su parte, el derecho internacional particular en sentido *lato* no prevé responsabilidad por omisión al cumplimiento de responsabilidad inicial, sin embargo, en casos particulares como el convenio sobre responsabilidad y compensación de daños producidos por el transporte de sustancias peligrosas y nocivas por el mar de 1996, se contempla la compensación por las medidas preventivas necesarias para minimizar el daño ambiental; similar estipulación se encuentra en el convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente de 1993 que contempla la indemnización, compensación y remediación del daño, posibilidad esta última entre la que se encuentra la restauración (para el daño ambiental) (Organización de las Naciones Unidas, 1996).

Siguiendo a Juste Ruiz, en torno a la institución de *lege ferenda*, se tiene que: “los textos internacionales que formulan el principio de responsabilidad y reparación de daños ambientales lo hacen en un tono de *lege ferenda*” (Juste, 1999, pág. 75) y, en consecuencia:

“... lo que respecta al crimen contra el medio ambiente, la práctica demuestra que la reparación de un daño ecológico de esta naturaleza es las más de las veces imposible, y que la sanción del Estado mismo requiere la puesta en marcha de mecanismos difíciles de instrumentar en el plano internacional”. (Juste, 1999, pág. 114).

Concretamente al hablar del daño ambiental, concuerda Oscar Cantalapiedra (2001) al indicar:

“Escapa muchas veces al ámbito del derecho privado puesto que se trata de bienes públicos. Por tanto, hay que buscar soluciones novedosas e imaginativas que permitan salvar esos escollos y complementen a los seguros de responsabilidad civil. Entre las soluciones propuestas están los sistemas colectivos de cobertura ideados por la Comisión Europea en el

Libro Verde, el superfondo estadounidense, que actúa de forma subsidiaria con respecto al mecanismo de responsabilidad civil y los pools de aseguradoras y reaseguradoras” (2001, pág. 69).

Esfuerzos importantes, en materia de verdadera reparación del daño ambiental, se han realizado en Estados Unidos con mecanismos como el *superfund* y en la Unión Europea con el Libro Verde y, concretamente, con la Directiva sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (Parlamento Europeo y del Consejo, 2004).

La directiva sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, anteriormente mencionada, establece como medidas reparadoras:

- Reparación primaria: medidas de restitución
- Reparación complementaria: medidas de compensación cuando las de restitución no sean posibles.
- Reparación compensatoria: medidas para mitigar las pérdidas provisionales mientras la reparación primaria se hace efectiva.

La combinación de los mecanismos anteriores, supondría, a través de una necesaria adecuación, la creación de un fondo de reparación, que garantice la viabilidad de las medidas que se ordenen, y, la adopción de una graduación de medidas, como propuesta idónea para la reparación *in natura*.

De acuerdo con Juan José González Márquez (2002) se puede evidenciar que:

“Desde la perspectiva de la reparación del daño, los sistemas jurídicos de varios países han recurrido a la adaptación del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo, pero pocos son los países en los cuales se han puesto en vigor disposiciones jurídicas específicas relativas a la responsabilidad y reparación del daño ambiental” (2002, pág. 116).

Sin embargo, se advierte que la legislación interna no ha desarrollado los mínimos parámetros exigidos por el derecho internacional, sobre el principio de reparación del daño ambiental ni mucho menos la correspondiente *restitutio in integrum*. Ahora bien, para el caso del daño ambiental producto de un hecho internacional y nacionalmente lícito, como es la actividad económica de diferentes industrias que pueden poner en riesgo el medio en que se desarrollan, es preciso establecer unos parámetros para el juzgamiento de los daños que se llegaron a causar. En este punto, se encuentra viable traer el modelo del

superfondo y los sistemas colectivos de cobertura al proceso que, por daños personales (económicos y patrimoniales) y ambientales, se deba surtir contra la persona que lo cause y, en tal sentido, encontrar la sostenibilidad financiera para la medida ambientalmente restaurativa que proceda de acuerdo con los parámetros planteados en los sistemas colectivos.

Establecido lo anterior, es claro que en la tensión derivada del conflicto entre los derechos de los inversionistas extranjeros y los derechos de la naturaleza como derechos ambientales, es necesario considerar adicionalmente que la efectividad de estos impone unas obligaciones correlativas a los actores económicos y para el interés particular de esta investigación, a los inversionistas extranjeros, cuyo cumplimiento puede ser procurado desde el plano institucional a partir de tres escenarios concretados en los principios rectores sobre empresas y derechos humanos, que entregan elementos del modelo neoliberal que pueden adaptarse, actualizarse e interpretarse en clave de derechos ambientales y de derechos de la naturaleza al analizar esta clase de conflictos según la capacidad de cada actor, concretando además el principio de precaución en un tránsito de la valoración económica derivada del principio de “el que contamina paga”, hacia la aplicación de los principios de prevención y precaución, con el fin de lograr materializar un criterio de justicia ambiental que permita exigir estos derechos.

Es así como, la materialización de los procesos de gobernanza y de caracterización de los actores involucrados en las relaciones comerciales en la naturaleza, en donde se encuentran principalmente las posiciones del Estado y del inversionista extranjero, se operativizan para concretar los derechos de cada uno, en obligaciones y deberes correlativos que en el plano internacional han sido vistos desde la protección, el respeto y la reparación de daños, siendo cada uno de estos principios complementario de los demás y utilizado en el marco de análisis que propone esta investigación como criterios sucesivos y complementarios para garantizar una interpretación *pro natura* en las relaciones de inversión extranjera, que tenga en cuenta la capacidad y posición reales de cada uno de los actores.

En síntesis, la relación entre los principios rectores sobre empresas y derechos humanos de la ONU y una propuesta de defensa a los derechos de la naturaleza ante los riesgos de la inversión extranjera para ellos como derechos ambientales está dada por su contenido en el ámbito internacional que a su vez, termina determinado en el marco de la defensa del Estado, por las políticas internas, así:

PRINCIPIO RECTOR	INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA	INTERPRETACIÓN CLÁSICA
Protección	A cargo del Estado como responsable de las actividades económicas dentro de su territorio en el marco de su capacidad institucional.	A cargo del Estado como responsable de las actividades económicas dentro de su territorio. Obligación amplia.

Respeto	Supera los límites de una obligación negativa y conlleva las acciones necesarias para que en el marco de sus capacidades se evite la violación de los derechos humanos.	Obligación negativa.
Reparación	A cargo del sujeto responsable, abarca el reconocimiento efectivo de nuevas subjetividades y conlleva: reparación o compensación transitoria o definitiva según sea el caso.	A cargo del sujeto responsable y abarca una visión restringida de los derechos humanos sin reconocer su relación próxima y necesaria con los derechos ambientales no humanos.

2.3 Justicia ambiental en perspectiva de exigibilidad de derechos

El manejo de los bienes ambientales y naturales genera impactos positivos o negativos en el ambiente de acuerdo con las medidas que se les dé, de uso, explotación, así como de protección, en ese sentido nace la preocupación sobre la distribución de estos impactos entre los diferentes miembros y sectores de la sociedad, siendo esta preocupación, según Arriaga y Pardo (2011), el argumento básico de la justicia ambiental, además de la garantía y posibilidad de acceso a los procesos de toma de decisiones con respecto al ambiente (pág. 642). Ikeme (2003, en Arriaga y Pardo, 2011) trae una división del concepto de justicia ambiental expuesto por Baden y Coursey (2002), al primero se le denomina justicia en resultado o ex post, que tiene su punto de partida en las consecuencias derivadas de determinada acción, mientras que al segundo se le denominó justicia en intención o ex ante, que recae sobre la ética que fundamenta determinada acción, más no el resultado (Arriaga y Pardo, 2011, pág. 642).

Por su parte, Gregorio Mesa (2015) ha expuesto que la consolidación de un sistema de justicia ambiental eficiente pasa por la idea del neoconstitucionalismo ambiental que tramite jurídica y políticamente los conflictos ambientales a partir de las siguientes posibilidades:

“1) Potencialidad de los estudios de caso y el compartir experiencias sobre qué se demanda y qué pretensiones jurídicas se demandan y cómo se exige

la reparación de los daños causados a la naturaleza y a las culturas, además de la sistematización de lecciones aprendidas a socializar con otros y otras.

2) Potencialidad de la acción colectiva y comunitaria desde los territorios y las alianzas con otros actores estatales y no estatales, desde nuevas formas comunicativas (incluyendo las posibilidades que presentan las nuevas tecnologías y las redes sociales) para incidir en la toma de decisiones.

3) Uso del derecho de manera alternativa, pero comprender que no todo termina resuelto por el derecho y la judicialización de los asuntos públicos. Por ello, persiste la reivindicación y lucha por los derechos y por los nuevos sujetos de derechos y por asegurar su garantía y protección efectiva” (Pág. 428-429).

Así mismo, la propuesta del profesor Mesa (2015) ha precisado que el estándar ambiental a tener en cuenta en un modelo de justicia ambiental deberá observar parámetros de sostenibilidad cercanos al desarrollo con bienestar social, en el que se parte de:

“Precisar cuáles son los límites y no solo las autorizaciones entendidas como licencias antiambientales, con certeza no serán los que resulten del licenciamiento exprés oral a la carta de las empresas privadas transnacionales y nacionales (y una que otra del Estado). La olla a presión de la conflictividad y las problemáticas ambientales estallará bajo nuevas y antiguas formas reconfiguradas. Por ello, el juez constitucional, siguiendo estándares ambientales más exigentes, como lo vienen demandando pueblos y comunidades tradicionales y sectores populares, debería precisar esos límites que indican qué, en qué tiempo y en dónde no se puede apropiar. Este estándar orientaría la justicia ambiental que contiene la justicia hídrica, energética, alimentaria y climática, desde huellas ambientales sensatas y razonables” (Pág. 430).

Dado que el estándar utilizado por el proyecto neoliberal ha sido el del principio de desarrollo sostenible que como se ha visto tiene fundamento antropocéntrico y no ha logrado conjurar las crisis ambientales, un análisis ambientalista de estas implica apartarse de dicho criterio y acoger una evaluación más estricta del factor económico desde la posición de las comunidades y su incidencia en la participación en la definición del modelo y la ejecución de los proyectos de explotación en perspectiva del impacto a la naturaleza en sí misma considerada, así como la previsión de su restauración ante la valoración de los riesgos concretos de daño ambiental.

Así, se trata de una forma de entender los procesos económicos en función de las características ambientales que conduzcan al equilibrio ambiental y consecuentemente al

desarrollo social pues “desarrollo no es sinónimo de crecimiento económico; este es solo uno de los medios para lograr el primero” (Gallopín, 2003, pág. 27).

En esta medida, la justicia ambiental resulta compatible con postulados del ambientalismo político latinoamericano, concentrándose en aspectos como la incidencia de los postulados de gobernanza ambiental y la garantía de los derechos del ambiente en perspectiva de su exigibilidad ante los riesgos de amenaza a tales bienes jurídicos tutelados o incluso ante su vulneración. En tal sentido, se ha encontrado que la justicia ambiental se manifiesta en diferentes dimensiones, entre las que Sánchez Supelano (2019) destaca:

“a) la distribución de las cargas y beneficios, entre los distintos sujetos en los territorios y en el tiempo –distributiva, dimensión espacial⁵² y temporal - b) la forma como se participa en la toma de decisiones –dimensión procesal- y c) las conexiones entre distribución adecuada y límites ambiental -dimensión desarrollada muy superficialmente, d) los intereses de quienes se toman en cuenta en las decisiones ambientales –dimensión del reconocimiento-.” (Pág. 148)

Si bien cada una de dichas dimensiones abarca aspectos relevantes dentro de la discusión de un modelo de justicia ambiental y con él, de las discusiones que las diferentes conceptualizaciones del asunto han derivado, la propuesta que aquí se plantea ha abarcado desde el ambientalismo político los fundamentos de una ética que combata los efectos de la apropiación corporativa de la naturaleza, postulando formulas interpretativas que permitan la distribución de límites y responsabilidades ambientales para la empresa transnacional pero también para el Estado en perspectiva de garantizar los derechos de la naturaleza como derechos ambientales.

⁵² El concepto del "derecho a la ciudad", que cuestiona el privilegio de ciertos grupos sociales en la producción del espacio y el poder desigual en la toma de decisiones. El derecho de los ciudadanos marginados a reclamar espacio y participar en el desarrollo urbano enfatiza la necesidad de democratizar los espacios de la ciudad y las formas de resistencia (Kaur Amar & Teelucksingh, 2015, p.45) o aquellos relacionados con la deuda ambiental norte sur (Mesa Cuadros G., 2013, pp. 252 -267), ejemplifican esta idea de inadecuada distribución espacial de las cargas y beneficios ambientales.

Así, por ejemplo, se ha expuesto cómo el criterio distributivo que fundamenta un modelo de justicia ambiental debe tener un contenido orientado a los fines que persigue la protección del ambiente y en esa medida, la “neutralidad moral” liberal, que en la práctica ha constituido el vehículo para permitir la apropiación corporativa del ambiente, se evidenciaría en una limitación injustificada de tales fines superiores (Sanchez Supelano, 2019).

En este contexto, Luis Fernando Sánchez (2012) ha caracterizado un esquema idóneo de protección al derecho al ambiente sano, que como se deriva de lo estudiado en el acápite pertinente, constituye la base de la Constitución Ambiental en el caso colombiano, cuando se reúnen los siguientes elementos:

- “1) reconocer el derecho al ambiente sano en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, es decir en el nivel constitucional, y en igualdad de condiciones con los demás derechos.
- 2) el derecho al ambiente sano debe servir como un instrumento de limitación del poder y debe existir la posibilidad de reivindicarlo judicialmente ante el Estado y ante particulares sin mayores restricciones procesales.
- 3) el reconocimiento al derecho a un ambiente sano debe ir acompañado del establecimiento de obligaciones ambientales en cabeza del Estado y de particulares” (Pág. 150).

Como se vio, para el caso colombiano el reconocimiento de los derechos de la naturaleza partió de la actualización interpretativa formulada por la Corte Constitucional en conocimiento de la acción de tutela que buscaba la protección de entre otros, el derecho al ambiente sano y así mismo los pronunciamientos que reconocieron derechos a otros ecosistemas provinieron igualmente de autoridades judiciales en su mayoría pero no exclusivamente en conocimiento de acciones de tutela, por tanto, es preciso pasar a revisar cómo los elementos de un esquema idóneo de protección del derecho al ambiente sano se manifiestan en el nivel nacional, regional y global y cómo en dichos escenarios y a partir de estos elementos se establecería una vía para mitigar los riesgos para la vigencia de los derechos de la naturaleza derivados de la inversión extranjera, viabilizando la exigencia de los estándares estudiados al referirnos al ambientalismo político latinoamericano, concentrándose por tanto en la dimensión de reconocimiento de los derechos ambientales en general y de los derechos de la naturaleza en particular.

2.3.1 Exigibilidad de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales en Colombia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución Política y si se siguiera la interpretación tradicional y consolidada con base en una interpretación liberal de sus contenidos, los derechos del ambiente al estar contemplados junto con los derechos colectivos tienen como medio de protección la acción popular, regulada por la Ley 472 de 1998.

Sin embargo, al tener en cuenta la actualización interpretativa que se ha traído a colación anteriormente, que viabiliza la posibilidad de reconocimiento de los derechos de la naturaleza desde los contenidos mismos de la Carta Política y no como un simple reconocimiento con origen jurisdiccional, pues parte de que esos pronunciamientos jurisprudenciales tienen un respaldo -reconocido expresamente en las decisiones judiciales o no- en el capítulo 3 del título 2 de la Constitución, es preciso reconsiderar que la Constitución Política reconozca exclusivamente la acción popular para la protección de los derechos del ambiente.

Así se ha demostrado cuando al reconocer derechos a diferentes ecosistemas, como el caso del Río Atrato, se ha admitido el ejercicio de acciones diferentes para la protección de derechos del ambiente como el del ambiente sano, como la acción de tutela, sin embargo, dicha admisión se ha encontrado mediada de argumentos como la conexidad a la que se ha referido la Corte Constitucional en consolidada jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia T-491 de 1992 en la que se precisa que:

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”. (Corte Constitucional, 1992).

No obstante, de lo que aquí se ha considerado resulta que esta clase de fundamento para admitir el ejercicio de acciones constitucionales como la acción de tutela en protección de los derechos de la naturaleza se aparta del enfoque ecocéntrico que ha soportado su

reconocimiento pues presenta rasgos de cercanía con un enfoque antropocéntrico que categoriza los derechos, dejando de lado su autonomía como derechos humanos y mucho más como derechos ambientales.

En este contexto, se observa la necesidad de además de que se reinterpreten los postulados que fundamentan la definición de la política pública en perspectiva de los derechos ambientales, también se reinterpreten las reglas procesales que permitirían la exigibilidad de tales derechos, esto es, en primer lugar, dotar de verdadera personería adjetiva a la naturaleza, a través de sus representantes para hacer exigibles sus derechos.

En este propósito se observa necesario acoger un criterio amplio para el reconocimiento de la personería adjetiva de la naturaleza, partiendo para su representación de la misma base participativa en el nivel territorial que caracterizaría un modelo de justicia ambiental democrático y participativo, por lo que de lo expuesto hasta este punto se derivarían dos consecuencias: (i) La posibilidad de agencia para la protección de los derechos de la naturaleza sin que el reconocimiento jurisdiccional constituya un requisito previo para el caso de un ecosistema en particular y (ii) la discusión sobre la representación de los ecosistemas particularmente considerados para legitimar la posibilidad de exigir sus derechos ante amenazas o violaciones.

Sobre la primera de las consecuencias señaladas se encuentran a su vez implicaciones concretas, en efecto, si bien esta propuesta promueve que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no parte de un pronunciamiento judicial sino del mismo texto constitucional, por lo que deberían poder exigirse en sede judicial sin necesidad de que antes hayan sido declarados sujetos de derechos en una providencia, lo cierto es que son varios los ecosistemas concretos que han sido declarados sujetos de derechos en sede judicial.

Así, si las providencias en que se reconocieron como sujetos de derechos a determinados ecosistemas también ordenaron unas acciones u omisiones con el fin de reivindicar tales derechos a través del cese de los riesgos o daños que constituyen la afectación, es posible abrir paso a un incidente de desacato en el evento de incumplimiento de tales órdenes. Sin embargo, nuevamente se presenta una dificultad relacionada con la naturaleza de las ordenes pues es bien conocido que la Corte Constitucional en sede de tutela ha proferido algunas decisiones conocidas como sentencias estructurales, que al contener ordenes de este tipo no son susceptibles de desacato, más que de seguimiento.

Sobre las ordenes estructurales en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional se ha indicado que:

“En el ámbito colombiano, las sentencias estructurales son asociadas con los objetivos trazados por el litigio estratégico (Coral, Londoño y Muñoz, 2010; Duque, 2014; Roa y Klugman, 2019)⁵³ ; el uso de la doctrina del estado de cosas inconstitucional, y las facultades de retención de la competencia por parte de los jueces, en el marco de la acción de tutela. Esto, aún después de emitida la sentencia según el mandato normativo: “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho, eliminadas las causas de la amenaza” (inc. final, art. 27 del Decreto 2591 de 1991). Ahora bien, aunque cualquier juez puede implementar dicha facultad, dado el desgaste institucional que la supervisión del cumplimiento del fallo supone para el tribunal en cuestión, la Corte Constitucional goza de mayores herramientas y capacidad de gestión, como órgano de cierre funcional de la jurisdicción constitucional.

Esa capacidad de retención judicial de la competencia en la tutela también la poseen otras acciones, como las populares, lo que permite a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado discrecionalmente: a) la posibilidad de modificar la estructura de la misma rama judicial, incorporando salas

⁵³ El litigio estratégico puede servir para: “i) develar y exponer patrones de conducta ilegales o arbitrarios, y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; ii) promover derechos no garantizados por deficiencias de la administración pública, lo que permitirá hacer efectivas las conquistas logradas a nivel legislativo o en el plano político; iii) denunciar políticas públicas que contradicen estándares internacionales en derechos humanos, sea porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan derechos humanos; iv) presionar para que la Función Judicial incluya en su agenda temas relacionados con los derechos humanos; v) abrir nuevas vías de participación, fortaleciendo la capacidad de acción de las organizaciones; vi) lograr un cambio para personas en situación similar; vii) aumentar la toma de conciencia y generar debate público” (Duque, 2014).

especialmente diseñadas⁵⁴ para el seguimiento de sentencias específicas⁵⁵ ; b) continuar emitiendo autos para solicitar, organizar, analizar y actualizar la información obtenida por las entidades condenadas, a efectos de verificar el goce efectivo de los derechos protegidos; c) generar una conversación con los organismos involucrados en el cumplimiento de la sentencia, mediante la solicitud de informes de cumplimiento” (Rodríguez Peñaranda, Jiménez Estévez, & León Peñuela, 2021, págs. 19-20)

Dado lo anterior, la categoría de las sentencias estructurales que se ha ido volviendo popular con el tiempo en la justicia constitucional, misma que inició el camino de declaración de ecosistemas como sujetos de derechos plantea dificultades en la concreción de sus órdenes, que por demás se encuentran cada vez más orientadas a modificaciones en la política pública para la modificación de un escenario macro y menos a la concreción de reclamos de justicia concretos, como los que se derivan de los riesgos identificados en el anterior capítulo.

Si bien se considera que la propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza involucra en un primer momento la definición de una postura fundada en los derechos ambientales inspirada en los postulados del ambientalismo político, el asunto de su exigibilidad debe contar con herramientas concretas que la hagan posible en escenarios particulares, que puedan seguirse de mecanismos como el incidente de desacato con el fin de obtener resultados concretos y en un tiempo razonablemente inferior al del cumplimiento de una sentencia estructural que en primer momento es objeto de mecanismos de seguimiento especiales dada la magnitud y alcance de sus órdenes.

En tales términos, deberá establecerse claramente que una orden que busque reivindicar los derechos de un ecosistema en concreto no constituya una orden estructural antes de buscar su cumplimiento a través del incidente de desacato, riesgo que podría presentarse con mayor facilidad en los eventos en que el carácter de “sujeto de derechos” se declara en una decisión judicial, que con el fin de buscar materializar tal declaratoria emite una serie de órdenes relacionadas con la política del ecosistema en específico pero que atañen

⁵⁴ Las sentencias estructurales de mayor calado en los últimos años se han ubicado en la línea de protección de los derechos de la naturaleza. De hecho, fue reconocida como sujeto de derechos con sendas decisiones de las tres Altas Cortes: i) la acción popular del río Bogotá del Consejo de Estado del 28 de marzo de 2014, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, ii) la del río Atrato de la Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016; y iii) la de la Amazonía, tutela resuelta por la Corte Suprema de Justicia, stc4360 de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa.

⁵⁵ La Corte ha utilizado esta facultad en dos oportunidades: con la sala de seguimiento para la crisis de la salud y con la del desplazamiento forzado.

a todo el modelo de protección ambiental y generan una serie de efectos indirectos, como es el caso de la sentencia del Río Atrato que además de que desde el año 2016 no ha logrado implementarse en su totalidad, dio lugar a que más ecosistemas fuesen declarados sujetos de derechos.

En tal escenario habrá de revisarse si las ordenes emitidas en sede judicial permiten la satisfacción de los derechos de la naturaleza para el ecosistema en particular en el contexto de los derechos ambientales y de ser así, buscar su implementación a través de los mecanismos de seguimiento establecidos normalmente en la decisión o frente a la instancia judicial que se haya reservado su seguimiento, como en el caso del Río Atrato sería el Comité de Seguimiento y en último momento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Si las ordenes emitidas en sede judicial no permiten la satisfacción de los derechos de la naturaleza para el ecosistema en particular en el contexto de los derechos ambientales y bajo las circunstancias que se presenten, habrá de buscarse diferentes medios de control judicial para exigir tales derechos, tal como si dicha decisión judicial previa no existiese y por el contrario dotando de verdadera agencia a las comunidades y pueblos locales que en manifestaciones no institucionales persiguen la reivindicación de los derechos ambientales.

Ahora bien, en los eventos que no se ha declarado la calidad de sujeto de derechos en una providencia judicial sino que la misma se reconoce de una interpretación ambientalista de la Constitución Política, que podría considerarse un escenario ideal de reconocimiento, debería igualmente seguirse dicho reconocimiento para ordenar concretamente las acciones u omisiones pertinentes para la restauración e incluso reparación de los ecosistemas sin que ellas constituyan ordenes estructurales y por tanto puedan ser posteriormente exigibles a través del incidente de desacato en caso de incumplimiento.

En segundo lugar, un asunto trascendental para tal reivindicación recae en la representación de tales ecosistemas, aspecto en el que siguiendo un modelo de ambientalismo político democrático y participativo consideramos necesario plantear un modelo amplio de representación desde las comunidades locales y pueblos originarios, de la misma manera que se expuso para la definición de la política pública, pero para la resolución de la disputa en el caso concreto.

De tal manera, el principio que debería seguirse para la definición de las reglas de procedimiento que validen un modelo participativo que siga los postulados del ambientalismo político en el contexto del ordenamiento colombiano, es el de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal que con base en los derechos ambientales permitiría no solo la definición sino la materialización de un modelo de justicia ambiental en las estructuras procesales existentes, sin que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se convierta en una expresión retórica dentro de un sistema jurídico antropocéntrico, liberal y excluyente.

2.3.2 Elementos para la exigibilidad de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales a nivel regional: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos igualmente se han encontrado algunos elementos de utilidad para un modelo de protección de los derechos de la naturaleza, si bien se trata de un sistema de protección a los derechos humanos y en tal medida no atañe directamente a los derechos ambientales no humanos, entre los que se encuentran los derechos de la naturaleza, sí contempla aspectos que en la perspectiva de integralidad de los derechos ambientales permiten conocer el alcance de las obligaciones que se han impuesto a los Estados para la protección del derecho al ambiente sano, estructurando una línea lógica con los postulados de la Constitución Ambiental de Colombia.

Así las cosas, mediante la opinión consultiva OC-23 del 15 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos absolvió una solicitud presentada por la República de Colombia en relación con el ambiente y los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se trató el tema de las obligaciones de los Estados a la luz del Pacto de San José para garantizar la vigencia de los derechos humanos.

En dicha opinión consultiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) destacó que en materia de procedimientos, los derechos humanos serían respetados en su relación con el ambiente cuando se observen las siguientes obligaciones por parte de los Estados: “(1) el acceso a la información; (2) la participación pública, y (3) el acceso a la justicia” (Pág. 85).

Sobre el acceso a la información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) indicó que:

“los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitando la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado. Este derecho no es absoluto, por lo que admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, responden a un objetivo permitido por la Convención Americana y sean necesarias y proporcionales para responder a un interés general en una sociedad democrática” (Pág. 90-91).

Así, en consonancia con las obligaciones de protección del Estado, tratadas en el anterior apartado, su cumplimiento implica la salvaguarda de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, guardando especial sistematicidad en la interpretación de los derechos ambientales humanos y no humanos. En paralelo, el cumplimiento de esta obligación de protección en materia de información implica establecer con rigurosidad criterios para la entrega de la información detallada de los inversionistas extranjeros y de su actividad sobre la naturaleza de forma que pueda ser difundida de forma clara y completa, como un parámetro de prevención pero también de calificación de la responsabilidad que de su actividad comercial pueda surgir, materializando la soberanía interna estatal.

Sobre la participación pública por su parte, la Corte precisó que:

“del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante⁵⁶.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, en el ámbito europeo, el artículo 1 de la Convención de Aarhus consagra explícitamente los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. Con respecto a la participación pública el artículo 7 establece: “Cada Parte adoptará disposiciones

232. En lo que se refiere al momento de la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación⁵⁷. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial⁵⁸ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pag. 92-93).

Al respecto, cabe insistir como se ha indicado líneas atrás que los procesos de participación a través de verdaderas consultas informadas y de involucrar a los locales en la toma de decisiones antes, durante y después de cualquier actividad económica que intervenga su entorno cotidiano y por supuesto, la naturaleza, son un elemento fundamental para calificar la responsabilidad de los diferentes actores, pues hablar de exigir materialmente los derechos de la naturaleza como derechos ambientales pasa por identificar que no necesariamente adelantar procedimientos formales de audiencia y notificación para conseguir licencias formales no constituye ninguna garantía y que por el contrario, uno de los factores ignorados y de gran trascendencia en un modelo como el que aquí se fundamenta, es el grado de democracia que se refleje en las decisiones previas, concomitantes y posteriores a la actividad comercial del inversionista.

prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes y programas relativos al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias". Cfr. Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), entrada en vigor el 30 de octubre de 2001, arts. 1 y 7.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Directrices de Bali), adoptadas en Bali el 26 de febrero de 2010 por el Consejo de PNUMA, Decisión SS.XI/5, parte A, directriz 8; Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), entrada en vigor el 30 de octubre de 2001, art. 6, y Comisión de Derecho Internacional, Comentarios al proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 13, párrs. 1 y 3.

⁵⁸ Varios de estos mecanismos se encuentran establecidas en los sistemas jurídicos internos de varios Estados de la OEA. Véase, por ejemplo: (Argentina) Ley General del Ambiente, Ley No. 25.675 de 27 de noviembre de 2002, arts. 19 y 20); (Bolivia) Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 343; (Ecuador) Código Orgánico del Ambiente del Ecuador de 12 de abril de 2017, art. 184; (Guatemala) Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental de Guatemala, Acuerdo No. 137-2016 de 11 de julio de 2016, art. 43; (México) Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos de 28 de enero de 1988, art. 20 BIS 5, y Uruguay (Ley de Protección al Medio Ambiente No. 17.283 de 12 de diciembre de 2000, arts. 6 y 7 y Ley de Medio Ambiente No. 16.466 de 19 de enero de 1994, arts. 14.

Finalmente, en relación con el acceso a la justicia la Corte consideró que:

“los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental”⁵⁹(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pag. 94).

Sobre este último aspecto, el Sistema Interamericano entrega un elemento que permite elevar el estándar de protección de los derechos de la naturaleza considerando que la realidad de los derechos humanos ambientales inciden en la situación de los derechos humanos no ambientales, y que como estos terminan siendo invocados por los representantes humanos de la naturaleza, las formalidades y reglas que materialicen el derecho a que se imparta justicia respecto de estos derechos no humanos implica considerar que las exigencias procesales en esta clase de conflictos ambientales deberán estar completamente justificadas en la protección del ambiente y en la reivindicación de sus derechos, so pena de convertir al Estado en un agente revictimizante del daño ambiental.

Visto lo anterior, es viable concluir que el tercer pilar que fundamente una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza frente a los riesgos derivados de la inversión extranjera está relacionado con su exigibilidad como derechos ambientales, al respecto se ha destacado que si bien, la exigibilidad de los derechos hace referencia solo a una de las dimensiones de la justicia ambiental, es aquella que permite valorar que los esfuerzos de adoptar una interpretación *pro natura* del ordenamiento y con él de los estándares de

⁵⁹ Varios de estos mecanismos se encuentran establecidas en los sistemas jurídicos internos de varios Estados de la OEA. Véase, por ejemplo: (Argentina) Ley General del Ambiente, Ley No. 25.675 de 27 de noviembre de 2002, arts. 19 y 20); (Bolivia) Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 343; (Ecuador) Código Orgánico del Ambiente del Ecuador de 12 de abril de 2017, art. 184; (Guatemala) Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental de Guatemala, Acuerdo No. 137-2016 de 11 de julio de 2016, art. 43; (México) Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos de 28 de enero de 1988, art. 20 BIS 5, y Uruguay (Ley de Protección al Medio Ambiente No. 17.283 de 12 de diciembre de 2000, arts. 6 y 7 y Ley de Medio Ambiente No. 16.466 de 19 de enero de 1994, arts. 14.

protección a inversionistas extranjeros, con base en los criterios otorgados por el ambientalismo político desarrollado en nuestramérica.

En este sentido se encontraron elementos desarrollados por el modelo impuesto, pero que permiten, igual que en el caso de los derechos del ambiente, una actualización interpretativa, esto es, el de los sistemas de derechos humanos que tanto a nivel local como a nivel regional han impactado nuestro sistema jurídico y en tal medida, permiten elevar el nivel de reconocimiento de los derechos de la naturaleza, pasando de reconocimientos en decisiones jurisdiccionales para posteriormente ser titulares de personería adjetiva, a verdadero reconocimiento como sujetos, lo que a su vez permite pasar de complejos escenarios de litigio estratégico y sentencias estructurales, que si bien aportan a una macro discusión de política pública, dificultan el logro de la conquista material y concreta de los derechos de la naturaleza, a escenarios de ordenes concretas y agencias democráticas para su materialización.

Por otro lado, el modelo del sistema interamericano ha definido elementos que permiten también ser extendidos interpretativamente para fundamentar una defensa de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales, pues concebirlos como tal implica un grado de eficacia de los derechos ambientales humanos, y en tal sentido, existe una correlación entre la garantía de unos y otros a efectos de preservar la democracia en el contexto del Pacto de San José de Costa Rica, con fundamento en el que la información, la participación y los mecanismos de acceso a la justicia material y no simplemente formal cobran especial relevancia a la hora de cumplir las obligaciones del Estado, que como es lógico implica el ejercicio de unas funciones regulatorias en materia de inversión extranjera sobre el ambiente y por tanto, como los derechos ambientales se interpretan como parte del *ius cogens* internacional, la justicia ambiental deviene en un objetivo que de ninguna forma puede ubicarse en un plano inferior al cumplimiento de obligaciones de derecho privado derivadas de un tratado bilateral de inversión.

Conforme a lo expuesto en este capítulo son dos escenarios los que influyen directamente en la defensa del Estado en el marco de las reclamaciones arbitrales de inversión extranjera y que conllevan a la mitigación de los riesgos derivados de esta clase de actividades para contribuir a la eficacia de los derechos de la naturaleza: el escenario interno y el escenario internacional propiamente dicho, que son verificables de la interpretación que los tribunales arbitrales han dado a los diferentes estándares de protección y de los argumentos esgrimidos por los Estados ante las demandas de los inversionistas.

El primero de ellos está relacionado con los aportes que el ambientalismo político latinoamericano ha hecho en materia de gobernanza y en la interpretación del derecho al ambiente sano. Sobre los asuntos relacionados con la gobernanza son tres los aspectos a considerar a su vez: (i) los niveles de participación efectiva, (ii) las relaciones entre la élite y las autoridades públicas y (iii) el significado o la priorización que se da a los mercados mundiales, a los bienes ambientales y naturales y a la limitación de los recursos. Según dichos asuntos contemplen elementos de mayor grado de reconocimiento de las comunidades locales, así como de las nuevas subjetividades como entidades con intereses definidos, mayor grado de alternatividad se reconocerá a la propuesta y en tal medida, contribuiría a plantear una política interna sólida de materialización de los derechos ambientales no humanos, que permita de forma coherente valorar los esfuerzos del Estado a los tribunales.

El segundo aspecto está relacionado con los estándares internacionales de derechos humanos y concretamente con los principios rectores sobre empresas y derechos humanos que en aplicación de los postulados que promueven una actitud precavida de las empresas en el sector extractivo conllevan 3 premisas básicas como son: (i) la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, a la que se reconocerá un mayor grado de alternatividad en la medida que adelante una valoración del cumplimiento de dicha obligación en el marco de sus capacidades, dada la soberanía corporatizada que caracteriza la materia, (ii) la obligación de respetar los derechos humanos en cabeza de las empresas transnacionales, que conlleva la carga de actuar en la medida que sea posible evitar que se violen los derechos humanos y (iii) la obligación de reparar en cabeza de quien viole los derechos humanos, a cuya interpretación se reconocerá mayor grado de alternatividad en la medida que incluya acciones compensatorias y no simplemente reparatorias, respecto de los nuevos sujetos de derechos y no solamente de la persona humana.

Finalmente, a efectos de entrelazar estos dos ámbitos interno e internacional en la responsabilidad derivada del arbitraje de inversión, surge un tercer parámetro de análisis que es el relacionado con la justicia ambiental y con la posibilidad de exigir los derechos ambientales en un escenario concreto, en el que serán tomados como factores de medición la coherencia con los pronunciamientos que en sede de las diferentes acciones previstas en el ordenamiento interno se hayan producido, así como los principios del sistema interamericano de derechos humanos aplicables al asunto, a saber: (i) información, (ii) participación pública y (iii) acceso a la justicia, que según sean

interpretados bajo reglas que incluyan los derechos de la naturaleza, serán más adecuadas para la defensa del Estado de forma transparente y coherente.

En esta perspectiva, las tensiones derivadas de una interpretación marcadamente antropocéntrica y economicista que relega los criterios ambientalistas a inferior categoría a la hora de dirimir los conflictos de inversión en detrimento de la Constitución Ambiental y de su consolidación a través de una política congruente con la jurisprudencia que da origen a los derechos de la naturaleza en Colombia, se ve relativizada en su efectividad ante los riesgos de daño ambiental por parte del inversionista extranjero, que desconocen una cosmovisión local del desarrollo, con implicaciones en la formulación de la política ambiental. Dado lo anterior, las relaciones de inversión desde y con la naturaleza deberán interpretarse sistemáticamente en perspectiva de derechos ambientales, humanos y no humanos, adoptando un criterio de evaluación de la conducta de la empresa en materia de verdadera responsabilidad social y ambiental igual al que se adopte para calificar la conducta del estado en el tratamiento de las expectativas que el inversionista tenga en el Estado receptor, a efectos de evitar y conjurar las asimetrías derivadas para el ordenamiento interno de las decisiones como la del caso Eco Oro vs. Colombia en materia de soberanía, tal como pasará a demostrarse en el siguiente capítulo.

3. CAPÍTULO 3: EL CASO ECO ORO V. COLOMBIA EN CLAVE DE DERECHOS DE LA NATURALEZA COMO DERECHOS AMBIENTALES

Para ilustrar la argumentación expuesta en los dos capítulos precedentes desde la práctica del derecho internacional de las inversiones, a continuación se esbozará la realidad de las tensiones identificadas en el primer capítulo y la contribución de los puntos de fundamentación de la defensa de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales en la controversia concreta de la empresa canadiense Eco Oro Minerals Corp. (antes Greystar Resources Ltd.), contra la República de Colombia, que tiene como escenario el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI, en razón del Tratado Bilateral de Inversiones -TBI- celebrado entre este Estado y Canadá que amparaba la inversión adelantada por esta empresa transnacional en la concesión 3452 del proyecto Angostura otorgada en 2007 que incluía un área significativa del Páramo de Santurbán, pero que contaba con antecedentes de integración a otros proyectos teniendo en cuenta que la empresa operaba en Colombia desde 1994, bajo lo dispuesto en el Código de Minas de 2001.

Dicho estudio será adelantado a través de una metodología dogmática en la que se tendrán en cuenta diferentes fuentes pero principalmente aquellas relacionadas en el proceso arbitral que incidieron en la decisión sobre jurisdicción del tribunal de CIADI, en efecto, se trata de un análisis documental que permitirá evidenciar en los casos prácticos la incidencia de los elementos adoptados como parámetro de análisis en el capítulo anterior para resolver o al menos aligerar las tensiones identificadas en el primer capítulo, respecto de este caso en concreto.

Tal litigio surge de la solicitud de arbitraje presentada por la empresa transnacional Eco Oro Minerals Corp., quien afirma que el Estado anfitrión violó las cláusulas de no expropiación y estándar mínimo de trato a las que se encontraba obligado por el TBI, así: (i) se invocó una violación del artículo 811 del Tratado por considerar que existió una expropiación indirecta de la inversión por parte del Estado a través de la delimitación del

Páramo de Santurbán como zona protegida de actividad minera y (ii) se invocó una violación del artículo 805 del Tratado por considerar que el Estado violó el estándar mínimo de trato al (ii.i) desconocer las expectativas legítimas de Eco Oro de explorar y explotar la totalidad de su concesión, (ii.ii) no mantener un ambiente de inversión estable y transparente que de acuerdo con la demandante, la sometió a una “montaña rusa regulatoria”, causada entre otras por la demorada, confusa e incierta delimitación del Páramo de Santurbán, y finalmente (ii.iii) al desconocer arbitraria, caprichosa y desproporcionadamente el estándar de trato justo y equitativo con la expedición de la Resolución 2090 de 2014 que concretó dicha delimitación, así como de otras medidas que la antecedieron y fundamentaron.

Para los intereses particulares de esta investigación se hará referencia a algunos puntos de la motivación del tribunal para desestimar una violación al estándar de no expropiación pero se centrará el análisis en el estudio de la violación al estándar mínimo de trato, por haber sido este, aquel respecto del cual el Tribunal Arbitral encontró una violación de parte del Estado, y por tanto, ser aquel que compromete la responsabilidad del Estado por interpretaciones que atañen directamente a los derechos de la naturaleza como derechos ambientales y demás derechos ambientales conexos.

En efecto, el Tribunal Arbitral en la decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre la cuantificación del daño del 09 de septiembre de 2021, encontró que el Estado no violó el estándar de no expropiación previsto en el Tratado pues las medidas para la delimitación del páramo fueron adoptadas de buena fe y sin incurrir en discriminación alguna respecto del inversionista, considerando la baja capacidad de recuperación de los páramos ante las operaciones mineras que pretendía desarrollar Eco Oro allí.

Sin embargo, el Tribunal sí encontró que el Estado violó el estándar mínimo de trato en lo relacionado con el estándar de trato justo y equitativo al encontrar probado que Colombia desconoció la expectativa legítima del inversionista a adelantar actividades de explotación en la totalidad de la concesión; así como al omitir garantizar un escenario comercial previsible para el inversionista, pues en la realidad observó un escenario de incertidumbre con fundamento en la facultad de delimitación del Estado y finalmente, calificó la omisión de delimitar el páramo como una negligencia deliberada que en el contexto particular de impedir a Eco Oro una prórroga para presentar el Plan de Trabajo y Obras (PTO) que le era exigido para acceder a la explotación, constituyó una decisión manifiestamente injusta.

Ahora bien, la situación particularmente resumida evidencia la gran tensión entre el cumplimiento de las obligaciones de protección y salvaguardia ambiental con el desarrollo del modelo económico neoliberal y su dogma de crecimiento económico a través de la inversión extranjera como vehículo de desarrollo. Para el caso en particular, son de relevancia las cláusulas pactadas entre Colombia y Canadá en su tratado bilateral de inversiones, celebrado con fundamento en el desarrollo de una economía de libre mercado que sirve de sustento constitucional al modelo económico adoptado en Colombia, cuyas consecuencias se han ido manifestando en decisiones como la adoptada por el Tribunal del CIADI el 09 de septiembre de 2021 pero también en bastos conflictos socioambientales que hacen de la protección al ambiente una discusión ideológica, cuando en realidad y antes que eso, es una obligación derivada del *ius cogens* internacional e igualmente respaldada en la Constitución Política.

El Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre Colombia y Canadá incluye una cláusula de excepción ambiental que establece el respeto a la facultad regulatoria en materia ambiental del Estado anfitrión, sin embargo, el simple hecho de invocar esta prescripción no otorga un valor ni siquiera igual a los argumentos ambientales de la defensa del Estado frente a los asuntos comerciales invocados por el inversionista, es así como, es evidente que uno de los puntos de mayor relevancia al pactar esta clase de acuerdos de inversión, así como al someter a un Tribunal esta clase de controversias ha de ser la interpretación que a estas facultades se dé en el contexto de las diferencias por ejemplo en materia de biodiversidad de cada uno de los Estados.

Para la decisión que se analiza, gran parte de la motivación del Tribunal Arbitral para encontrar que existe una violación del estándar mínimo de trato recae en que encontró probada la “montaña rusa regulatoria” a la que refiere la demandante conforme se señaló anteriormente, no obstante, bajo el análisis de los criterios otorgados por el ambientalismo político latinoamericano y en un estudio de los actores que intervienen directa e indirectamente en la controversia, así como con base en la eficacia que la actividad de la empresa dio a los principios de responsabilidad social empresarial concretados en los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que conllevan a establecer situaciones concretas de la conducta del inversionista y del Estado para garantizar la búsqueda de la justicia ambiental, es viable adelantar que la conclusión derivada de la retroalimentación de la decisión arbitral se fundó en el desconocimiento, al parecer deliberado, de una relación económicamente subordinada en la que el Estado es directamente influido por actores económicos y por el inversionista en concreto para torpedear los procesos de protección ambiental, en cuya incongruencia fundamenta su decisión de responsabilidad. Es así como, pasará a comentarse la identificación de cada uno de estos puntos y su incidencia en la decisión del Tribunal en el caso en concreto.

3.1 Una relación de influencias abiertamente ignorada

La decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre la cuantificación del daño del 09 de septiembre de 2021 es generosa en relatar cómo a juicio del Tribunal se constituyó una montaña rusa regulatoria que conllevó al desconocimiento de las expectativas legítimas del inversionista, que materializó la violación al estándar mínimo de trato, pues en una relación detallada del material probatorio aportado al expediente se encuentra que la protección de los páramos siempre ha sido una obligación de las autoridades públicas y que el punto central de la controversia pasa por la forma cómo el Estado ha dado cumplimiento a dicha obligación, que a juicio del Tribunal ha sido tardía, confusa y desproporcionada.

Respecto del calificativo de tardío dado por el Tribunal, es claro que, independientemente del momento en que las autoridades hayan decidido dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales y legales, ningún principio de derecho consuetudinario internacional podría conllevar a castigar al Estado por el cumplimiento de sus obligaciones, menos aun cuando ellas se deriven del *ius cogens* internacional. Sin embargo, sí llama la atención cuál fue el proceso para que en la formación de la decisión sobre cómo dar cumplimiento a la obligación de protección de los páramos, esta se tornara confusa e implicara un largo tiempo y múltiples decisiones objeto de cuestionamiento en diferentes instancias.

Primero, es necesario destacar que, desde una visión ambientalista la formación de esta clase de decisiones lejos de tratarse exclusivamente de un asunto tecnocrático que depende de la voluntad de la administración de turno en un pulso entre las carteras de minas y ambiente, implica una serie de luchas sociales desde los escenarios locales. Es por ello que la real y efectiva materialización de los procesos de consulta guardan especial relevancia en lo que se traduciría una decisión de delimitación de zonas protegidas.

Dicho en otras palabras, una correcta gobernanza ambiental del Páramo implica reconocer el conflicto surgido a nivel local entre quienes amparados en la protección constitucional y legal al ambiente pretenden la delimitación y restricción de actividades extractivas en la zona por su importancia en la generación hídrica y la baja capacidad de recuperación ante

las consecuencias de esta actividad comercial allí y quienes invocando condiciones propicias para el desarrollo de actividades de trabajo se alinean con la prevalencia del interés económico y por tanto, cuestionan estas medidas de protección.

Este conflicto local antes expuesto es ignorado en las razones que el Tribunal Arbitral recoge para atribuir responsabilidad al Estado, pues la motivación del análisis del Tribunal asume que el apoyo local al Proyecto Angostura era generalizado y por tanto, llega a la conclusión que la actividad estatal y las múltiples decisiones públicas adoptadas para la protección lo fueron como producto de un capricho que desconoce tal apoyo en lo local, ignorando por completo un movimiento ambientalista que rechaza la actividad minera en la zona, como daban cuenta huelgas y manifestaciones en Santander en los años 2011 y 2012, que incluso fueron someramente mencionadas en los hechos del caso pero ignoradas en la valoración.

Es así como el Tribunal acoge la etiqueta de montaña rusa regulatoria ante las acciones oficiales de protección al páramo más no recoge el porqué de dicha montaña rusa, que se traduce en que las acciones positivas de cumplimiento de la obligación de protección del páramo no surgieron por la buena voluntad de una administración que un buen día evidenció la falta de desarrollo de una obligación constitucional y legal, sino que por el contrario, constituye un avance del movimiento ambientalista que desde lo local ha dejado en evidencia la hipocresía de la preocupación ecologista que bajo el título del principio de desarrollo sostenible negociaba los bienes naturales y sociales en perjuicio de las comunidades y de los derechos humanos como derechos ambientales.

No solo el hecho de que la delimitación del páramo tomara un largo tiempo sino también que dicha delimitación -la de la Resolución 2090 de 2014- fuera dejada sin efecto por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-361 de 2017 por no haber cumplido con la consulta previa da cuenta de las tensiones que se presentaban al interior de las entidades encargadas de coordinar una política de defensa del páramo, y es que no es para menos cuando una vez fue adoptada la decisión de delimitar el páramo, el mismo material probatorio al que se hace referencia en la decisión de 2021 da cuenta de reuniones y comunicaciones entre Greystar o Eco Oro y las autoridades encargadas de delimitar el páramo, por ejemplo, el argumento No. 92 de la decisión recoge los sucesos de una reunión del año 2010 justo después de que se había devuelto el Estudio de Impacto Ambiental a Eco Oro y antes de que el Ministerio de Ambiente revocara esa decisión de devolver el EIA, así:

“On 19 May 2010, Eco Oro reported internally that it had had a «very good meeting with Martinez the Mines Minister» who had said the «Governments [sic] definitely wants the project to go ahead.»”

Así mismo, se destaca una comunicación entre Eco Oro y la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga en la que se indicó:

“Firstly, I would like to express my deepest gratitude for making time in your schedule and meeting me and some of the members of the board of directors on November 21. The opportunity to exchange opinions and to understand the CDMB’s stance with regard to certain key matters for the Company is highly important, as it represents an important input for the development of our business affairs.

As you are aware, Eco Oro has worked hard for several years to make Project Angostura a reality, envisioning it as an example of sustainable development, good environmental practices, regional development and job creation. In this regard, we share your concern with respect to the lack of a decision by the Constitutional Court regarding the action for the protection of constitutional rights requested from the Court against Resolution 2090 of 2014, to finally clarify the regulations applicable to the project. Without this decision, the CDMB will be unable to process and grant an environmental license for the development of the Angostura Project, as you stated during the meeting.

Finally, we would like to reiterate that the Company, in the context of its commitment to the protection and conservation of the environment, wishes to make a contribution to the CDMB by donating four (4) weather stations, hoping to contribute to a deeper knowledge of the environmental and weather conditions of the conservation areas within the jurisdiction of the Authority. Eco Oro’s team looks forward to coordinating with your delegates to complete the donation.”

En tal sentido, fueron múltiples las comunicaciones con diferentes autoridades ambientales y mineras de parte de la empresa expresando sus preocupaciones y puntos de vista por canales alternativos a los oficiales, situación que era agudizada por los medios de comunicación en titulares como “Minería ilegal se toma una zona de Santurbán” del 06 de febrero de 2014 en el periódico Portafolio o “Minería: seguridad jurídica o soberanía?”, del 26 de marzo de 2016, en el periódico El Espectador.

Dado lo anterior, es viable afirmar que la formación de la política de protección del Páramo de Santurbán implicó un debate público constante en el que no solamente influía una posición de gobierno que, tal como se revisó en el primer capítulo, no era de corte ambientalista, sino en la que, el inversionista extranjero como un actor clave en la visión del desarrollo nacional jugó un papel fundamental, al punto que, aun después de decisiones judiciales como la tutela en sede de revisión del 2017 y de una decisión de arbitraje internacional de inversiones, el páramo a la fecha no cuenta con una delimitación vigente.

Es por esto que, si el Tribunal pretendía iniciar una discusión sobre la montaña rusa regulatoria y la incertidumbre en la delimitación del páramo, la mínima cuestión previa a considerar era la incidencia del inversionista en la configuración de tal situación de derecho, pues asumir, de hecho, una relación horizontal entre el inversionista, la comunidad y el Estado desconoce que, como se encuentra probado en el expediente, era tal la influencia de la empresa y en tal sentido indudablemente forma parte de la élite en la formación de la política pública, que con una reunión informal logra incidir en decisiones respecto de las cuales cualquier canal institucional resulta limitado para las comunidades locales, que aún organizadas, encuentran su mejor aliado en las acciones de protección de derechos y en la movilización pero ello no se tradujo en cambios inmediatos en la actividad administrativa.

En tal sentido el Tribunal incurre en deficiencias en la valoración probatoria al reconocer que no existió una violación del estándar de no expropiación al no haberse demostrado que la descoordinación del Estado deviniera de actos discriminatorios o de mala fe, pues si existió una diferencia reprochable en el trato de los diferentes actores fue aquella relacionada con las comunidades locales, que independientemente de las discusiones que pudiesen presentarse en dicho ámbito, no fueron participes de procesos de consulta según lo exigía la jurisprudencia constitucional y fueron sometidos a dar la misma importancia al mercado que aquella que concebía una administración continuista de la política extractivista del crecimiento económico como desarrollo que antepone el criterio economicista al ambientalista, ignorando teorías como la de la maldición de los recursos y cualquier otra formulación del desarrollo latinoamericano y por tanto, desconoce un lugar de enunciación para el significado del oro y del agua diferente al del mercado, haciendo mucho más difícil una transformación institucional que reinterpretase el ordenamiento de inversión en perspectiva ambientalista, contribuyendo al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos e incluso a la influencia que sobre estos tiene el derecho al ambiente sano al reconocerse como un derecho humano.

Es claro que en sede de arbitraje de inversión la conducta de los diferentes órganos del Estado representan al mismo sujeto y en tal sentido independientemente de qué órgano

del Estado adelante determinadas actividades -por ejemplo reuniones o comunicaciones con el inversionista, e incluso declaraciones del jefe de Estado a favor del capital extranjero en la industria extractiva, o por otra parte, decisiones de constitucionalidad ordenando una delimitación participativa-, exigir que la conducta de un Estado democrático desconozca normas del *ius cogens* internacional en lo relacionado al reconocimiento del derecho al ambiente sano como derecho humano para precaver responsabilidad internacional en esta clase de escenarios, inevitablemente implica justificar un interés particular en prevalencia del orden público general al punto de exigir un comportamiento irracionalmente uniforme para un Estado democrático que debe caracterizarse por prever medios de deliberación y contradicción de las decisiones de sus autoridades.

3.2 Una discusión gaseosa de responsabilidad social empresarial

Una vez adentrado en la discusión, que no quiso dar el Tribunal, sobre las razones que llevaron a no contar con una delimitación cierta y pronta del páramo, y que vieron comprometido el cumplimiento tardío de una obligación constitucional y legal, es preciso analizar la calificación de la conducta del inversionista y para estos fines, tal como se ha expuesto anteriormente, resulta de especial utilidad el mismo modelo previsto por el sector corporativo para mostrar un interés sobre el ambiente, que como se ha reiterado, es entendido en el contexto de mercado como medio ambiente, esto es, los principios de responsabilidad social empresarial adoptados en el Marco Ruggie de la Organización de Naciones Unidas, pero para los efectos de este documento, en una actualización interpretativa ambientalista que conduzca a garantizar los derechos de la naturaleza como derechos ambientales.

El Tribunal reconoce en su decisión que no se encuentra acreditada una conducta de mala fe de parte del Estado. Sin embargo, indica que la descoordinación de sus acciones contribuyó a establecer un escenario de incertidumbre para el inversionista que desencadenó en la violación de sus expectativas legítimas y en tal sentido en la violación del estándar mínimo de trato.

No obstante, ~~sin embargo,~~ al revisar a la luz del deber estatal de protección de los derechos ambientales el análisis del Tribunal deviene en un recuento fáctico con una contradictoria valoración probatoria, teniendo en cuenta que (i) se reconoce la obligación de protección del páramo por parte de las autoridades públicas pero simultáneamente se reconoce una expectativa legítima del inversionista de adelantar actividades de explotación minera en el páramo y que (ii) se desconoce el mismo valor de la cláusula de excepción de regulación ambiental del Tratado Bilateral de Inversión respecto de la cláusula de nivel mínimo de trato en perjuicio del Estado, endilgándole una vacilación que desconoce las dificultades que un modelo democrático implica para la coordinación que se le impuso como estándar en la decisión.

En punto del marco institucional con el que el Estado contaba para impulsar las acciones de protección del páramo es claro para el Tribunal que existe un ordenamiento que busca la protección de los páramos como parte de la política ambiental, tal como es el caso de la Ley 1382 de 2010 que modificó el Código de Minas de 2001 y excluyó expresamente a los páramos de la actividad minera, en ejercicio de esa misma libertad de reglamentación ambiental que el TBI reconoce y en garantía del derecho humano a un ambiente sano. En este sentido, no se encuentra bajo discusión que la obligación de protección encontraba sustento en el orden público internacional pero también en el ordenamiento colombiano y que, independientemente del momento de su cumplimiento, constituye un imperativo que aunque tradicionalmente relegado a declaraciones de buena voluntad no puede seguirse ignorando para beneficiar un interés particular, pues el paso del tiempo no tiene la virtualidad de cambiar el orden de prioridades previsto.

En contraste, en materia de expectativas legítimas se encuentra que el mismo sistema de solución de controversias de inversión extranjera ha sentado doctrina a este respecto, por ejemplo, de la decisión sobre responsabilidad del caso Mobil Investments Canada Inc v Canada de mayo de 2012, en el caso Antaris y Michael Gode v. República Checa de 2018, el Tribunal estableció unos criterios para determinar la existencia de expectativas legítimas del inversionista, a saber:

“A claimant must establish that (a) clear and explicit (or implicit)⁶⁰ representations were made by or attributable to the state in order to induce the investment, (b) such representations were reasonably relied upon by the

⁶⁰ See *Parkerings-Compagniet AS v Lithuania* (Lew, Lalone, Lévy), September 11, 2007, para 331; see Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p 134.

15C INVERSIÓN PRIVADA EXTRANJERA Y DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO ORO
VS. COLOMBIA.

Claimants, and (c) these representations were subsequently repudiated by the state.⁶¹”

Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal no hace ningún esfuerzo probatorio por demostrar que las expectativas del inversionista tuviesen origen en el Estado, se dirigiesen específicamente al inversionista o tuviesen un contenido concreto. Sin embargo, al evaluar estos requisitos desde el plano de los derechos ambientales y de la Concesión 3452 lo que sí es cierto es que la explotación en la zona de concesión estaba sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental y a la aprobación del PTO, que como se indicó anteriormente, no fue aprobado, lo que llevó a toda una actividad de *lobby* empresarial alternativa a las etapas del procedimiento administrativo, que se traduce en la negociación privada de los derechos ambientales, como si estos fuesen negociables en el mercado.

Lo anterior conlleva que, además de existir un respaldo en el ordenamiento, incluyendo las facultades del Estado expresamente reconocidas en el TBI, a la hora de dirimir cualquier conflicto se han flexibilizado las reglas a través de las que se valoran las garantías del inversionista pero se aplican estrictamente aquellas relacionadas con la obligación del Estado de garantizar seguridad jurídica al inversionista, aun cuando ello desconozca la obligación de proteger los derechos ambientales, como si el desconocimiento generalizado de tiempo atrás se convirtiese en fuente de derecho y no fuese una situación que el mismo Estado se encontrara en la capacidad de revisar y modificar, condenándolo a injusticias sociales y ambientales a perpetuidad.

Por otro lado, al evaluar la situación desde el principio de respeto de los derechos humanos que recae en la empresa transnacional, el Tribunal omite considerar que al tratarse de derechos universales, invocar la contribución en la generación de empleo no es suficiente para dar por cumplido este deber, por el contrario, llama la atención que al ser un asunto de su mayor interés la delimitación del páramo no se haya alertado y previsto los mejores mecanismos de contribución para el cumplimiento de la consulta previa de la Resolución 2090, lo cual, como era sabido implicaría dejar sin efecto dicha delimitación, que a la postre favorecería su interés de explotar en el páramo.

⁶¹ Mobil Investments Canada Inc v Canada (van Houtte, Janow, Sands), May 22, 2012, para 154.

Es que, tal como se ha promovido desde la postura de las Naciones Unidas en relación con la posición de las empresas en materia de derechos humanos, no basta con entender el principio de respeto como una obligación negativa del actor económico sino que por el contrario, este mandato comporta una actitud propositiva de la empresa para asegurar la vigencia de los derechos humanos, y en materia ambiental, la vigencia de los derechos ambientales. Sin embargo, la realidad en el caso en concreto ha sido más compleja que el simple abastecimiento pues las acciones que el inversionista adelantó, supuestamente en defensa de los derechos ambientales, conllevaron un componente ventajoso que en la práctica torpedeo la implementación de la política pública de protección de los páramos y con ello, impidió la consolidación de un modelo de reconocimiento de derechos a la naturaleza, como se deriva del enfoque interpretativo hacia el que la Corte Constitucional buscó dar un giro desde el 2016.

Un ejemplo claro de lo anterior se puede ver en la comunicación que se transcribió en el acápite anterior, en el que la empresa hace referencia a la entrega de dispositivos de control climático como muestra de su preocupación por asegurar la vigencia de un modelo de comercio ambiental sostenible, como si sobre esta clase de actos se compensara el efecto de su actividad minera, ignorando por otro lado que, si su preocupación derivaba de la delimitación del páramo ordenada por la Corte Constitucional, lo sensato era permitir y contribuir en un modelo de delimitación garantista para el páramo y con él para los demás derechos ambientales de las comunidades locales, lo cual distó de su comportamiento que en toda ocasión pareciese que buscó agrandar con superficialidades pero nunca dejó de perseguir la prevalencia de su ánimo de lucro aun cuando ello conllevara la depredación del ambiente, lo que se traduce en que nunca se adoptó una política seria de responsabilidad empresarial a nivel social o ambiental.

Finalmente, en materia de reparación, es dable destacar que la falta de mecanismos de previsión de restauración o compensación resulta alarmante y es claramente uno de los puntos fundamentales al tener en cuenta cualquier cambio de la política ambiental para abandonar el principio de “el que contamina paga” por una acción decidida y con actividades concretas de prevención, precaución y actuar con cuidado. Sin embargo, en esta materia deviene preocupante que casos como el de Eco Oro dependan de las diferentes acciones o medios de control previstas en el ordenamiento interno para asegurar la vigencia de los derechos ambientales, que por ejemplo, para la delimitación del páramo dependiera de la decisión de tutela de 2017 o de una puja entre sectores o de un vacío jurídico que conllevó a que el inversionista no concretara su expectativa de explotación, que erróneamente se calificó como legítima, en un derecho, pues el ordenamiento es fácilmente caracterizable por omitir referencias serias a un modelo de garantías para el mantenimiento y garantía de los derechos ambientales humanos y no humanos.

En síntesis, la calificación de una actividad estatal descoordinada deviene cuando menos en incompleta si se tiene en cuenta que la empresa adelantó toda una serie de actividades tendientes a aparentar una posición de protección ambiental -o medioambiental bajo la diferenciación que se ha acogido, y en realidad terminó beneficiándose de su propia negligencia en el cumplimiento de las obligaciones que el *ius cogens* internacional impone en materia de los derechos ambientales humanos y no humanos, torpedeando con ello el desarrollo de una política eficiente de reconocimiento de nuevas subjetividades a la naturaleza.

Así las cosas, una perspectiva de los principios rectores sobre empresa y derechos humanos permiten evidenciar que en materia de responsabilidad social empresarial la conducta de la empresa no fue precisamente la más garantista de los derechos ambientales humanos y no humanos, que nunca se estimaron las implicaciones y concordancia de sus políticas empresariales en el contexto de salvaguardar los derechos humanos, así como de dar un giro a su actividad hacia un nuevo enfoque interpretativo según lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia del Río Atrato y posteriores decisiones que formaron una línea jurisprudencial con tendencia al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, sino que en el fondo, se trató de una empresa que dejó la discusión sobre derechos ambientales al Estado y que amparada en un falso ambientalismo buscaba obtener prerrogativas con dudosa legitimidad, incidiendo en la actividad administrativa con una marcada tendencia al antropocentrismo economicista, aprovechando el histórico enfoque neoliberal que dejó al ambiente despojado de garantías de conservación, prevención y precaución.

3.3 Justicia limitatoria y justicia reivindicatoria

Por último, cabe revisar la incidencia de decisiones como la del caso Eco Oro en los intentos de materialización de un modelo de justicia ambiental que asegure la exigibilidad de los derechos de la naturaleza como derechos ambientales, teniendo en cuenta que las controversias sometidas a arbitraje de inversión implican la consolidación de una doctrina arbitral en la materia y que al comprometer la responsabilidad del Estado conllevan la necesidad de tomar acciones respecto del modelo interno en lo relacionado con la política

pública, en este caso ambiental, así como de solución de controversias y conflictos socio ambientales.

Es del caso traer a colación que en la historia del CIADI, han sido 19 los casos en que se ha demandado a la República de Colombia por violación de un TBI, de los cuales solo 6 han concluido, y a su vez de estos, solo en uno se ha declarado la responsabilidad del Estado, excluyéndose entre estos el caso Eco Oro por encontrarse pendiente la decisión sobre cuantificación del daño, no obstante, resultan especialmente preocupantes las consideraciones sobre responsabilidad de la decisión de 2021 que pueden tener incidencia seria sobre los otros 12 casos pendientes de concluir, máxime cuando 3 de ellos hacen referencia a violaciones del TBI celebrado con Canada y a asuntos relacionados con concesiones mineras.

Bajo este panorama, existe un riesgo inminente de consolidar una doctrina internacional que imponga nuevamente una interpretación liberal de los derechos ambientales, en perjuicio del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y de una actualización interpretativa ambientalista de los mismos, lo que impondría el desconocimiento de los postulados de la constitución ambiental, involucrando aspectos propios del derecho de las inversiones en el modelo de desarrollo e interpretación constitucional del Estado, esto es, afectando el núcleo de la soberanía en perjuicio de un modelo participativo en el que las comunidades locales no tienen la vocería de sus derechos y mucho menos se reconoce una cosmovisión diferente a la antropocéntrica.

Es por esto que, a fin de garantizar la soberanía del Estado y asegurar un modelo de desarrollo que siga los postulados que ha establecido el ordenamiento superior y con él la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una vez se cuente con una decisión sobre la cuantificación del daño, debería adelantarse un estudio con marcado enfoque ambientalista para la anulación del laudo en su integridad, entre otros motivos por los graves errores en la valoración probatoria y contradicciones en la argumentación del Tribunal para atribuir responsabilidad al Estado, como una obligación de protección de los derechos ambientales y de materialización de un criterio de justicia que permitiría la exigibilidad de los derechos del Páramo de Santurban en un esfuerzo por consolidar una doctrina del reconocimiento de derechos de la naturaleza, aun sin declaración judicial sobre el ecosistema en particular.

Igualmente, hacer visibles estas graves consecuencias de las razones del Tribunal para adoptar la decisión de 2021 permite poner de presente que la competencia por revisar el cumplimiento de las ordenes de la Sentencia T-361 de 2017 recae en el Tribunal

Administrativo de Santander, quien deberá considerar que pese a no tratarse de una sentencia estructural en los términos de la sentencia del Río Atrato, incluyó ordenes estructurales como la orden al Ministerio de Ambiente de delimitar participativamente la zona del páramo de Santurbán dando el término de un año para su cumplimiento sin que a la fecha tal delimitación se haya materializado y que aunque la orden del Tribunal Arbitral conlleva la idea de “protección ambiental sí pero no así”, dar cumplimiento a la decisión de la Corte Constitucional en la práctica se traduce en dar un paso de coherencia para el cumplimiento de los fines del Estado aún en materia internacional, por las obligaciones que en materia de derechos humanos el mismo Estado ha contraído. De tal forma, el seguimiento interno a través de la primera instancia o bien a través del incidente de desacato podría dar lugar a un debate interno que garantice la participación y con ella un mayor grado de eficacia de los derechos ambientales, destacando que en todo caso en el año 2019, el inversionista se retiró de esta concesión minera en el año 2019.

En materia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, el proceso de consulta y participación de la delimitación del páramo habrá de ser suficientemente informado en el sentido de contar con una exposición detallada de las zonas de influencia de la actividad de los inversionistas, las concesiones otorgadas y que se verán legítimamente limitadas, así como de la difusión de las consecuencias de esta clase de decisiones tanto a nivel local como a la hora de otorgar licencias o permisos de actividades que aunque no desarrollada en la zona protegida, genere consecuencias sobre esta zona y sus habitantes.

Por otro lado, tal como se ha contextualizado en el segundo capítulo, estos procesos de consulta deberán servir como uno de los fundamentos principales para que, en el caso bajo estudio, en un eventual escenario de nulidad se demuestre el carácter democrático de los procedimientos administrativos y con ello, una relación lógica entre la orden, la formación y la decisión de los asuntos ambientales, dotando de eficacia a los derechos ambientales en procesos de gobernanza originados en lo local y no en imposiciones transnacionales.

Finalmente, es necesario asegurar que las reglas probatorias y de acceso a la justicia en el orden interno no guarden exigencias o limitaciones excesivas para las comunidades locales que tienen en los medios de control previstos por el ordenamiento interno la posibilidad de hacer frente a través de la institucionalidad a una fuerte influencia del inversionista extranjero en los altos niveles de la administración y que, cuentan con reglas

probatorias y argumentativas mucho más flexibles en escenarios como el del arbitraje de inversión.

Si bien se puede llegar a asumir que la participación de sistemas de justicia como el del CIADI en la práctica han significado ilegítimas e irrazonables limitaciones a la soberanía que repercuten directamente en la garantía de los derechos ambientales dado la alta demanda de los inversionistas extranjeros en los proyectos extractivos, en este punto, la formación de unas directrices serias de justicia ambiental que conlleven a hacer exigibles los derechos de la naturaleza en la consolidación de una política pública ambientalista, pasa necesariamente por flexibilizar las reglas probatorias y procesales a nivel interno para entender y hacer explícita la asimetría en las relaciones entre el inversionista y el Estado y a su vez entre estos y las comunidades locales, previendo una armonización de los criterios que la doctrina de los tribunales en sede de arbitraje de inversión han encontrado relevantes, por ejemplo, para concluir la existencia de expectativas legítimas o para interpretar cualquiera de los estándares de protección al inversionista.

Cabe destacar que si bien en este caso el inversionista invoca la violación solamente de dos de los estándares de protección que se contextualizaron a lo largo de esta investigación, es de trascendental importancia reiterar que el alcance de estos criterios ha dependido y variado sustancialmente entre diferentes casos. Por tanto, el análisis del Tribunal, independientemente de los estándares que se estudien, pueden conllevar a contradicciones como en este caso las razones que fundamentaron que no existiese expropiación terminan siendo abandonadas para atribuir una violación del nivel mínimo de trato por afectar el estándar de trato justo y equitativo, precisando que la interpretación que el CIADI da a los tratados de inversión resulta mucho más cercana a un modelo de *common law*, que a uno de derecho continental como el que tradicionalmente orienta el ejercicio del derecho en Colombia.

4. Conclusiones

El reconocimiento de nuevas subjetividades promovido por el movimiento ambientalista en el Constitucionalismo latinoamericano marca un punto de especial controversia para el modelo de desarrollo acogido en la mayoría de países de América Latina, derivado del Consenso de Washington y concretado en Colombia a partir de una fórmula de modelo económico de economía de mercado con las limitaciones del Estado Social de Derecho, derivado de la Constitución Política de 1991.

En tal sentido, el paso de un Estado proteccionista a uno de libre mercado ha implicado la transformación política, económica y jurídica, que ha implicado adoptar una serie de políticas que posicionan la libertad como el punto elemental para el ejercicio de cualquier derecho y que, en tal esquema condicionan la actividad estatal al ejercicio de la libertad económica como condición de cualquier otra libertad, por lo que la intervención estatal solo resulta admisible para salvaguardar dicha libertad económica.

Con el fin de asegurar tal sistema y ganar un lugar en la comunidad transnacional se ha impulsado un modelo de favorecimiento de las operaciones comerciales a través de la inversión extranjera directa que conlleva la inclusión de un orden transnacional en las operaciones locales, que terminan sometidas a las directrices que el derecho internacional de las inversiones formula a partir de las directrices provenientes de organismos transnacionales que buscan asegurar la vocación de permanencia del modelo político al margen del vaivén que a nivel electoral o político pudiese presentarse en lo local, bajo la finalidad de asegurar un clima comercial estable, favorable y atractivo para el inversionista extranjero, dejando de lado las consecuencias que la superposición de la política macroeconómica transnacional genere respecto de los derechos ambientales y sobre el desarrollo del contenido social de la Constitución Política.

Es así como la inversión extranjera ha cubierto su modelo a través de la previsión de estándares de protección pactados a través de fórmulas abiertas en los Tratados de Inversión, cuya interpretación se encuentra sometida a la discrecionalidad de los tribunales arbitrales internacionales que a su vez, justifican su práctica en el derecho consuetudinario

internacional en lo que constituye un modelo de justicia pensado para favorecer al inversionista, que de antemano se encuentra en riesgo o inferioridad por no contar con los instrumentos de influencia de los que los inversionistas nacionales sí son titulares.

Sin embargo, la practica ha demostrado que las decisiones de arbitraje de inversión han conllevado a una creciente discriminación de la inversión nacional y en su lugar, han desnaturalizado instituciones como la confianza legitima en el ordenamiento interno a través de la protección de expectativas legítimas que son estructuradas como tal bajo sus propios presupuestos sin tener en cuenta las limitaciones y particularidades de cada Estado para la interpretación de los estándares de protección al inversionista.

Tal modelo ha implicado serias críticas entre las que se destacan dificultades de orden teórico relacionadas con el hecho de beneficiar a personas jurídicas de derecho privado ajenas al orden público a través de pactos a los que se les ha dado el carácter de obligaciones de derecho internacional, que además, en el caso de las inversiones sobre la naturaleza implican una priorización del elemento económico sobre el contenido material del *ius cogens* internacional concretado en el reconocimiento y exigibilidad de los derechos humanos en cualquier escenario de justicia.

Es así como se han manifestado principalmente las siguientes tensiones derivadas de la actividad de los inversionistas extranjeros respecto de los derechos ambientales no humanos o derechos de la naturaleza: Tensión 1: Constitución económica vs. Constitución ambiental. Tensión 2: Derechos de los inversionistas extranjeros vs. derechos de la naturaleza. Tensión 3: Criterios para solución de controversias de arbitraje de inversiones vs. Criterios para el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

Ante esta dificultad que se concreta en el desarrollo exacerbado de un modelo económico en perjuicio de la Constitución ambiental y del contenido social de la Constitución Política se ha encontrado que cualquier relación desde lo interno pero también en escenarios internacionales en los que el Estado vea comprometida su responsabilidad, podrá ser analizado desde la perspectiva del ambientalismo político latinoamericano que en una línea congruente con la soberanía del Estado permite recuperar los espacios innecesariamente cedidos a organismos transnacionales, con el fin de dotar de efectividad esos mandatos sociales y ambientales de la Constitución Política concretando las

directrices para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en el contexto de los derechos ambientales, reivindicando el protagonismo de los actores locales y de las comunidades originarias como una obligación de derecho internacional público.

Este aspecto particular se concretó en el caso *Eco Oro vs. Colombia* en el que se concluyó una violación del nivel mínimo de trato en relación con el estándar de trato justo y equitativo por el desconocimiento de expectativas legítimas del inversionista a explotar la concesión minera 3452 con base en una descoordinación estatal en la que cobró especial importancia la sentencia T-361 de 2017 a través de la cual la Corte Constitucional ordenó dejar sin efecto una delimitación previa del páramo de Santurban como zona excluida de minería, pues a juicio del Tribunal la incertidumbre generada al inversionista en contraste con la obligación de generarle un escenario comercial seguro conllevó la frustración de sus expectativas legítimas, sin embargo, se dejó de lado que dicha decisión de la Corte Constitucional se fundamentó en que la delimitación original no fue consultada en debida forma y en tal sentido infringió los derechos ambientales de las comunidades locales en lo relacionado con la participación, desconociendo por tanto, que los procesos de protección y salvaguardia de derechos son dinámicos, como dinámica es la interpretación de los estándares de protección a los inversionistas y en tal medida, no es posible derivar responsabilidad para el Estado de acciones que persiguen la eficacia de las obligaciones que impone el orden público internacional.

Así mismo, se ha criticado una burla a la nacionalidad como atributo de la personalidad de los inversionistas dado que en un modelo político y económico con marcado carácter transnacional resulta un ejercicio complejo caracterizar las sociedades controladas y subsidiarias de una empresa extranjera necesariamente como su matriz o controlante, por lo que se han encontrado reglas flexibles de interpretación en materia de aplicación de los estándares a los inversionistas pero estrictas en el sentido de calificar la conducta de los Estados demandados, frente a lo cual el mismo ambientalismo político latinoamericano permite detallar la discusión al nivel de quiénes realmente diseñan e implementan la política pública, asunto en el que se ha encontrado que la misma élite que define el paquete de políticas que a través de organismos transnacionales deben aplicar los países para el logro del desarrollo, también influye a nivel local y específico en la consolidación de tales políticas y en la voluntad de la administración respecto de inversiones concretas, como es el caso de cómo y cuándo adoptar las medidas específicas de protección a la naturaleza, por lo que, en la valoración de la defensa de los intereses del Estado en escenarios de arbitraje de inversión dicho análisis deviene necesario para demostrar que contrario al dogma de partida que fundamenta esta clase de justicia, la relación entre el inversionista extranjero y el Estado no es un relación vertical en la que aquel se somete a una lista predefinida de requisitos para invertir en este, sino que por el contrario, en muchas ocasiones influyen en la delimitación de ellos generando, para las inversiones sobre la naturaleza, licencias y concesiones a la carta.

UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO
ORO VS. COLOMBIA.

Para el caso Eco Oro vs. Colombia este aspecto se evidenció en las serias deficiencias probatorias que podrían servir como argumentos de nulidad de la decisión sobre responsabilidad, que consideró una relación vertical del Estado y el inversionista y una relación horizontal entre el inversionista y las comunidades, cuando se encuentra suficientemente acreditada la influencia de la empresa en la adopción de las decisiones descoordinadas de protección ambiental que el Tribunal calificó como una montaña rusa regulatoria que generaba incertidumbre al inversionista, por lo que a la postre, se trata de una decisión que desconoce el principio general del derecho según el cual nadie puede obtener beneficio de su propia negligencia.

Otra de las críticas a las características de la inversión extranjera guarda relación con la solución de sus controversias en sede de arbitraje de inversión, pues indica que esta clase de mecanismos se desnaturalizan como una alternativa para la solución de conflictos y se han convertido en escenarios permanentes de justicia, que pese a la permanencia en el tiempo desconocen reglas concretas de valoración de las situaciones permanentes en los Estados como es el caso de la definición de una política ambiental en desarrollo de los fines previstos en la Constitución Política, en contraste con la transitoriedad de las inversiones extranjeras, y es que, en contextos como el Colombiano la inversión en la naturaleza se convirtió en la regla general de la inversión extranjera y como tal, el actuar de los inversionistas y del Estado debe contar con una cualificación especial derivada de la importancia que la vigencia de los derechos ambientales guardan frente a los derechos económicos derivados de otras modalidades de comercio.

Dado lo anterior, se consideró oportuno establecer los fundamentos de una propuesta de defensa de los derechos de la naturaleza desde el análisis de situaciones del plano interno como internacional, pero siempre con incidencia en las decisiones del arbitraje de inversión con fundamento en: (i) el ambientalismo político latinoamericano, (ii) los principios rectores sobre empresas y derechos humanos y (iii) la justicia ambiental en su dimensión de exigibilidad de los derechos de la naturaleza.

En tal perspectiva, es de la mayor trascendencia acoger como reglas especiales de interpretación que la conducta derivada de cualquiera de los actores en las relaciones de inversión deberán respetar y hacer valer el derecho al ambiente sano como un derecho humano, lo cual comporta el establecimiento de unas políticas serias de protección a la

naturaleza en el marco democrático de cada Estado, como en el caso colombiano se han reconocido nuevas subjetividades pero también se han ordenado acciones concretas de salvaguardia ambiental como la orden de delimitación de los páramos como zonas protegidas de la actividad extractiva.

En aras de establecer parámetros para el análisis de las políticas serias de protección a la naturaleza en cabeza de los diferentes actores, se ha acudido a los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas con el fin de precisar el alcance de las conductas del Estado y del inversionista en su obligación de garantizar la efectividad de los derechos ambientales, entre los que se encuentran los derechos de la naturaleza; de tal ejercicio se deriva que el Estado cuenta con un marco más o menos claro de protección ambiental que ha sido objeto de diferentes interpretaciones pero principalmente de una de corte antropocéntrico y que más allá de reformas estructurales a las disposiciones ambientales se requiere su implementación y vigilancia bajo el estándar de los derechos ambientales que reivindican ese contenido social de la Constitución tradicionalmente relegado por el interés económico.

De dicho análisis se evidencia el desinterés de las empresas por consolidar un modelo eficientemente garantista de los derechos ambientales y por el contrario se muestra cómo las acciones que ellas mismas han promovido bajo el rotulo de la responsabilidad social empresarial resultan insuficientes y características de un falso ambientalismo para lo que debería ser el camino hacia el objetivo común de preservación ambiental.

Así mismo, se encuentra demostrado que se requieren serios esfuerzos para consolidar un modelo verdadera preventivo y precavido del daño ambiental respecto del que los derechos de la naturaleza sean tomados en serio, pues en materia de reparación tanto para la empresa como para el Estado, aún continúa vigente el principio rector de “el que contamina paga”, en desmedro de sistemas de aseguramiento, estudios de impacto ambiental serios y la búsqueda de la restauración ambiental en la medida de lo posible o de la compensación de los daños que afecten los derechos ambientales en un contexto de crisis socio ambientales marcadas por el conflicto que no ha sido ajeno a los inversionistas extranjeros, y respecto del cual, los tribunales arbitrales a la fecha prefieren no pronunciarse, derivando de ello serios vacíos en la consolidación de una doctrina que continúa concebida a través de una falsa subordinación en la relación entre el Estado y la empresa transnacional.

A este respecto la argumentación del Tribunal Arbitral del CIADI en el caso Eco Oro vs. Colombia resulta ilustrativo pues acota la discusión de inversión extranjera a un asunto

UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN LA
CONSOLIDACIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CASO ECO
ORO VS. COLOMBIA.

meramente económico, dejando de lado la realidad fáctica acreditada en el expediente y que, en todo caso, guarda una relación de conexidad indudable con la inversión adelantada por la empresa transnacional, derivando de ello una distancia entre las reglas que la justicia nacional ha previsto para acreditar una afectación al principio de confianza legítima y las reglas que en este caso y respecto del TBI con Canadá decidió aplicar el Tribunal, haciendo evidente un perjuicio para la ciudadanía, la inversión nacional y los derechos ambientales entendidos integralmente en el marco de un Estado democrático que en su esencia involucra la discusión y la controversia de los actos de sus autoridades.

Finalmente, con el fin de garantizar un modelo de justicia que haga exigible el derecho a un ambiente sano y con él los derechos de la naturaleza, se indicó cómo desde el plano interno y en la defensa del Estado frente a las demandas de arbitraje de inversión deberían estudiarse cada uno de los anteriores aspectos con mayor detalle en clave de derechos ambientales y de las facultades de regulación ambiental de las cuales es titular el Estado en su soberanía, para así, con base en las obligaciones que el derecho internacional de los derechos humanos impone a los diferentes actores demostrar un grado de coherencia en la prevención ambiental o desvirtuarlo en escenarios internos de responsabilidad del Estado con que a través de los diferentes medios de control se han convertido en el principal aliado de las comunidades para la reivindicación de sus derechos.

En el caso concreto del conflicto con la empresa Eco Oro Minerals Corp., también se destacó la importancia de la decisión sobre responsabilidad, aun en ausencia de una decisión sobre la cuantificación del daño, con la que concluiría el arbitraje en particular, pues teniendo en cuenta las contradicciones y deficiencias probatorias previamente anotadas, el Estado deberá evaluar una vez adoptada la decisión integralmente, evaluar la necesidad de su anulación para evitar la consolidación de una doctrina de derecho consuetudinario internacional anti ambientalista, máxime cuando se encuentran más casos pendientes por ser decididos sobre la base del mismo tratado y el mismo sector económico.

Dicho análisis ha permitido demostrar que el enfoque bajo el que se interprete la relación entre los derechos de la madre tierra y la intervención de los inversionistas extranjeros sobre ella en Colombia deriva en la solución que en materia de responsabilidad internacional cobija al Estado y por tanto, determina su actuar a favor o en contra de los inversionistas. En tal medida, la jurisprudencia que da origen a los derechos de la madre tierra en Colombia, específicamente del Río Atrato, se ve relativizada en su aplicación ante

el riesgo de causación de un daño ambiental por la intervención ambiental del inversionista extranjero en ausencia de planes efectivos que hagan frente a las debilidades que la experiencia ha comparada ha demostrado en la práctica de los efectos de tales relaciones económicas, que privilegiando los criterios formulados por el derecho de las inversiones y los tratados de inversión aplicables, desconocen la reparación del sujeto naturaleza, pero además han conllevado a que el actuar del Estado se traduzca en un entramado incoherente que las ha terminado beneficiando, por lo que la valoración del daño ambiental debe contemplar el criterio ecocéntrico que reconoce la naturaleza como sujeto de derechos, tomados del reconocimiento del Río Atrato como sujeto de derechos, en la interpretación de las obligaciones del inversionista extranjero desde primer momento, a través de la aplicación de los postulados de responsabilidad que fundamentan la justicia ambiental, dando efectividad a la jurisprudencia sobre la materia en las relaciones de inversión extranjera.

Bibliografía

- Acosta, A., & Martínez, E. (2017). Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Direito & Práxis*, 8, 2927-2961. Obtenido de <https://www.scielo.br/j/rdp/a/DQvjXNFmCnhVxv4HxmhZsvB/?lang=es&format=pdf>
- Alexy, R. (2009). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arriagada, M. (Octubre de 2016). Conceptos jurídicos de derecho subjetivo. Eunomía. Revista en cultura de la legalidad(11).
- Arriaga Legarda, A., & Pardo Buendía, M. (2011, Septiembre-Diciembre). JUSTICIA AMBIENTAL. El estado de la cuestión. Revista Internacional de Sociología (RIS), 69(Tercera), 627-648. 10.3989/ris.2009.12.210
- Banco de la República. (2022). *Flujos de inversiones directas en la economía colombiana Enero - Diciembre 2021*. Bogotá D.C.: Banco de la República.
- Battle Cardona, M. (2020, Mayo 24). *ESTOS SON LOS PAÍSES MÁS BIODIVERSOS DEL MUNDO*. Viajes National Geographic. Retrieved Julio 20, 2021, from https://viajes.nationalgeographic.com.es/a/paises-mas-biodiversidad-mundo_15317/13#slide-12
- Bavikatte, K. S., & Bennett, T. (Marzo de 2015). Community stewardship: The foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 6(primer), 7-29. Obtenido de <https://www.elgaronline.com/view/journals/jhre/6-1/jhre.2015.01.01.xml?pdfVersion=true>
- Bilchitz, D. (2010). El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? *SUR*, 209-241.
- Bohorquez Caldera, L. E. (2013). Colonización de la naturaleza: una aproximación desde el extractivismo en Colombia. *El ágora USB*, 221-239.
- Brown Weiss, E. (1999). *Un mundo justo para las futuras generaciones*. . Madrid: UN Press.
- Bugallo, A. I. (2005). Ecología profunda y biocentrismo, ante el advenimiento de la era pos-natural. *Cuadernos del Sur. Filosofía*, 141-162.
- Bull, B., & Aguilar-Støen, M. (2015). Cambios en las élites, instituciones y gobernanza ambiental ¿Hacia un nuevo Paradigma? En F. De Castro, B. Hogenboom, & M. Baud, *Gobernanza ambiental en América Latina* (págs. 171-200). Buenos Aires: CLACSO.

- Burdon, P. (2011). The Rights of Nature: Reconsidered. *University of Adelaide Law School Research Paper No. 2011-010*, 69-89.
- Cabrera Leal, M., & Fierro Morales, J. (2013). *Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia*. Bogota D.C.: Contraloría General de la República.
- Cantalapiedra, O. (2001). Seguros ambientales. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*.
- Cardoso, C. F., & Pérez Brignoli, H. (1979). *Historia Económica de América Latina*. Barcelona: Folio.
- Castillo Ávalos, Y., & Cebeiro de León, I. (2017). Hacia un contractualismo ecocentrista. *Gestión y Ambiente*, 20(Primera), 105-112.
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/64100/65784>
- Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna. (2011). Mega-proyectos en el departamento del Chocó: ¿Una amenaza inminente a los derechos de las comunidades étnicas? *Tierra Digna*. <https://pacificocolombia.org/wp-content/uploads/2016/05/0227036001348396444.pdf>
- Chen, C. W., & Gilmore, M. (Junio de 2015). Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities. *The International Indigenous Policy Journal*, 6, 1-17. Obtenido de <https://ojs.lib.uwo.ca/index.php/iipj/article/view/7466/6110>
- Colombia, R. d. (2002). Intervención Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo. Monterrey.
- Colombia, R. d. (22 de octubre de 1991). Resolución 51. *Estatuto de Inversiones Internacionales*. Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, R. d. (25 de octubre de 2000). Decreto 2080. *Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior*. Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, R. d. (26 de diciembre de 2012). Ley 1607. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, R. d. (8 de julio de 2005). Ley 963. *Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia.
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ARB/96/1 (CIADI 17 de febrero de 2020).
- Comunidad Andina de Naciones. (23 de marzo de 1991). Decisión 291. *Regimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*. Lima, Perú.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622. Obtenido de corteconstitucional.gov.co:
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm#_ftn93

- Cruz Rodríguez, E. (2013). Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del diálogo intercultural. *Jurídicas*, 11(primer), 95-116. Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas11\(1\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas11(1)_6.pdf)
- Cruz Parceró, J. A. (2015). Concepto de derechos. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. II). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Daugareilh, I. (2009). Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 77-106.
- de Sousa Santos, B. (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 13-50). Boaventura de Sousa Santos & Agustín Grijalva Jiménez. Obtenido de http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf
- Eco Oro v. Colombia. Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (CIADI 9 de septiembre de 2021).
- Fanon, F. (1963). *Los condenados de la tierra*. Fondo de Cultura Económica: México D.F.
- Fierro Morales, J. (2013). Una aproximación sintética sobre impactos ambientales de la minería no legal. En C. G. República, *Minería en Colombia Institucionalidad y Territorio, Paradojas y Conflictos* (págs. 193-225). Bogotá D.C.: Contraloría General de la República.
- Florencia, M. M. (s.f.). Los derechos de la naturaleza y el buen vivir: Razón occidental y cosmovisión indígena en los estados pluriculturales. Universidad Nacional de Córdoba Universidad Nacional del Comahue CEAPEDI. Obtenido de <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/1418/Martini%2C%20Florencia.%20Los%20derechos%20de....pdf?sequence=34&isAllowed=y>
- Fundación para la educación superior y el desarrollo. (Diciembre de 2007). *Impacto de la inversión extranjera en Colombia: Situación actual y perspectivas*. Recuperado el 11 de Julio de 2021, de Fedesarrollo: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/979/Report_Diciembre_2007_Fedesarrollo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Galeano, E. (2004). Las venas abiertas de América Latina.
- Gallopín, G. (2003). Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico. Medio Ambiente y Desarrollo - CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5763>
- Garavito, A., Iregui, A., & Ramírez, M. (2012). Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo. *Borradores de Economía* No. 713.

- García Bolívar, O. (2015). La Crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras: Propuestas de Reforma. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 137-163.
- García, L (2019). La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 12, Universidad del Rosario, Bogotá D.C.
<https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429558483004/html/index.html>
- García, P & López, A. (2020). La inversión Extranjera Directa. Definiciones, determinantes, impactos y políticas públicas. Banco Interamericano de Desarrollo.
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-inversion-extranjera-directa-Definiciones-determinantes-impactos-y-politicas-publicas.pdf>
- Gonzalez, J. (2002). *La responsabilidad por el daño ambiental en México*. México: UAM.
- Gonzalez, V., Sanchez, A., & Morales, P. (Bogotá D.C.). *Derechos de la Naturaleza y Derechos Bioculturales: escenarios de posibilidad ante la degradación de la naturaleza*. 2021: Siembra Centro Sociojurídico para la defensa territorial.
- Guaman, A., & Aparicio, M. (2019). Los derechos de la naturaleza y la lucha frente al poder corporativo en Ecuador. El caso Texaco-Chevron, los alcances del ecoconstitucionalismo y las deficiencias de los mecanismos de garantía y reparación. En L. Estupiñán Achuri, C. Storini, R. Martínez Dalmau, & F. A. de Carvalho Dantas, *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (págs. 227-268). Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Gudynas, E. (2011). Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Buen Vivir. En *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* (primera ed., págs. 231-246). Universidad Mayor de San Andrés (CIDES-UMSA) y Departamento de Economía de la Universidad de Roma La Sapienza. Obtenido de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/engov/20131216115814/VivirBien.pdf>
- Gudynas, E. (2015). *Extractivismos: ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*. Cochabamba: Centro de Documentación e Información de Bolivia.
- Gudynas, E., & Acosta, A. (2011). La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 71-83.
- Halperin-Dongui, T. (1977). *Historia Contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hayek, F. (1992). *The fortunes of Liberalism. Essays on Austrian Economics and the Ideal of Freedom*. Londres: The University of Chicago Press.

- Hayek, F. (2008). *Camino de Servidumbre*. Madrid: Unión Editorial S.A.
- Hawkins, D & García, N (2014). La apertura económica y los tratados de libre comercio en Colombia 2014. En Documentos de la Escuela No. 97. Escuela Nacional Sindical. Medellín.
http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/ens/20150216051823/Documento_N__97_TLC_IED.pdf
- Henao Perez, J. (2002). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental. *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*.
- Herdegen, M. (2012). *Derecho Económico Internacional*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Hernandez Islas, G. (2 de enero de 2020). *La Visión Antropocéntrica. Protección y Derechos del Medio Ambiente*. Obtenido de Foro Jurídico:
https://forojuridico.mx/la-vision-antropocentrica-proteccion-y-derechos-del-medio-ambiente/#_ftnref1
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.
- Juste, J. (1999). *El derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: McGraw-Hill.
- Kelsen, H. (1987). Problemas capitales de la teoría jurídica. México D.F.: Porrúa.
- Laso, J. (1978). Sobre el uso alternativo del derecho. *Revista Argumentos*, 13.
- Leopold, A. (1948). *Una ética de la tierra*. Madrid: Libros de catarata.
- López Pardo, I. (2014). El cambio climático, ¿reto para la Responsabilidad Social Empresarial? *Revista Internacional de Organizaciones*, 13, 29-53.
http://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio/article/view/161/pdf_17
- Malaver Rivera, D. S. (2021). *El extractivismo en Colombia: un análisis desde la economía política de la contabilidad a través del estudio de caso comparado Ecopetrol y Drummond (2004 2014)*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez-Alier, J., Sejenovich, H., & Baud, M. (2015). El ambientalismo y ecologismo latinoamericano. In *Gobernanza ambiental en américa latina* (1st ed., pp. 39-72). Fabio De Castro.
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20150318053457/GobernanzaAmbienta.pdf>
- Marquardt, B. (2019). *Historia del Derecho de Hispanoamérica en Perspectiva Transnacional y Socio-cultural*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Márquez-Escobar, C & Villegas Carrasquilla, L. (2009). Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. En *15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*,. pág.155-180. Bogotá D.C.
- Marx, C. (1980) *El capital*. Recuperado de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/CAPTOM1.pdf>

- Masse, F. (2012). *Actores Armados Ilegales y Sector Extractivo en Colombia*. Bogotá D.C.: CITpax Colombia.
- Mesa Cuadros, G. (2019). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado Ambiental de Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Mejía Quintana, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. En N. Gil, *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (págs. 195-268). Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Mesa, G. (2019). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Navas, Ó. (2016). *La Constitución Ecológica Colombiana* (3rd ed.). Universidad Externado de Colombia. .
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- OConnor, J. (1992). *Las dos contradicciones del capitalismo*. Madrid: Ecología Política.
- Opinión Consultiva, 23 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de noviembre de 2017).
- Organizacion de las Naciones Unidas. (1992). *un.org*. Obtenido de Declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>.
- Organizacion de las Naciones Unidas. (1996). *Convenio sobre Responsabilidad y Compensación de Daños Producidos por el Transporte de Sustancias Peligrosas y Nocivas por el Mar*. Obtenido de Onu.org: <http://un.org/Depts/Treaty/>.
- Organizacion de las Naciones Unidas. (2002). *un.org*. Obtenido de Declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible. Johannesburgo, Sudáfrica: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm
- Organización de Naciones Unidas. (14 de junio de 1992). Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*. Río de Janeiro, Brasil.
- Organización de Naciones Unidas. (2002). Consenso de Monterrey. *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*. Monterrey.
- Organización de Naciones Unidas. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Ost, F. (1996). *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Bilbao: Ediciones Mensajero.
- Orozco Henríquez, J. (1987). Los derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo. En R. Tamayo y Salmoran, & E. Caceres Nieto, *Teoría del derecho*

- y conceptos dogmáticos (págs. 23-40). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Padilla Sanabria, L. X. (2014). Perspectiva capitalista-neoliberal sobre los derechos humanos y el derecho de excepción. *Dike*, 129-148.
- Parlamento Europeo y del Consejo. (2004). *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*. Directiva 2004/35/CE.
- Pastor Palomar, A. (2006). Protección de inversión con conceptos indeterminados: El trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España. *R.E.D.I.*, 58(PRIMERA), 271-287. Obtenido de http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/11_notas_pastor_palomar_proteccion_inversiones.pdf
- Prieto Méndez, J. M. (2013). Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional (Primera ed.). Corte Constitucional del Ecuador & Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Prieto_DDN_2013.pdf
- Prieto, G. (2013). *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones* (primera ed., Vol. 139). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Corporación Editora Nacional. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3832/1/SM139-Prieto-EI%20trato.pdf>
- Ramírez Hernández, N. E. (2017). Los Derechos de la Naturaleza como paradigma transformador de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales. *Global Iure*, 5, 169-193. Obtenido de <https://www.jdc.edu.co/revistas/index.php/giure/article/view/371/390>
- Regan, T. (1988). *The case for animal rights*. Londres: Routledge.
- Reinhoudt, J., & Audier, S. (2018). *The Walter Lippmann Colloquium. The Birth of Neo-Liberalism*. Cham, Suiza: Springer Nature.
- República Plurinacional de Bolivia. (2009). Constitución Política. La Paz.
- Riechmann, J. (2000). *Un mundo vulnerable*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Rodríguez Peñaranda, M. L., Jiménez Estévez, D. R., & León Peñuela, F. A. (2021). *Altas cortes y transformación social. (Des)obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?* Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez Supelano, L. (2012). *El derecho al ambiente sano: esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección en el derecho comparado*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sanchez Supelano, L. F. (2019). *Derechos ambientales: una revisión conceptual e histórica para la consolidación de límites efectivos a la depredación ambiental*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sandel, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar*. Barcelona: Debate.

- Santaella, H (2001). El modelo económico en la Constitución de 1991. En Revista Derecho del Estado, 11, 85-93. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Schavelzon, S. (2015). *Plurinacionalidad y Buen Vivir/Vivir Bien. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador Postconstituyentes*. Quito: Ediciones Abya Yala & CLACSO.
- Sentencia de Tutela, T-491 de 1992 (Corte Constitucional 13 de Agosto de 1992). Sentencia, 76001 23 31 000 2005 04271 01 (37603) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 04 de noviembre de 2015).
- Shelton, D. (2008). Soft Law. En T. G. School, *Handbook of International Law*. Washington D.C.: Routledge Press.
- Slobodian, Q. (2018). *Globalists The End of Empire and The Birth of Neoliberalism*. Londres: Harvard University Press.
- Sommer, C. (2013). La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. *ACDI*, 95-130.
- Texaco-Chevron v. Ecuador. Second Partial Award on Track II, PCA CASE NO. 2009-23 (CIADI 30 de agosto de 2018).
- Toca Torres, C. E. (2011). Las versiones del desarrollo sostenible. *Sociedade e Cultura*, 14(1), 195-204.
- Uprimny, R & Rodriguez, C (2005) Constitución y modelo económico el Colombia: Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. En De Justicia, Documentos de Discusión (pág. 23-40) Bogotá D.C. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf
- Viciano Pastor, R. (2019). La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. En L. Estupiñan Achuri, C. Storini, R. Martinez Dalmau, & F. A. De Carvalho Dantas, La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático (págs. 137-144). Bogotá D.C.: Universidad Libre.<https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/16011/Derechos%20Naturaleza%20%20%281%2912-2019.pdf?sequence=7&isAllowed=y>
- Walter, M., & Urkidi, L. (2015). Consultas comunitarias. Respuestas a la minería a gran escala en América Latina. En F. De Castro, B. Hogenboom, & M. Baud, *Gobernanza ambiental en América Latina* (págs. 331-370). Buenos Aires: CLACSO; ENGOV.
- Wesche, P. (2021). Rights of Nature in Practice: A Case Study on the Impacts of the Colombian Atrato River Decision. *Journal of Environmental Law*, 531-556.
- Williamson, J. (13 de enero de 2004). The Washington Consensus as Policy Prescription for Development. *Practitioners of Development*. Washington D.C., Estados Unidos: Institute for International Economics.

- Williamson, J. (1990). *What Washington Means by Policy Reform. In Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* . Washington: Institute of International Economics.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La pachamama y el humano* (primera ed.). Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zhang, K. H. (2001). Does Foreign Investment Promote Economic Growth? Evidence From East Asia and Latin America. *Contemporary Economic Policy*, 175-185.