UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
CONVENIO USTA-UNIVERSIDAD DE KONSTANZ (ALEMANIA)
MAESTRIA DERECHO PÚBLICO
7ª COHORTE

**NUEVOS ESCENARIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS POR LA FALTA DE
SEGURIDAD JURIDICA EN LA DECLARATORIA DE PARQUES NATURALES
COMO AREAS DE PROTECCION ESPECIAL EN COLOMBIA**

Tesis de Maestría

Presentado por:

Luis Fabio Luque Hernández

Directora:

Janeth Milena Pacheco Baquero

Bogotá D.C., 2018

Tabla de Contenido

CAPITULO I.....	23
AREAS DE PROTECCION EN COLOMBIA	
1.1 REGULACION NORMATIVA AMBIENTAL	24
1.2 REGULACION NACIONAL	25
1.2.1 Constitución de 1886.	25
1.2.2 Constitución de 1991	31
1.3 PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y PROTECCION DEL MEDIO	
AMBIENTE.	38
1.3.1 Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.	38
1.3.2 Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018	40
1.3.3 Sentencia C-035 de 2016, Generalidades	42
1.3.3.2 Sentencia C-035 de 2016.Normas Acusadas.....	43
1.3.3.3 Sentencia C-035 de 2016-Decisión.....	50
1.4 ÁREAS DE PROTECCION ESPECIAL.....	52
1.4.1 Sistema Nacional de Areas Protegidas SINAP	56
1.4.2 Sistema de Parques Nacionales Naturales SPNN.....	60
1.5 Finalidad de la declaratoria de áreas protegidas.....	60
1.6 LEGISLACION ESPECIAL MINERA.....	63
1.6.1 Ley 685 de 2001 - Código de Minas	63
1.7 ACUERDOS DE PAZ FRENTE A LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE....	67
CONCLUSIONES CAPITULO I.....	73

CAPITULO II.....	75
CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE AFECTAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA POR DECLARATORIA DE PARQUES NATURALES EN AREAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL	
2.1 EL CONTRATO DE CONCESIÓN - PROBLEMÁTICA.....	75
2.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS	78
2.2.1. Afectación al principio de Seguridad Juridica.....	81
2.2.2 Afectación a los Derechos Adquiridos	82
2.2.3 Afectación al Principio de Confianza Legítima.....	84
2.2.4 Afectación a la Libertad de Empresa.....	88
2.2.5 El Bien Común -Conceptualización.....	90
2.2.5.1. Aspecto económico del Bien Comun.....	92
2.2.5.2. Aspecto Social den Bien Común.....	92
2.2.5.3 Aspecto Filosófico del Bien Común.....	92
2.3 POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNO	93
2.4 RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL OTORGAMIENTO/REVOCATORIA DE CONTRATOS Y LICENCIAS AMBIENTALES.....	99
2.4.1 Por la revocatoria de las licencias ambientales	99
CONCLUSIONES CAPITULO II.....	102
CAPITULO III.....	104
PROTECCION A LA INVERSION EXTRANJERA EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR COLOMBIA	104
3.1 TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR COLOMBIA EN EL TEMA DE INVERSIÓN MINERA.....	104
3.2 COLOMBIA FRENTE A LOS CONVENIOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	107

3.3 CONFLICTOS DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.	109
3.4.- TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO - CIADI.....	111
3.5 PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCION DEL CIADI.....	115
3.5.1. Procedimiento ante el Centro	116
3.5.2 Cláusulas del Proceso de Arbitramento.....	122
3.5.3 Clausulas básicas de sometimiento al CIADI	123
3.5.4 Clausulas especiales – Renuncia de la Inmunidad.....	127
3.6 REFLEXIONES SOBRE LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA CIADI	127
3.6.1 Críticas al sistema CIADI.....	127
3.6.2 Ventajas del Sistema Arbitral ante el CIADI.....	131
CONCLUSIONES CAPITULO III.....	131
CAPITULO IV	132
NUEVOS ESCENARIOS DE LITIGIOSIDAD POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN COLOMBIA.....	133
4.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN MATERIA DE INVERSIONES	134
4.2 ESTUDIO DE CASOS PRESENTADOS ANTE EL CIADI	143
4.2.1 Caso COSIGO - Colombia.....	143
4.2.2. Caso Occidental Petroleum Corporation - Ecuador	146
4.3 POSIBLES FALLAS DEL SISTEMA CIADI.	151
CONCLUSIONES CAPITULO IV.....	155
CAPITULO V.....	157
POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LITIGIOSIDAD POR INCUMPLIMIENTO A LOS TLC EN EL SECTOR DE INVERSIONES.....	157

5.1 Creacion de una ley de inversion.....	1588
5.2 Crear unCodigo Ambiental Unificado.....	159
5.3 Implementar una política pública en materia ambiental.....	160
5.4 Realizar una actualización de mapas sobre áreas protegidas.....	161
5.5 Implementar un equipo asesor especializado para los litigios ante la jurisdicción del CIADI.	163
5.6 Ejercer control Estatal y privado a los contratos de concesión y a las licencias ambientales para la explotación minera en las áreas protegidas.	163
CONCLUSIONES FINALES	164
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	171
I.- Referencia Doctrinales.....	171
II.- Referencias Jurisprudenciales.....	177
III.- Legislación Nacional.....	181
IV.- Referencias de Internet.....	183

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los problemas en el sector minero no se presentan por la falta de normas, sino porque su gerencia pública no se ha percatado que si se aplicaran las existentes habría menos problemas para resolver y porque la concepción que parece tener el fortalecimiento institucional es más de enfoque normativo que de desarrollo de capacidad de gestión¹

El tema que se plantea en la presente investigación, surge para dar a conocer los nuevos escenarios de controversia y las posibles consecuencias jurídicas que tendría el Estado Colombiano por la *falta de Seguridad Jurídica* en la declaratoria de las áreas de protección especial que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SINAP), como zonas excluibles de la minería, para la ejecución de obras de exploración y explotación minera por parte de los inversionistas extranjeros, que ocurre con posterioridad al otorgamiento de títulos mineros y las licencias ambientales con base en la normatividad vigente y los tratados de libre comercio suscritos por Colombia.

¹ Ponce Muriel, Álvaro (2012) *Cual locomotora?*, el desalentador panorama de la minería en Colombia, editorial Random House Mondadori SAS, p.159

El proyecto de investigación es **pertinente**, por *la incertidumbre jurídica* que se genera con la declaratoria de áreas de protección especial, para los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, por la carencia de normas claras que definan con precisión, no solo la delimitación de las áreas que no pueden ser objeto de explotación minera, sino también por no existir en la normatividad nacional, soluciones efectivas frente a este tipo de controversias, y por ende las decisiones judiciales, que con posterioridad a la emisión de los permisos para la explotación minera, deciden revocar las licencias ambientales ya otorgadas, con consecuencias jurídicas para los inversores extranjeros que han aportado cuantiosos recursos en las zonas declaradas como parques nacionales, debiendo el Estado Colombiano responder patrimonialmente por los daños que se hayan causado en el desarrollo del proyecto minero.

Así mismo, se considera este estudio de gran **conveniencia** para el Estado y los Inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, que pretendan adelantar proyectos de inversión minera en el país, en la medida que permite mostrar, la necesidad de establecer una política coherente e integral por parte del Estado; donde todas las entidades encargadas del tema minero – energético trabajen en una completa armonía, como el Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Medio Ambiente, Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), Ministerio de Transporte, las CAR, el DNP, incluyendo el Ministerio de Trabajo y el SENA, en la preparación de mano calificada para estas actividades; con un sistema normativo vigente, que establezcan una sinergia coherente entre estado y normatividad que permitan desarrollar la explotación de los recursos naturales.

De igual forma, este trabajo de investigación es de gran **relevancia social**, por cuanto genera garantías a la población que habita las áreas de protección, como también las diversas autoridades que participan en el desarrollo del proyecto minero, para que con el apoyo de la comunidad académica, se presente un estudio que sirva de concientización y guía para la toma de decisiones y así evitar, como se ha venido señalando, la violación de derechos fundamentales, tanto a los residentes como a los empresarios que participan de estos proyectos mineros.

Las **implicaciones prácticas** que presenta este proyecto de investigación, es resolver la problemática que se ha venido presentando con la superposición de títulos mineros y el otorgamiento de contratos de concesión en áreas de exclusión de la minería, declaradas con posterioridad a los contratos, para lo cual se requiere de medidas urgentes e inmediatas, por parte de las autoridades estatales, para evitar que se sigan presentando conflictos, como el acaecido con la empresa canadiense *Cosigo Resources*, por la autorización que obtuvo de las autoridades nacionales, para adelantar actividades de exploración y explotación minera en una zona que posteriormente se declaró como parque natural, impidiendo el desarrollo de las actividades que inicialmente estaban previstas.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas que se presentan con la declaratoria de un área protegida, afecta varios temas que serán revisados en el desarrollo de la investigación, el primero tiene que ver con el "**medio ambiente y los recursos naturales**", como quiera que la protección ambiental es un asunto que le compete al Estado, a través del

cumplimiento de los deberes constitucionales, establecidos en la legislación, tanto nacional como internacional, de ahí la importancia de garantizar la Seguridad Jurídica a los inversores, como por ejemplo lo establecido en el los artículos 8º y 95, numeral 8º de la carta política, que consagra como deber para el Estado, "*proteger los recursos culturales y naturales del país*", y "*velar por la conservación de un ambiente sano*"; al igual que la protección del Estado sobre los "**recursos naturales renovables y no renovables**", teniendo en cuenta que el dominio de estos pertenece a la Nación, así lo refiere el artículo 42 del Decreto 2811 de 1974, cuando señala, "*Pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por los particulares (...)*".

En igual sentido, la Constitución Política de Colombia de 1991, denominada como **Constitución ecológica o Constitución verde**², define la Constitución como, "*un conjunto articulado de disposiciones fundamentales que regulan las relaciones entre la sociedad y la naturaleza, en orden a proteger el medio ambiente*"; de igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-126 de 1998, dispuso, "*la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza*".

² Sentencia No. T-411 de 1992, MP. Alejandro Martínez Caballero., Expediente T-785.

Un segundo tema que debe ser tratado en este trabajo investigativo es el sector minero. En Colombia la titularidad del subsuelo y sus minerales esta en cabeza del Estado, así claramente lo establece el artículo 332 de la Constitución Política de 1991. En ese orden de ideas, la legislación Colombiana debe ponerse a tono con el ordenamiento superior, para lo cual se profirió la Ley 685 de 2001, Código de Minas, cuyo objeto es fomentar la exploración y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, y su regulación.

Desde el punto de vista normativo interno, el artículo segundo del Código de Minas (Ley 685 de 2001), establece el ámbito material del código y prescribe lo siguiente. "el presente código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada". Se excluyen, la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia, razón por la que en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, en aras de proteger el medio ambiente, estableció la exclusión de la actividad minera en los parques nacionales naturales, al igual que las zonas adicionadas, como los ecosistemas de paramos y humedales designados dentro de la lista establecida en la convención de *RAMSAR*. (Art. 3º de Ley 1382 de 2010).

Como tercero, es necesario analizar que existe otro tema que es de mucha importancia revisar frente al presente estudio y es lo referente al **contrato de concesión**, definido en el artículo 45 del Código Minero, como "aquel que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal, que puedan encontrarse dentro de una zona determinada para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este código"; al igual que la licencia ambiental, establecida en el artículo 50 del código de recursos naturales como "la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad", en atención a los riesgos de producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente en la ejecución de las obras mineras en las zonas autorizadas.

Como se aprecia, tanto el sector **minero** como el del **medio ambiente**, están directamente relacionados con el desarrollo de la actividad económica del país, particularmente en lo referente a la **inversión extranjera**, fundamentado en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Colombia, teniendo en cuenta que en el "Contrato Estatal", el Estado no solamente es parte del mismo, sino que adicionalmente tiene la función de regular la actividad de la inversión extranjera, razón por la que existe la necesidad de garantizar la Seguridad Jurídica para los inversionistas, tanto en la normatividad nacional, como en Los Tratados de Libre Comercio (TLC), Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y Los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (APRI) .

Por lo tanto y con el objeto de proteger la inversión extranjera, Colombia ha suscrito diferentes convenios internacionales, entre los cuales se encuentran el de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI/ICSID), el de la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC), y el Convenio de Cooperación para Países Emergentes (PSOM), entre otros.

No obstante lo anterior, a pesar de los mecanismos de protección que existen frente a la inversión extranjera, se presentan escenarios de litigiosidad que afectan los intereses de los inversionistas, especialmente los extranjeros afectando la Seguridad Jurídica, pues a pesar de las supuestas garantías jurídicas que se presentan, tanto en el derecho interno, el internacional, como la **libertad económica**³ y el derecho fundamental a un **ambiente sano**⁴; persisten aun ambigüedades en el sistema normativo colombiano, como también otra serie de factores que afectan la Seguridad Jurídica, tales como la falta de coordinación o sinergia entre las autoridades estatales encargadas de otorgar los contratos de concesión y las licencias ambientales en las zona declaradas como de exclusión minera, desconociendo los títulos mineros que previamente se habían dado, afectando, no solo a los inversionistas nacionales sino también a los extranjeros, por violación de principios fundamentales y constitucionales como "*los derechos adquiridos*",

³ Constitución Política de Colombia, Artículo 333. "la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (...)"

⁴ *Ibíd.*, artículo 79, "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. (...)"

el "*debido proceso*", la "*confianza legítima*"; el "*trato justo y equitativo*" y la expropiación indirecta por parte del Estado.

De otra parte, es oportuno reseñar la importancia de la ***libre empresa*** como base del desarrollo. La posibilidad de iniciar y desarrollar empresa es protegida por la Constitución Política de 1991, por el contenido y alcance de la *libertad de empresa*, no solo ha sido abordado por la legislación especializada nacional, sino también por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencias de constitucionalidad ha abordado el tema sobre las facultades que tiene el legislador y las autoridades administrativas para reglamentar esta libertad.

Respecto a la Libertad de Empresa la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2011, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en demanda contra el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, modificatoria de la Ley 300 de 1996, y el literal g) del artículo 71 de la citada ley 300 de 1996 (ley general de turismo), en lo que refiere a la definición del registro nacional de turismo como un requisito previo y obligatorio para el funcionamiento de lo turístico, y por la fijación de la omisión de registro como una infracción sancionable, considerando el demandante que dichas disposiciones desconocen los principios de libertad económica y libertad de empresa consagrados en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia y que la inscripción como requisito previo para el funcionamiento de los establecimientos turísticos, vulnera el núcleo esencial de los principios de libertad económica y libertad de empresa, además que

contravienen abiertamente las formas de limitación de tales libertades consagradas en el texto constitucional.

En esta oportunidad la Corte Constitucional, refiriéndose al contenido del artículo 333 de la Constitución Política, ha sostenido que dicho artículo reconoce dos tipos de libertad: la libertad de empresa y la libre competencia. Frente a la libertad de empresa, el ente corporativo la define como la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de beneficio. Esta libertad comprende, entre otras garantías, i) libertad contractual, es decir la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, ii) la libre iniciativa privada.

No obstante, en los términos del artículo 333 de la norma superior, las libertades económicas no son absolutas, pues esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitara el alcance de la libertad económica, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Igualmente, tampoco se puede desconocer que el sector minero-energético, llegó a mostrar un dinamismo importante, con un crecimiento promedio de 4,5% anual, durante la última década, y una participación promedio en el PIB alrededor del 6,7%. El sector

aportó en el año 2008, 1.2 billones de pesos a la economía, en 2011 generó 1,6 billones de pesos. En 2012, las regalías generadas por el sector minero fueron cercanas a los 2 billones de pesos, con una participación en carbón de 82%; la contribución del sector aumentó como consecuencia de la mayor extracción de carbón, metales preciosos y esmeraldas.⁵

Finalmente, es imposible hacer mención, para el desarrollo de este trabajo de investigación, el Acuerdo de Paz logrado entre el Gobierno Colombiano y las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, en lo que respecta a algunos de los temas tratados en la investigación, como la minería ilegal en áreas de protección especial, pues sin duda el conflicto ha dejado huella en los paisajes y ecosistemas nacionales. De acuerdo con la organización colombiana de justicia, el conflicto armado ha sido acompañado de bombardeos contra oleoductos, fumigaciones áreas de cultivos ilegales con glifosato, contaminación química debido a la minería ilegal, la colocación de minas antipersonales en áreas protegidas y la expansión de la frontera agrícola como resultado del desplazamiento forzado, entre otros problemas.

Visto todo lo anterior, **el problema jurídico** que se presenta en la investigación, es resolver la pregunta: "**La falta de Seguridad Jurídica en la declaratoria de las áreas de protección especial, aumentó los escenarios de litigiosidad que tiene que enfrentar el Estado Colombiano?**"

⁵ Unidad de planeación Minero Energética – UPME (2014). Indicadores de la minería en Colombia, Bogotá.

Para poder resolver esta pregunta, se presenta como una posible **hipótesis, que en la actualidad se presentan nuevos escenarios de litigio, a los que se ve enfrentado el Estado Colombiano, por la falta de Seguridad Jurídica que se ocasionan por el incumplimiento a los Tratados de Libre Comercio, cuando se declara un parque nacional como área de protección especial; después de haberse otorgado una licencia ambiental.**

Para el desarrollo de la investigación, se contó con un **método de investigación**, sustentado en diferentes fuentes, las cuales fueron estudiadas y analizadas con un criterio crítico, en otras palabras, se utilizó un **método de investigación cualitativo**, que permitió crear teoría, previa revisión del **marco teórico que en materia de derecho se presenta en relación con la legalidad, validez y eficacia de la norma**; que permita asumir posición crítica frente a la teoría⁶ propuesta. Por ello fue importante iniciar con la revisión de información en fuentes primarias; tales como: Libros especializados, jurisprudencia, normatividad ambiental y minera, conceptos emitidos por autoridades nacionales, documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), decretos, resoluciones, artículos de revistas indexadas, reportajes periodísticos, consultas bibliográficas, en otras palabras, revisar las fuentes, tanto primarias como secundarias, que se relacionen con el tema investigado. Luego de revisadas las fuentes, continuar con el proceso de evaluación haciendo comparaciones y relaciones entre las variables que se identificaron para dar solución al problema jurídico.

⁶ Strauss, Anselm y Corbin, Juliet. Bases de la Investigación Cualitativa, Técnicas y Procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Marco teórico.

Citando al profesor Mejía Quintana Oscar⁷, quien reconociendo con Robert Alexy⁸, que el concepto y la validez del derecho suponen concebir no solo la validez jurídica sino también una social y otra ética, la teoría Rawlsiana igualmente va permitir inferir, a partir de los tres momentos descritos en el paradigma jurídico planteado, tres instancias de legitimidad, validez y eficacia correspondientes: una dialógico-moral, contractual consensual y, por último, una social contextual.

Esta clasificación⁹, se basa en la propuesta de *Robert Alexy* (el concepto y la validez del derecho, 95-122) de distinguir, en cuanto a la norma fundamental se refería, una concepción normativa (*Kant*), otra analítica (*Kelsen*) y una final empírica (*Hart*), que permitan integrar, en la tónica metodológica *Hegleriana*, las tres concepciones; lo que es posible de manera natural a partir del constructivismo *Rawlsiano*.

Desde el marco de una legitimidad consensual pre jurídico, un primer criterio de legitimidad consensual del orden jurídico positivo, lo constituye el procedimiento dialógico para concretar los principios de justicia desde los cuales deben regirse las instituciones. El procedimiento de argumentación permite a la ciudadanía discutir la problemática social desde un modelo consensual que garantiza la imparcialidad de los contenidos concertados, señalándole a la perspectiva moral su horizonte político social y

⁷ Teoría Consensual del derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 341

⁸ Alexy, Robert, el concepto y la validez del derecho pág., 87-89 y s.

⁹ Robert Alexy, *ibíd.*, pág. 95-122

permitiéndole a través de ello, ensanchar la base ética del contrato democrático y propender por una transformación equitativa de sus estructuras sociales.

En efecto, el procedimiento de decisión dialogal, cuyo objetivo es garantizar la simetría en el proceso de consensualización para asegurar el carácter de la voluntad general y el interés público, se convierte en un modelo de participación, tanto institucional como ciudadano, que define criterios puntuales desde los cuales la ciudadanía juzgue dialógicamente la dinámica de las instituciones y compele a que estas contengan estructuralmente un espacio de concertación con la ciudadanía en la concepción de las políticas públicas.

El trabajo de investigación, está estructurado en cinco capítulos, atendiendo a los objetivos específicos propuestos, esto es, capítulo primero, dedicado al estudio de las áreas protegidas en Colombia, en el segundo capítulo se estudiarán las consecuencias jurídicas por la declaratoria de parques nacionales, como áreas de protección especial que afecta la Seguridad Jurídica, un tercer y cuarto capítulo tratarán sobre la protección a la inversión extranjera y la identificación de nuevos escenarios de controversia por el incumplimiento a los TLC, y por último, como resultado de la investigación, un quinto capítulo dedicado a proponer las posibles soluciones frente a los nuevos escenarios identificados por los incumplimientos del Estado Colombiano frente a los tratados de libre comercio, propuestas que servirán de herramienta útil para garantizar la Seguridad Jurídica a los inversionistas nacionales, especialmente a los extranjeros para evitar

responsabilidades al Estado por la exploración y explotación de los recursos naturales en nuestro suelo colombiano.

Adicionalmente, es importante revisar el procedimiento que se adelanta ante las instancias internacionales (CIADI), para la resolución de las diferencias entre los inversionistas y el Estado Colombiano, lo que conllevó a revisar el marco normativo de las actividades mineras y ambientales en el país y el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones contraídas frente a los contratos de concesión otorgados en aquellas zonas declaradas como de exclusión minera; al igual que la protección eficaz al medio ambiente y la inversión extranjera, frente a los tratados en el tema de inversiones minero energéticas por parte del Estado Colombiano.

Con los resultados obtenidos, se pretende probar la hipótesis planteada, para lo cual se presentaron las propuestas consideradas como las más viables de los modelos estudiados, con lo que se espera sean de ayuda para la toma de decisiones por parte del Gobierno Nacional y las instituciones públicas y privadas que tienen que ver con el manejo del tema minero energético y la conservación del medio ambiente, o al menos para disminuir o mitigar el riesgo frente a un daño ambiental y en consecuencia una posible responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, por el daño antijurídico que se pueda ocasionar a los inversionistas extranjeros en el desarrollo de sus actividades mineras, frente al otorgamiento y posterior cancelación de las licencias ambientales o los contratos de concesión; al declarar un parque nacional como área de protección especial

para la exploración y explotación minera con posterioridad a la concesión de los títulos mineros y las licencias ambientales en dichas zonas.

Como **objetivo general** de la investigación, se planteó:

Establecer, cuáles eran los posibles efectos jurídicos que se pueden producir por la falta de Seguridad Jurídica, en el contexto internacional con ocasión a la declaratoria de Parques Naturales como Áreas de Protección Especial en Colombia.

Como **objetivos específicos** fueron considerados los siguientes:

1. **Identificar** el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el sistema de áreas protegidas en Colombia.
2. **Determinar** cuáles son las diferentes consecuencias jurídicas a las que se ve enfrentado el Estado Colombiano, al declarar como áreas protegidas los parques nacionales, con posterioridad al otorgamiento de los contratos de concesión y las licencias ambientales a los inversionistas extranjeros; en las zonas donde se encuentren adelantando trabajos de exploración, explotación y demás fases establecidas en el contrato de concesión.
3. **Verificar** el cumplimiento de los Tratados de Libre Comercio, suscritos por Colombia, en el tema de inversión extranjera.
4. **Identificar** a partir del estudio de casos, los nuevos escenarios de solución de controversias y la posible responsabilidad del Estado Colombiano en la

declaratoria de áreas de protección especial, con posterioridad a los contratos de concesión.

5. **Plantear** posibles soluciones frente a la nueva litigiosidad que enfrenta el Estado por el incumplimiento de los tratados de libre comercio, en el sector de inversiones.

Con los resultados obtenidos, se identificaron los nuevos escenarios de solución de controversias que se presentaban por la falta de Seguridad Jurídica en el incumplimiento a los Tratados de Libre Comercio en el tema de inversión minera, para lo cual se estudiaron algunos de los casos, en los que el país está siendo demandado ante los Tribunales Internacionales (CIADI), como en el caso de la empresa canadiense *COS/GO RESOURCES*, al igual que otros ocurridos en la región, como el de Ecuador con la empresa petrolera norteamericana *OXY*, que nos sirve como modelo frente a controversias futuras y a las posibles soluciones frente a estos nuevos escenarios de litigio.

De igual manera, se identificaron las posible fallas y la falta de Seguridad Jurídica, estudiándose el procedimiento que se adelanta ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones – CIADI, y con ello establecer las estrategias, adoptadas por Colombia, frente a los procesos que se adelantan ante esa jurisdicción internacional, razón por la cual es importante estudiar ese organismo internacional, desde su estructura hasta los mecanismos y procedimientos que se desarrollan para el manejo de los conflictos; en especial en lo relacionado a las cláusulas de los acuerdos para evitar que se produzcan fallos que afecten los intereses de la Nación, para establecer las posibles

fallas, como nuevos escenarios de litigio, que sirvan de orientación a posibles conflictos que se puedan presentar por los incumplimientos a los Tratados Internacionales de Libre Comercio suscritos por Colombia.

CAPITULO I

AREAS PROTEGIDAS EN COLOMBIA

INTRODUCCION

Colombia suscribió el convenio de diversidad biológica aprobado a través de la Ley 165 de 1994, con base en el cual se adquirió el compromiso de conformar y consolidar un Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SINAP, integrado por el conjunto de áreas protegidas, acores sociales y estrategias e instrumentos de gestión que las articulan, para contribuir al cumplimiento de los objetivos de conservación del país. Es así, como las áreas protegidas contribuyen a la conservación de la diversidad biológica y a garantizar la oferta de servicios eco sistémicos que hacen posible el desarrollo productivo del país y el bienestar de la sociedad.

En este capítulo se estudiara la evolución histórica y jurídica de las *áreas protegidas en Colombia*, especialmente en lo referente a los parques nacionales naturales a la luz de los sistemas normativos nacionales y extranjeros, con el objeto de establecer la naturaleza de dichas áreas y descubrir cuál ha sido el manejo que el Estado Colombiano le ha venido dando a estas áreas; cual ha sido la participación de la comunidad en las actividades extractivas de recursos naturales en esas zonas, cuáles han sido los daños causados a la comunidad y al medio ambiente, que políticas ha desarrollado el gobierno colombiano para superar estos conflictos

.

1.1 REGULACION NORMATIVA AMBIENTAL

Los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente, según el derecho Internacional, se presentan por los efectos nocivos que causan al medio ambiente las actividades que desarrollan los seres humanos, en especial aquellas relacionadas con la extracción de recursos naturales en el mundo; nadie puede ignorar esta realidad, en la medida en que la vida de la raza humana, y demás especies con las que compartimos la tierra, al igual que todo el ecosistema mundial, están en peligro de extinción y debemos luchar por protegerlos.

Los convenios sobre normas ambientales, son instrumentos internacionales que hacen parte del marco jurídico del derecho internacional ambiental, como quiera que este, encuentra sus fuentes en las declaraciones, tratados, resoluciones y decisiones de carácter internacional, las cuales se encuentran subordinadas a la jerarquía de la carta internacional ambiental, conformada por la Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y las convenciones internacionales ambientales que tienen por objeto combatir los problemas ambientales denominados como de "tercera generación". Así mismo se presentan otros instrumentos internacionales, adicionales a la Convención de Rio, como la convención de Viena para la protección de la capa de ozono, la convención sobre la diversidad biológica, la convención de las Naciones Unidas sobre cambio climático, y finalmente el convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.

Dentro de los principios establecidos en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente del 16 de junio de 1972, se establece una especial protección a los recursos naturales del planeta, como la tierra, el aire, el agua, la flora y la fauna; al igual que las muestras representativas de los ecosistemas naturales, los cuales deberán preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación¹⁰.

Los tratados Internacionales sobre la protección de los bienes, que hacen parte del patrimonio natural material e inmaterial; cultural, terrestre y subacuático del planeta, se incluyen en el campo de aplicación del derecho internacional; los cuales se traducen en derechos, como el derecho internacional del espacio, el mar y el derecho del espacio ultraterrestre. También se han adoptado otros instrumentos internacionales para prevenir la contaminación, preservar las especies y establecer un régimen de responsabilidad estatal por los daños ocasionados en desarrollo de las diferentes actividades económicas, que se ejecutan en zonas de protección especial como los parques naturales.

1.2 REGULACION NACIONAL

1.2.1 Constitución de 1886.

La Constitución Política de un país es la norma fundamental de la cual derivan su validez las demás normas positivas y comprende las reglas de juego para la organización del

¹⁰ Sánchez Sánchez, Hernando (2008)- Código de derecho internacional ambiental, Universidad del rosario, declaración de Estocolmo, p. 32

Estado, así como los principios fundamentales para el ejercicio de los derechos y garantías dentro de ese Estado.

Pues bien, uno de los principios fundamentales que deben ser protegidos, es sin lugar a dudas el "medio ambiente", cuya conservación le corresponde a los poderes públicos, ello teniendo en cuenta que los recursos naturales, como instrumentos de desarrollo económico ya no son absolutos, sino que por el contrario son relativos por lo que deben ser incorporados a la constitución de un país.

Si atendemos a la historia de la humanidad podemos ver que los derechos colectivos y especialmente el derecho a gozar de un ambiente sano, no es algo tan nuevo como parece. En las comunidades primitivas de América existían normas de protección ambiental sumamente avanzadas, que las sociedades contemporáneas podrían rescatar para aplicarlas a las actuales condiciones del hombre y de la protección ambiental en el marco de un desarrollo sostenible.

Por otra parte en nuestro Código Civil, encontramos las acciones populares para la defensa de los derechos colectivos, de esta manera se puede afirmar que los derechos colectivos que se institucionalizan en las constituciones y legislaciones de finales del siglo XX, tienen sus orígenes desde tiempos muy antiguos y casi ha desaparecido con los estados liberales que condujeron, a pensar que todos los derechos tenían un sujeto o titular individual que es la persona humana.

Desde una perspectiva histórica, si revisamos la historia constitucional de Colombia, tanto las constituciones provinciales y nacionales, no existe una verdadera regulación o protección sobre los recursos naturales y el medio ambiente, pues como bien lo señala el profesor Amaya Navas Oscar Darío, en su obra, "La Constitución Ecológica de Colombia"¹¹, afirma frente al tema de estudio, que *"solo existen algunos pronunciamientos normativos que hoy pueden catalogarse como de contenido ambiental o ecológico, sin dejar de mencionar, por supuesto, que la preocupación normativa y política sobre el entorno procede de la segunda mitad del siglo XX"* .

Al estudiar los antecedentes de la Constitución Política de 1886, vemos que ninguno de los artículos del capítulo sobre derechos colectivos de la Constitución de 1991, tiene antecedentes directos en aquella, solo hace relación a las riquezas naturales de nuestro territorio nacional, así como las competencias de algunos entes gubernamentales frente al manejo, no protección de los recursos naturales, como consta en algunas de las constituciones regionales y nacionales e incluso en los actos legislativos reformativos hechos sobre la constitución de 1886, como por ejemplo el Acto reformativo No. 7 de 1905, por el cual se sustituye el artículo 185 de la citada constitución, en lo que respecta a las competencias de las asambleas, así: " (..) Corresponde a las asambleas departamentales dirigir y fomentar, por medio de ordenanzas y con los recursos propios del departamento, la instrucción primaria y la beneficencia, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la colonización de las tierras baldías que existen en el departamento. (...).

¹¹ AMAYA NAVAS, Oscar Darío, 3ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 37.

De otra parte en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, por la cual se reforma la Constitución Política de Colombia, al amparo del Frente Nacional, la cual en el artículo 6º estableció lo siguiente: "Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección de la economía estará a cargo del Estado, (...). "Intervendrá también el Estado, por mandato de ley, para dar pleno empleo a los recursos naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a lo cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, (...)"¹²

El concepto liberal de propiedad individual que se acogió en la república de Colombia durante el siglo XIX, se fue morigerando en la medida en que los gobernantes fueron comprendiendo que las funciones del Estado incidían en las actividades económicas y que debían concebirse políticas, órganos y funciones específicas para ello; sin embargo, la principal fuente de riqueza estaba constituida por la propiedad o tenencia de tierras para la explotación agropecuaria, la explotación minera y un incipiente comercio exterior. La figura de hacienda con hondas raíces en la colonia española, constituye una de las principales unidades de explotación económica que se proyecta prácticamente hasta nuestros días.

El constituyente de 1886, se preocupa por garantizar los derechos adquiridos y la irretroactividad de la ley, se ocupa de garantizar en tiempo de paz la propiedad, pero

¹² Ibíd., paginas, 63 y 69.

establece cuatro excepciones o eventos en que el derecho se pierde, estos son, por pena, apremio o necesidad, indemnización y contribución general. Por orden judicial podrá haber enajenación forzada e indemnización por el valor de la propiedad y en tiempo de guerra, permite la expropiación por autoridades no judiciales y la sola ocupación cuando se trate de inmuebles.

En 1905, se introdujo una modificación al texto constitucional consistente en la posibilidad de expropiación por motivos de utilidad pública, con indemnización, salvo el caso de construcción de vías de comunicación, donde se supone el beneficio para el predio. Sería el antecedente de la expropiación sin indemnización que tanto dio de que hablar y nunca se aplicó hasta su derogatoria en los últimos años del siglo XX, para favorecer la inversión extranjera.

En Colombia, durante los años veinte se inició el proceso de industrialización y se acercaba el fin de un periodo que más tarde se conocería como la hegemonía conservadora (1886-1930). Al arribar al gobierno el partido liberal se inician una serie de reformas, una de ellas relacionadas con la propiedad, tal y como ocurrió en la reforma constitucional de 1936, época en la que se introdujo la función social de la propiedad y la expropiación por razones de equidad, sin indemnización. En ese mismo año el gobierno puso en evidencia la situación de las tierras, la tenencia de estas sin título perfecto y las grandes extensiones baldías cuyo titular era el Estado, para lo cual expidió la ley 200, mediante la cual se reconoció el proceso de colonización interno de tierras vírgenes y selvas tropicales.

A partir de 1947 y hasta bien corrida la década de los cincuenta se dio la apropiación de tierras a bajos precios por los bandos dominantes en la respectiva zona. Luego se intentó mediante la Ley 135 de 1961, realizar una nueva reforma agraria, nuestra opinión con muy pocos efectos en la práctica.

Otro de los capítulos de la propiedad es relativo al del subsuelo minero y petrolero, en el cual vale la pena mencionar la ley 20 de 1969 con la que se establece un sistema de requisitos para acreditar la propiedad privada excepcional sobre estos bienes, y de esta forma se consolida la propiedad del Estado y nuevas modalidades de explotación que permite más fácilmente la participación extranjera.

La Constitución de la República de Colombia de 1886, establece en su artículo 202, los bienes que pertenecen a la Nación; tales como: 1) Bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana a partir del 15 de abril de 1886; 2). Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización; 3). Las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas¹³.

¹³ Constitución de 1886, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>, consultado el 14 de marzo de 2017, a las 15:00 horas

De lo estudiado en la historia de las Constituciones Regionales y Nacionales que se establecieron en el país antes de la constitución de 1991, hubo ausencia del aspecto ambiental y por ende era necesaria la incorporación constitucional ambiental, pues como bien lo señala el profesor Andres Betancourt, catedrático del derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona España, al prologar la obra del doctor Amaya (La Constitución Ecológica de Colombia), al referirse a la evolución del derecho ambiental, señala que la evolución del derecho ambiental no está en el ámbito declarativo, en el de las reglas, sino en el de las sentencia judiciales, esto haciendo énfasis en lo prescrito por KELSEN, quien señala que "el derecho es una técnica social específica basada en la amenaza de la sanción". Por lo que culmina el profesor *Betancourt*, señalando que la evolución del derecho ambiental no está en el ámbito declarativo sino en las sentencias judiciales

1.2.2 Constitución de 1991.

Desde la perspectiva del medio ambiente, es importante señalar los grandes proyectos que fueron presentados ante la Asamblea Nacional Constituyente, y que de una u otra forma se materializaron en los artículos que finalmente fueron aprobados en la Constitución de 1991, basta con observar el proyecto de acto reformativo de la Constitución Política No. 5, el cual pretendía modificar el Título III de la nueva Constitución, sobre derechos, garantías y deberes fundamentales. Algunos de los aspectos ambientales, señalados por el profesor *Amaya Navas* en su obra¹⁴, hacen

¹⁴ AMAYA NAVAS, Oscar Darío, Óp. Cit. pág. 99

referencia al derecho al medio ambiente, señalado en el artículo 28 del proyecto que establecía que el medio ambiente, incluidos los recursos naturales, son patrimonio común y público. Por lo tanto, se garantiza el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, quedando incorporado en el artículo 79 de la Constitución de 1991, dentro del capítulo III dedicado a los derechos colectivos y del medio ambiente.

La Constitución de 1991, recoge de alguna manera buena parte del ordenamiento anterior, en temas como la propiedad privada, ya que permite la expropiación en tiempos de paz y de guerra, reitera la expropiación por motivos de equidad, sin indemnización, al postre derogado. Tal vez por la coyuntura de guerra contra los narcotraficantes, prevé la figura de extinción de dominio, como novedad, además de la función social de la propiedad, establece una función ecológica; de otro lado atribuye al Estado la promoción del acceso a la propiedad y dispone que cuando este enajene su participación en empresas deberá ofrecer sus acciones o cuotas prioritariamente a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias; también atribuye la promoción del acceso a la propiedad de la tierra a favor de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, así como los servicios públicos para ellos.

La Constitución Política de 1991, contempla en varios de sus artículos la importancia sobre la conservación de la diversidad biológica en el territorio nacional, algunos de esos artículos prescriben la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación; al igual que la función ecológica de la propiedad; como la inalienabilidad,

imprescriptibilidad e inembargabilidad de los parques naturales y el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, de igual forma la Constitución de 1991, es clara en destacar el deber del Estado en torno a la necesidad de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; para garantizar, su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución cuando las circunstancias lo ameriten.

En el derecho ambiental, como toda rama de la ciencia jurídica posee principios guía o rectores, los cuales son postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Los principios rectores pueden resultar a veces más vinculados al mundo ideal del deber jurídico que conceptualizó *Kelsen*, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental, sin embargo esta convivencia de la real y lo ideal en la formulación de los principios no basta su solidez.

La actual Constitución Política de Colombia, elevó a norma superior la consideración, manejo y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, a través de los siguientes principios fundamentales; como protección a los siguientes derechos:

1- Derecho a un "ambiente sano"

En su artículo 79, la Constitución Nacional, consagra: *"Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la*

comunidad en las decisiones que puedan afectarlos. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines". Esta norma Constitucional puede interpretarse de manera solidaria con el principio fundamental del "*Derecho a la vida*", ya que éste sólo se podría garantizar bajo condiciones en las cuales la vida pueda disfrutarse con calidad.

2- Al Medio Ambiente como "Patrimonio Común".

La Constitución Política de Colombia, incorpora este principio al imponer, al Estado y a las personas, la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales (Artículo 8), así como el deber de las personas y del ciudadano de proteger los recursos naturales y de velar por la conservación del ambiente (Art. 95). En desarrollo de este principio, el Art. 58 de la norma constitucional consagra la propiedad como una función social que implica obligaciones y por lo tanto le es inherente una función ecológica. De igual forma determina el Art.63 que los bienes de uso público, como parques naturales, tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

3- Al Desarrollo Sostenible

Otro de los principios rectores del derecho ambiental, el principio de sostenibilidad ambiental como la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos establecidos en la ley ambiental colombiana, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

El principio de sostenibilidad, está definido como el desarrollo que conduce al crecimiento económico, la elevación de la calidad de vida y el bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, sin deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras; bajo este criterio la Constitución Política en desarrollo de este principio consagró en su artículo 80, que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución, por lo que deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

En ese sentido, se profiere la Ley 99 de 1993¹⁵, mediante la cual se estableció que la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés para la humanidad, debe ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible (Art 1 Núm. 2) y que la acción para la protección y recuperación ambiental del país, es una tarea conjunta y

¹⁵ Ley 99 de 1993, "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema nacional Ambiental – SINA y se dictan otras disposiciones"

coordinada entre el Estado, la comunidad y las organizaciones no gubernamentales, incluyendo el sector privado (Art.1 num10).

Adicionalmente, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el Estado Colombiano suscribió el Convenio de Diversidad Biológica, aprobado mediante la Ley 165 de 1994, que tiene como objetivos principales la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

De otro lado, en el año 1995 se expidió la Política Nacional de Biodiversidad, aprobada por el Consejo Nacional Ambiental, que contempla tres estrategias principales sobre conservación, conocimiento y utilización sostenible para la biodiversidad. Respecto a la conservación de la biodiversidad, por ejemplo se plantea el desarrollo de una estrategia en la que se garantice la representatividad de los diversos ecosistemas continentales y marinos y se fortalezca la organización institucional para la conservación y el manejo de ecosistemas que poseen un valor estratégico para el país.

Un aspecto importante para destacar, lo constituye el papel de las áreas protegidas en el ordenamiento ambiental, en ese sentido la Ley 388 de 1997¹⁶ es clara en reconocer que en el Plan de Ordenamiento Territorial POT, se deberá realizar tomando en

¹⁶ Ley 388 de 1997, Diario Oficial No. 43.091, del 24 de julio de 1997, "por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 3 de 1991, esta Ley hace relación a las áreas protegidas y su protección a través del Plan de Ordenamiento Territorial POT"

consideración los municipios, áreas metropolitanas y regionales, atendiendo las condiciones de diversidad étnica y cultural; reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia e incorporando los instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial, de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida digna para la población actual y futura.

En ese orden de ideas, la citada norma estableció en su artículo 10 que para la elaboración y adopción de planes de ordenamiento territorial, se deberán tener en cuenta, como determinantes, las áreas de manejo especial, entre ellas las áreas protegidas declaradas por las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) y las reservas forestales nacionales, para lo cual se le asignó a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales-UAESPNN-, (encargada de la administración y manejo de las áreas del sistema de parques), las funciones de proponer políticas, planes, programas, normas y procedimientos relacionados con el SINAP y coordinar con las demás autoridades ambientales, territoriales, representantes de grupos étnicos y organizaciones comunitarias, las estrategias para la conformación y consolidación de un SINAP más completo y reciente; por lo cual a través del *Decreto 2372 de 2010*, se reglamenta el Sistema Nacional de áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y los procedimientos generales relacionados con el Sistema.

Para finalizar es importante reseñar la decisión VII/28 aprobada en la séptima reunión de la Conferencia de las partes (COP7) en el año 2004, donde se adoptó el programa de trabajo sobre Áreas Protegidas, comprometiéndose cada país a aplicarlo en el contexto de sus prioridades y necesidades nacionales, con el objeto de establecer y mantener Sistemas Nacionales de Áreas Protegidas (SINAP), que contribuyan al logro de los objetivos del Convenio.

1.3 PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE.

1.3.1 Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

Es pertinente previamente, hacer referencia al Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 *“Estado comunitario, desarrollo para todos”*-, adoptado mediante la Ley 1151 de 2007, por el cual estableció una gestión ambiental y de riesgo que promueva el desarrollo sostenible, en el componente *“Conocimiento, conservación y uso sostenible de la biodiversidad”*, estableció que la conservación de la biodiversidad deberá ser una tarea descentralizada; por lo cual se elaborará una política nacional, adoptada por el CONPES que defina y reglamente el SINAP, que articule las diferentes categorías y sistemas de áreas protegidas de carácter nacional, regional y local y que incorpore lineamientos para la definición de la estrategia de sostenibilidad financiera, así como los objetivos de conservación que tiene el país, como marco único para la creación de nuevas áreas protegidas y defina el mecanismo institucional necesario para su aplicación.

A partir de la creación de la ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, el cual es un ejemplo de cómo se justifican los intereses económicos del país y se plantean estrategias para alcanzarlos, pero en los temas ambientales no se hacen evidentes y en consecuencia las políticas económicas de Colombia enfocadas a la extracción de minerales y las normas que regulan problemas ambientales mantienen su permisividad en la promoción y explotación de minerales e hidrocarburos.

Como prueba de lo anterior, se puede referenciar al CONPES 3672 de 2013 y sus estrategias que permiten ejecutar proyectos de interés nacional, el cual señala que muchos de estos proyectos están sufriendo problemas para su planeación y ejecución como consecuencia de la ineficiencia para dar trámite a las licencias ambientales, consultas previas y adquisición de predios.

Es por esto que a través del CONPES se pretende *"establecer los criterios frente a un proyecto de interés nacional y, generar mecanismos y recursos que faciliten la ejecución eficiente y oportuna de tales proyectos, en concordancia con las políticas definidas por el gobierno nacional"*¹⁷

1.3.2 Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018

Con la expedición de la Ley 1753 de 2015¹⁸, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, *"Todos por un nuevo país"*, en su artículo 170 estableció la

¹⁷ DNP. 2013:21

¹⁸ Ley 1753 de 2015, "Por el cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2014-2018 "todos por un nuevo país"

formulación de una política de crecimiento verde de largo plazo al prescribir, *"El Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y con participación de los ministerios, formulará una política de crecimiento verde de largo plazo en la cual se definan los objetivos y metas de crecimiento económico sostenible. Dentro de sus estrategias se diseñará un programa de promoción de la investigación, desarrollo tecnológico e innovación para el fortalecimiento de la competitividad nacional y regional a partir de productos y actividades que contribuyan con el desarrollo sostenible y que aporten al crecimiento verde.(...)"*

Asimismo, la citada norma (Ley 1753 de 2015) en su artículo 171, establece frente a la deforestación de bosques naturales, *"El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible elaborará una política nacional de lucha contra la deforestación que contendrá un plan de acción dirigido a evitar la pérdida de bosques naturales para el año 2030. Esta política incluirá provisiones para vincular de manera sustantiva a los sectores que actúan como motores de deforestación, incluyendo las cadenas productivas que aprovechan el bosque y sus derivados. Esta política tendrá metas específicas con la participación de los gremios productivos, bajo la figura de acuerdos para la sostenibilidad, donde se comprometan a recuperar bosques arrasados hasta la fecha, en función de su actividad económica."*

De igual manera, conforme a las facultades otorgadas por la ley 1753 de 2015¹⁹, aduce que para calificar ciertas áreas del territorio nacional, deben estar reguladas por un ordenamiento especial, así como por un régimen legal y contractual específicos, donde se establezcan unas *políticas de Estado* en esta materia; a fin de conservar el patrimonio natural nacional y global. En ese sentido es necesario destacar que al conformar dichas áreas de protección, deberán ser limitadas o incluso excluidas de la actividad minera y por ende no se les debe aplicar el régimen ordinario de la minería regulado en el Código de Minas Ley 685 de 2001, para evitar la proliferación desordenada de títulos mineros en el territorio nacional; garantizando así una mayor eficiencia en la extracción de los recursos.

No se puede ignorar que lo anterior genera un problema jurídico al modificar el sistema de concesión establecido en el Código de Minas, al considerar que la creación y ampliación de áreas de reserva estratégica, desconocen los mandatos constitucionales de protección de los trabajadores agropecuarios y de la producción agropecuaria, de los cuales dependen los derechos a la alimentación, soberanía y seguridad alimentaria, consagrado en la Constitución Política de Colombia (art. 64 y ss.).

1.3.3. Sentencia C-035 de 2016 – Generalidades:

Antes de abordar el estudio a profundidad de la sentencia C-035 del 08 de febrero de 2016 proferida por la Corte Constitucional, y su importancia en el tema de investigación,

¹⁹ Ibíd., artículo 170 de la Ley 1753 de 2015.

vale la pena esquematizar, a manera de *síntesis*, los temas centrales que fueron estudiados por la Corte, donde a través de una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y 2014-2018 se tomaron decisiones frente a: i) las reservas mineras y la autonomía del gobierno central para la explotación de recursos en estos territorios, ii) las Corporaciones Autónomas Regionales CAR y su autonomía frente al otorgamiento de licencias ambientales y iii) la prohibición de explotación de recursos renovables en los páramos, y el estado de las licencias otorgadas antes de 2010 y 2011 en el campo de la minería y los hidrocarburos.

Frente al *primer tema* estudiado por la Corte, esto es las reservas mineras, la Corte declaró exequible pero condicionada en el sentido que la facultad que estaba en cabeza del gobierno central para la explotación de las reservas mineras se determinó que debe hacerse en consenso con las demás autoridades territoriales. En lo que respecta a las facultades de las CAR en el otorgamiento de licencias ambientales se estableció por la Corte que en el evento de que en las zonas de explotación minera, donde existiera conflicto armado en principio a las víctimas del conflicto se le podía expropiar de los terrenos en los proyectos nacionales y en compensación se le otorgaba otro terreno a dichas víctimas, ahora la Corte ha determinado que no se puede retirar de esos territorios a las víctimas y finalmente frente a la prohibición de explotar recursos no renovables en los páramos, se prohibió de manera definitiva dicha explotación bajo el argumento que dichas áreas no carecen de protección legal y que además en tratándose de fuentes de agua dicha zona al ser explotada se tornaría frágil y se daría un daño ambiental, en

conclusión se pueden adelantar proyectos económicos pero sin ocasionar daños a los recursos naturales.

La sentencia C-035 de 2016²⁰, proferida por la Corte Constitucional en relación con el Plan Nacional de Desarrollo – PND, reitera la prohibición de hacer minería en los páramos y hace hincapié en la posibilidad de decisión de autoridades locales respecto a las actividades económicas que se realizan en sus territorios. Con el ánimo de contextualizar el contenido de la sentencia se hará una síntesis muy breve sobre la citada sentencia;

1.3.3.2. Sentencia C-035 de 2016 – Normas acusadas.

1.- “Ley 1450 de 2011 (Junio 16) Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 artículo 108. Reservas mineras estratégicas. *“La autoridad minera determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en áreas que se encuentren libres, sobre las cuales no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera”*. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas en contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera establecerá en los términos de referencia, las contraprestaciones económicas mínimas distintas de las regalías, que los interesados deben ofrecer.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 8 de febrero de 2016, MP. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente D-10864.

Parágrafo. En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambiental, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las obligaciones de pago del canon superficiario y que mantiene vigente la póliza minero-ambiental.

El objeto de revisión y análisis por la corporación constitucional se hizo frente a los cargos planteados contra el parágrafo del artículo 173 de la Ley 1753, que regula las actividades extractivas en ecosistemas de paramos. Siguiendo con el análisis, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de los apartes de la norma ya señalada, consideró lo siguiente:

"En términos generales, los primeros tres incisos del parágrafo primero del artículo 173 de la ley 1753 de 2015, restablecen la posibilidad de que los particulares desarrollen proyectos y actividades de exploración y explotación de recursos mineros y de hidrocarburos, las cuales se habían prohibido en las leyes 1382 de 2010 y 1450 de 2011. En efecto, estas disposiciones están dirigidas a evitar la ocurrencia de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos que se expidieron con anterioridad a la prohibición indicada.(...)".

Ahora bien, el problema jurídico que entra la Corte Constitucional a resolver es: el restablecimiento de los fundamentos jurídicos con base en los cuales la Administración otorgó las **licencias ambientales o contratos de concesión**, para preservar los derechos adquiridos, justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de paramos.

Frente a estos interrogantes la Corte Constitucional, dentro del análisis de los cargos de la demanda²¹ concluye: *"170. De todo lo anterior es necesario concluir que la libertad económica encuentra límites en el bien común y la función social de la empresa, los cuales se materializan a través del deber del Estado de regular la economía, y en el caso particular, los deberes de "conservar las áreas de especial importancia ecológica" (C:Part 79)" y en consecuencia regular "el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración sustitución" y de "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental" (C:P. art. 80)".*

Finalmente la Corte advierte que, *"al margen de las prácticas individuales de los particulares, lo cierto es que en un ordenamiento jurídico deben existir garantías de protección ambiental de carácter vinculante, tanto para las entidades como para los particulares, que sean específicas para este tipo de ecosistemas".*

²¹ Óp., Cit, pág. 94

En la *segunda sección* de análisis por parte de la Corte Constitucional en lo referente a la constitucionalidad de los artículos 49,50 (parcial), 51 y 52 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, los cuales desarrollaron los Sistemas de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE), la corporación en el estudio a los cargos presentados en la demanda, los reagrupó en varios grupos por la relación que presentan con los principios de descentralización territorial, la autonomía de las entidades territoriales, y la participación ciudadana en lo local; al igual que el análisis al cargo relacionado con el otorgamiento de facultades para expropiar los inmuebles necesarios para llevar a cabo proyectos de interés nacional y estratégico sin que el legislador hubiera definido una causa específica de expropiación.

En este sentido la Corte Constitucional estableció que para determinar si el legislador vulneró el principio de descentralización territorial es necesario referirse a las competencias específicas de las entidades territoriales, para establecer si la disposición acusada limita o impide el ejercicio de alguna de las competencias que la constitución le otorgó a las entidades territoriales, para constatar, que la disposición acusada impide o limita el ejercicio de alguna de las competencias explícitamente establecidas por la constitución en cabeza de un órgano del nivel departamental, distrital o municipal, resultaría inconstitucional por violación del principio de descentralización.

Por lo tanto el régimen de autonomía de las entidades territoriales no se agota en la Constitución Política, sino que se desarrolla en la ley. El constituyente delegó la regulación de gran parte de debido régimen en cabeza del Congreso. Por lo tanto, por

fuera de las limitaciones impuestas por las competencias constitucionales explícitas e implícitas de las entidades territoriales y sus distintos órganos, el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para fijar el alcance de sus competencias y funciones, por atribución explícita en la misma constitución.

En la tercera sección analizada por la Corte Constitucional, relacionado con la revisión y análisis por la corporación constitucional se hizo frente a los cargos planteados contra el párrafo del artículo 173 de la Ley 1753, que regula las actividades extractivas en ecosistemas de paramos. En lo que respecta al texto demandado existen varias hipótesis, una de ellas tiene que ver con la posición que el texto acusado hace referencia a las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables que se realicen en áreas que han sido delimitadas como paramos, y que cuentan con una licencia ambiental y con un contrato de concesión, anteriores a la entrada en vigencia de las prohibiciones legales para ejercer dichas actividades en paramos; en tal situación, las actividades pueden seguir realizándose hasta su terminación, pero no hay lugar a la prórroga del contrato y en este sentido la Corte concluye que la autorización conferida por la disposición acusada en esta hipótesis, tiene una restricción temporal, dependiendo del tipo de actividad de que se trate.

Lo anterior significa que para que se puedan realizar actividades mineras en áreas protegidas, se requiere que el contrato y licencia ambiental hayan sido otorgados con anterioridad al 09 de febrero de 2010, fecha en la que se entiende que entró en vigencia

la prohibición de llevar a cabo actividades mineras de las establecidas en el artículo 3º de la ley 1382 de 2010, por la cual se expidió el código de minas.

Pues bien, como conclusión, desde que se expidió la resolución 769 de 2002, se planteó la necesidad de profundizar en el entendimiento de las interrelaciones entre los páramos y las actividades humanas, así como en el estudio de su vulnerabilidad, con el fin de gestionar planes, programas, proyectos o actividades que permitan adoptar medidas de manejo y adaptación a los cambios naturales.

Por lo tanto, en relación con la actividad minera, para efectos de determinación de zonas excluibles de la minería, el artículo 34 de la ley 685 de 2001, *introdujo la prohibición de desarrollar actividades de exploración y explotación de minerales en zonas delimitadas por la autoridad minera, como las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales.*

2.- Ley 1753 de 2015 (Junio 9), por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*” artículo 20. Áreas de reserva para el desarrollo minero. Las áreas de reserva para el desarrollo minero serán las siguientes: Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar indefinidamente áreas especiales que se encuentren libres. Para estos efectos la Autoridad Minera contará con la colaboración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La Autoridad Nacional Minera dará por terminada la

delimitación, cuando las áreas evaluadas no sean seleccionadas, caso en el cual quedarán libres para ser otorgadas mediante el régimen ordinario del Código de Minas. El Gobierno Nacional reglamentará la materia a que aluden los incisos anteriores.

En los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se deriven de estas delimitaciones, se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas. Comunicado No. 4. Corte Constitucional. Febrero 8 de 2016. Por su parte, la información geológica, geoquímica y geofísica que el Servicio Geológico Colombiano genere a partir de la declaratoria de las áreas estratégicas mineras por parte de la Autoridad Minera y que permita evaluar el potencial mineral de tales áreas, tendrá el carácter de reservada por el mismo término en que la autoridad minera declare dichas zonas, como estratégicas mineras o hasta tanto deba darse a conocer en desarrollo de los procesos de selección objetiva que adelante la autoridad minera para el otorgamiento de contratos de concesión especial en estas áreas.

Áreas de reserva para la formalización: La autoridad minera nacional podrá delimitar áreas de reserva estratégica minera para la formalización de pequeños mineros, sobre áreas libres o aquellas que sean entregadas a través de la figura de devolución de áreas para la formalización minera. Áreas de Reserva para el Desarrollo Minero-Energético: El Ministerio de Minas y Energía delimitará las zonas estratégicas para el desarrollo minero-energético en un término no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

1.3.3.3. Sentencia C-035 de 2016 - Decisión

"Primero.- Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar EXEQUIBLE el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en el entendido de que: (i) en relación con la áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, la autoridad competente deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y (ii) en cualquier caso, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivos".

"Segundo.- Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar EXEQUIBLE el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, en el entendido de que: (i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; (ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y (iii) la Autoridad Nacional Minera y del Ministerio de Minas y Energía, según el caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial."

En suma y como *aporte* al tema de investigación, frente a la falta de Seguridad Jurídica en la declaratoria de las áreas protegidas, aumento la litigiosidad al Estado Colombiano, la sentencia C-035 del 08 de febrero de 2016 proferida por la Corte Constitucional, es importante al señalar que de los temas centrales que fueron estudiados por la Corte, tiene especial relación con el trabajo de investigación, en lo referente a *la prohibición de explotación de recursos renovables en los páramos, y el estado de las licencias otorgadas antes de 2010 y 2011 en el campo de la minería y los hidrocarburos*.

La Corte frente a la prohibición de explotar recursos no renovables en los páramos, argumentó que dichas áreas no carecen de protección legal y que además en tratándose de fuentes de agua, dicha zona al ser explotada se tornaría frágil y se daría un daño ambiental, en conclusión se pueden adelantar proyectos económicos pero sin ocasionar daños a los recursos naturales.

A pesar de la validez en la argumentación esbozada por la Corte Constitucional, no se puede negar que se genera un problema de Seguridad Jurídica, teniendo en cuenta que al haberse otorgado contratos de concesión para la exploración y explotación de recursos naturales, en áreas protegidas como los páramos, la Corte desafortunadamente no encuentra un criterio tan importante como lo es el titular de dichas áreas, en lo que refiere al núcleo esencial del derecho de propiedad privada; lo cual es una limitación al derecho de propiedad privada, presentándose una problemática económica, nada insignificante para los propietarios de estos bienes, pues como lo advierte el doctor Amaya Navas

Oscar Darío, en la obra "Derecho Privado y Medio Ambiente"²², que la medida adoptada por la Corte Constitucional, frente al uso de los bienes protegidos, ya que los obliga a mantener los mismos de manera indefinida, hasta tanto el Estado disponga la adquisición o compra de estos predios, declarados como de protección especial.

Lo anterior significa en síntesis, que la prohibición de venta de predios privados que han sido cobijados por parques naturales a alguien diferente del Estado, como por ejemplo una multinacional en virtud de tratados internacionales, es una fuerte restricción al derecho de la propiedad privada de los titulares de dichos predios lo que genera demandas al Estado por la responsabilidad contractual o extracontractual, al violar principios fundamentales como la Seguridad Jurídica, que afecta la Confianza Legítima y la afectación a la Libertad de Empresa.

1.4 ÁREAS DE PROTECCION ESPECIAL

Las Áreas Protegidas se definen, según la Corte Constitucional "*como aquellas zonas delimitadas geográficamente que han sido designadas o reguladas y administradas a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación; que a su vez contribuyen a la conservación del patrimonio natural del país y ayudan a reducir las presiones causadas por algunas actividades humanas sobre el medio ambiente; en ellas el impacto se reduce*

²² AMAYA NAVAS, Oscar Darío/ AMAYA ARIAS, Ángela María, Derecho Privado y Medio Ambiente, un Homenaje a Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 2017, pag.11 y ss.

*a la mínima expresión y, por lo tanto, se transforman en sitios de referencia para apreciar beneficios de la protección".*²³

Sin embargo, la extracción de recursos naturales en zonas de protección, ha estado presente en el continente americano desde el periodo pre colonial, ya que estos representaron un rol importante en la vida económica, política y cultural de los países americanos; pero esto ha venido cambiando fundamentalmente, ahora los minerales se convierten en el eje de las transacciones comerciales en el nuevo mundo. No olvidar que los proyectos de independencia en América Latina se nutren a menudo de los recursos que estos minerales puede generar²⁴.

Durante el siglo XX, se empieza a difundir la idea que la explotación de estos recursos que pueden constituir el camino para que los países pobres accedan al desarrollo y a la modernidad, las rentas generadas por esta actividad deberían suplir la ausencia estructural del capital y darle un impulso a diferentes sectores de la economía (Ross 1999), lo cual conlleva a que los países del sur, incluyendo Colombia cambien de paradigma y se dediquen a la extracción de dichos recursos, pero, como un mecanismo de supervivencia para las comunidades locales. Hacia finales de los años ochenta, la aplicación de políticas neoliberales introduce cambios considerables en la gestión de los recursos naturales en el continente. A la privatización de muchas empresas extractivas estatales, se suman modificaciones en la regulación del sector, destinadas a atraer la

²³ Sentencia C-519 de 1994, revisión constitucional de las leyes 162 y 165 de 1994, MP. Vladimiro Naranjo.

²⁴ González Espinoza, Ana Carolina, los retos de la gobernanza minero energética, Universidad Externado de Colombia, año 2013, pág. 11.

inversión extranjera. La agenda de la Banca Multilateral en la región, está claramente encaminada en esta dirección, al rol del sector privado en la explotación hidro-carbonífera y minera intensificada.

Colombia es uno de los grandes productores latinoamericanos de petróleo, carbón, oro, plata y ferroníquel y existen muchas expectativas en cuanto a otros minerales como el platino, el tungsteno, el uranio o el COLTAN²⁵. En consecuencia muchas empresas multinacionales han venido a invertir en el país creando altas expectativas.

En nuestro país, desafortunadamente no existe un consolidado oficial sobre las áreas protegidas, lo que conlleva a violación de derechos fundamentales a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros que impiden la ejecución de estos proyectos, por la declaratoria repentina de las áreas de protección especial, específicamente los parques nacionales, que evitan que se sigan ejecutando las operaciones extractivas.

El tema sobre la carencia de un consolidado general y oficial sobre áreas protegidas, ha sido objeto de estudio por algunos académicos²⁶, donde advierten que al no existir un listado oficial y completo sobre las áreas declaradas como de protección especial, genera un gran problema, por cuanto las actividades para el desarrollo de proyectos mineros en aquellas zonas que aún no han sido delimitadas o autorizadas para la ejecución de obras de explotación de recursos naturales, se violan derechos, como los adquiridos en virtud

²⁵ Revista Semana 2009, artículo Guerra sobre el Coltan.

²⁶ Álvarez Pinzón, Gloria Lucia, Las áreas protegidas en Colombia, Universidad Externado de Colombia, año 2011, pág. 196.

de los contratos de concesión o títulos mineros otorgados con anterioridad a la declaratoria.

De otra parte, se presenta la falta de socialización y de concertación con las comunidades afectadas durante el proceso de declaratoria y explotación de las áreas protegidas, siendo este, un factor generador de conflictos entre las autoridades y las comunidades, al igual que los propietarios de los predios y los sectores económicos, debido a las diferentes expectativas económicas que se forjan alrededor de dichos territorios y la poca apropiación que se tiene de los terrenos de conservación.

Aunado a lo anterior, se suma la falta de control por parte de las autoridades ambientales estatales, quienes más allá de los trámites formales para la declaratoria de las áreas protegidas; poco hacen frente a la protección y conservación de dichos predios, a pesar de las atribuciones que les son dadas en la Ley 99 de 1993 a las autoridades ambientales. Por lo que se crea la necesidad de reformar la normatividad existente sobre el tema; al igual que la implementación de una política nacional en relación con las áreas protegidas que actualice y precise el alcance de las categorías existentes, derogue las inoperantes y establezca en cada caso reglas claras, criterios o condiciones para la creación o la sustracción de las áreas de protección especial.

Observado lo anterior, es indudable que el país debe trazarse unos derroteros en materia de conservación ambiental, por su relación con el tema de explotación de recursos minero energéticos, implementado de forma obligatoria el consenso nacional, regional o local, con las comunidades que habitan los territorios protegidos; al igual que con las

autoridades regionales y locales, quienes deben estar articuladas con las demás políticas estatales en los procesos de planificación económica, social y física, como lo exige la Ley 99 de 1993; antes de adelantar cualquier actividad extractiva en las áreas protegidas.

1.4.1 Sistema Nacional de Áreas Protegidas - SINAP

El Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), se define como: *“el conjunto de áreas protegidas, actores sociales e institucionales, estrategias e instrumentos de gestión que contribuyen al cumplimiento de los objetivos generales de conservación del país”*²⁷. El SINAP, también incluye un componente social de actores que pueden ser personas e instituciones; Las estrategias constituyen el conjunto de actividades que se deben realizar en pro de la conservación y los instrumentos de gestión que pueden ser las regulaciones y directrices que permiten el cumplimiento de los objetivos, como es la conservación y preservación ambiental del país²⁸. Por lo tanto se considera vital, que si bien las medidas de protección de los recursos naturales son de vital importancia para garantizar, por ejemplo, la conservación de las fuentes hídricas, la fauna y flora de la región, no se puede desconocer que se deben tomar las medidas necesarias, para garantizar la protección de derechos de quienes han adquirido un título minero, con la intención de dar cumplimiento a las exigencias que las autoridades han establecido.

De otra parte, la falta de planeación y de trabajo conjunto por parte de las autoridades colombianas, la falta de generación de estudios especializados sobre minería, están

²⁷ Álvarez Pinzón, Gloria Lucia (2011) Las Áreas Protegidas en Colombia, Universidad Externado de Colombia, p. 29

²⁸ González Salazar, Nubia Elizabeth (2014) Tesis de maestría de la Universidad del Rosario, p. 146.

trayendo consecuencias nefastas, no solo para el sector minero, sino además para la economía nacional en general, lo cual desestimula la inversión extranjera en nuestro territorio.

El SINAP, está compuesto por ese conjunto de áreas protegidas nacionales, regionales, locales, públicas y privadas, existentes en las zonas que fueron determinadas en la regionalización del país, al igual que los actores sociales e institucionales y las estrategias e instrumentos de gestión que las articulan. Según el Decreto 2372 de 2010²⁹, existen seis (06) subsistemas regionales, a saber: Caribe, Pacífico, Orinoco; Amazónico, Andes nororientales y Andes occidentales. Igualmente se incluye un subsistema temático, el cual hace referencia a los manejos particulares del subsistema, como los actores sociales e institucionales y las estrategias e instrumentos de gestión que las componen.

1.4.2 Sistema de Parques Nacionales Naturales - SPNN

El Sistema de Parques Nacionales Naturales SPNN, definidas por la Dra. Gloria Lucia Álvarez Pinzón, en su obra, *"las áreas protegidas en Colombia"*³⁰ como: *"el conjunto de áreas de diversas categorías que se reservan y declaran en beneficio de los habitantes de la nación, por tener valores excepcionales para el patrimonio nacional y debido a sus características naturales, culturales o históricas"*; y continua afirmando la autora:

²⁹ Decreto 2372 de 2010, "por el cual se reglamenta el decreto ley 2811 de 1974, la ley 99 de 1993, la ley 165 de 1994 y el decreto ley 216 de 2003, en relación al sistema nacional de áreas protegidas, las categorías de manejo de la conformación y se dictan otras disposiciones"

³⁰ Álvarez Pinzón, Gloria Lucia (2011). Las Áreas protegidas, editorial universidad externado de Colombia, p. 53.

"La conservación de estas áreas, tiene como finalidad su planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro, perpetuarlas en estado natural, proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales, y educación ambiental, mantener la diversidad biológica, asegurar la estabilidad ecológica y proteger ejemplares de fenómenos naturales, culturales, históricos y otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad".

A partir de la promulgación de la Ley 99 de 1993, se repartieron las competencias entre el Ministerio de Ambiente y las Corporaciones Autónomas y se consolidó una nueva categorización de las áreas protegidas, de una parte, las que son de interés nacional, y de otra, las que son de interés exclusivamente regional. A partir de entonces, se interpretó que eran de interés nacional las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales y las Reservas Forestales Nacionales y de interés regional, los Distritos de manejo integrado, los Distritos de Conservación de Suelos, las reservas forestales de carácter regional, los parques naturales regionales y las cuencas hidrográficas.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-649 de 1997, estableció que la institución de Las reservas no obedece a un criterio único, pues pueden existir reservas relativas a ciertos recursos naturales, reservas en flora, fauna, agua, etc., o en relación con determinadas áreas del territorio nacional que están destinadas a algunos grupos étnicos para asegurar el manejo integral y la preservación de los recursos naturales, mediante

la constitución de parques naturales u otras modalidades con idéntico propósito, o a la consecución de una finalidad de interés público o social.

Además de lo anterior, según la Corte, existían otras figuras de conservación ambiental que no estaban incluidas en ninguno de los dos grupos anteriores, pero que para algunos analistas podrían hacer parte del concepto de áreas protegidas, como era el caso de los humedales *RAMSAR*, los parques naturales regionales, las zonas de protección del paisaje, las áreas de interés ecológico nacional, las áreas de conservación y protección municipal, los páramos, sub-páramos, nacimientos de agua, las zonas de recarga de acuíferos y las zonas de protección especial, entre otras.

El Sistema de Parques Nacionales Naturales SPNN, goza de especial protección constitucional³¹, al considerarse que son inalienables, imprescriptibles e inembargables; por lo tanto deben permanecer sin deterioro, es decir, que se conserven en estado natural, para que solo sean utilizadas únicamente con fines de investigación científica, mantener la diversidad biológica, asegurar la estabilidad ecológica y proteger los fenómenos naturales, culturales históricos y demás factores, que sirvan para la preservación del patrimonio común de la humanidad.

³¹ Constitución Política de Colombia, Art. 63, "los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienable, imprescriptibles e inembargables"

1.5 Finalidad de la declaratoria de áreas protegidas

La finalidad sobre la declaratoria de áreas de protección especial, constituye un reto encaminado a utilizar adecuadamente la información que sustente los propósitos sociales que tienen que ver con la conservación del patrimonio natural. Para ello, se requiere integrar distintas disciplinas de trabajo y a su vez involucrar diferentes formas de conocimiento como lo científico, lo tradicional o lo empírico, de esta forma, se imposibilita que desde el inicio se permita declarar un área protegida como instrumento para alcanzar los propósitos básicos que como sociedad nos hemos planteado y así garantizar la permanencia y la funcionalidad de elementos que establecen la biodiversidad.

Desde el punto de vista legal, el artículo 47 del Decreto 2811 de 1974³², Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente, establece que la declaración de reservas se hará sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; que podrá declararse reservada una parte o la totalidad de recursos naturales de una región o zona, cuando ello sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del medio ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos.

³²Decreto 2811 de 1974, "por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente".

De otra parte, vale la pena señalar que frente a la actividad de explotación minera, la protección de medio ambiente, la Corte Constitucional en sentencia C-123 del 05 de marzo de 2014³³, al revisar la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685, Código de Minas, frente a la obligatoriedad de las licencias ambientales estableció lo siguiente: "4. Normas de rango legal que protegen el ambiente respecto de las consecuencias derivadas a partir de la realización de actividades de explotación minera." (..). "La protección del medio ambiente tiene como principal parámetro legal la Ley 99 de 1993, a partir de la cual se establecen una serie de instituciones y se reparten competencias tendientes a la realización de este objetivo. (..)"

"Este marco normativo se completa con la competencia prevista por el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, de acuerdo con la cual para la ejecución de proyectos de gran minería, únicamente el hoy denominado Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, tendrá competencia para otorgar la respectiva Licencia Ambiental. Igualmente, el parágrafo segundo de este artículo contempla la posibilidad de otorgar licencias globales de explotación minera y de exigir requisitos especiales para las áreas en las cuales la adecuada conservación del ambiente así lo requiera. Regulación que se completa con el artículo 53, que reconoce competencia para el otorgamiento de las licencias ambientales a las Corporaciones Autónomas Regionales, en los demás casos relacionados con la minería."

"No debe perderse la perspectiva que la licencia ambiental, es la autorización para desarrollar un proyecto o una obra que impactara el medio ambiente, razón por lo que la

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, MP. Alberto Rojas Ríos, Expediente D-9700

misma debe ser el producto de un riguroso estudio, en el que se tomen en cuenta las consecuencias que pueden producirse y, por consiguiente, se adopten las medidas necesarias para evitar la causación de daños que tengan efectos irreparables para el medio ambiente. (..)".

Así mismo, es oportuno advertir que el artículo 37 del Código de Minas fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional en virtud de la sentencia de fecha 25 de mayo de 2016³⁴. En dicha sentencia (C-273 de 2016), la Corte determinó que en el presente caso, debía definir si la prohibición prevista en el citado artículo 37 del Código de Minas, a las entidades territoriales para establecer zonas excluidas de la actividad minera de manera permanente o transitoria, desconocería la reserva de ley orgánica tanto por tratarse de la restricción a una competencia de las entidades territoriales, cuya regulación requiere de la expedición de una ley de esa categoría (art. 288 de la Constitución Política). Así mismo la corporación constitucional estableció, que la prohibición establecida en el citado artículo, desconoció la reserva de ley orgánica, por tratarse de una norma contenida en una ley ordinaria, que se refiere a la distribución de competencias entre la Nación y la entidades territoriales, en este caso, de la reglamentación del uso del suelo, ya que se les prohíbe a las autoridades locales establecer zonas excluidas de explotación minera, competencia que se radica en las autoridades nacionales.

³⁴Corte Constitucional, sentencia C- 273 del 25 de mayo de 2016 MS. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

1.6 LEGISLACION ESPECIAL MINERA

1.6.1 Ley 685 de 2001 - Código de Minas

Teniendo en cuenta que la actividad minera, tiene considerables repercusiones de orden ambiental, social y económico, las cuales inciden de manera directa o indirecta sobre las personas y los territorios en los que se desarrolla dicha actividad, y además condicionan de manera decisiva las facultades de ordenación del territorio nacional y determinan el uso del suelo que le corresponde a las entidades territoriales; fue necesario que el legislador mediante ley, se encargara de regular las zonas donde se limite tal actividad, como protección a los recursos naturales que se encuentren en dichas zonas protegidas.

Para tal fin, el artículo 34 de la Ley 685 de 2001³⁵, Código de Minas, estableció lo siguiente: *"No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras. Las zonas de exclusión mencionadas anteriormente, serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales de carácter regional y zonas de reservas forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental minera, en aquellas áreas de interés minero".*

³⁵ Triana Sandoval, Alonso (2016). Código de Minas, XXVII edición, Editorial Leyer.

Es importante hacer mención a las facultades que tenían en principio las autoridades ambientales, en ese sentido el *artículo 37 del Código Minero*, (**Declarado inexecutable**³⁶), por la Corte Constitucional en Sentencia C-273 de 2016, prescribía como prohibición legal lo siguiente: "*con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, **ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería***". (Negritas fuera de texto).

La Corte Constitucional en la Sentencia citada (C-273 de 2016), determinó al referirse, al artículo 37 derogado del código de minas, que para el presente caso debía definirse si la prohibición prevista en el citado artículo a las entidades territoriales, para declarar y establecer zonas excluidas de la actividad minera de carácter permanente o transitoria, desconocía la reserva de ley orgánica; por tratarse de la restricción a una competencia de las entidades territoriales, cuya regulación requiere de la expedición de una ley de esa categoría (art. 288 de la Constitución Política). La Corte igualmente determinó que la prohibición establecida en el artículo 37 del Código de Minas, desconoció la reserva de ley orgánica, por tratarse de una norma contenida en una ley ordinaria, que se refiere a la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, en este caso, de la reglamentación del uso del suelo, ya que se les prohíbe a las autoridades locales establecer zonas excluidas de explotación minera, competencia que se radica en las autoridades nacionales.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 273 del 25 de mayo de 2016, MS, Gloria Stella Ortiz Delgado

Así mismo la Corte Constitucional, advirtió que las circunstancias plasmadas en la sentencia frente al contenido normativo del artículo 37 demandado, haya sido adicionado con una interpretación conforme a la Constitución, especialmente, respecto a la participación de las autoridades territoriales en las decisiones relacionadas con la exclusión de zonas de la explotación minera; lo cual no modifica, la facultad de configuración reservada al legislador para distribuir las competencias entre las autoridades territoriales mediante una ley orgánica.

En todo caso, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 36 del código de minas, en lo referente a los contratos de concesión, se entienden excluidos o restringidos de pleno derecho las zonas, los terrenos y trayectos en los cuales de conformidad con los artículos anteriores, está prohibida la actividad minera o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales. Esta exclusión o restricción no requiere ser declarada por autoridad alguna, ni estar mencionada expresamente en los actos y contratos, y no es objeto de renuncia por parte del proponente o concesionario.

Por lo tanto, las autoridades mineras gozan de facultades para retirar y desalojar de dichas zonas a los inversionistas y su infraestructura de hecho resultan ocupadas por obras o labores del concesionario, sin derecho a pago, compensación o indemnización alguna por esta causa y sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar.

La Ley 1382 de 2010, por medio del cual se modificó el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, respondiendo a la dinámica presentada por la Constitución Política, específicamente en

relación con el artículo 79, otorgándosele una protección especial al entorno natural, lo cual obedece a convenios internacionales, en los cuales se aprecia la necesidad de conservar los recursos naturales y con ello la vida en el planeta.

En ese sentido el artículo 34 de la Ley 685 de 2001³⁷, por la cual se expide el Código de Minas, expresa: *"No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras..."*, sin embargo el artículo 35 de la Ley 685 de 2001, establece unas zonas que no son excluibles sino restringidas para la minería, prescribiendo que podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las zonas que establece el código de minas; pero con algunas restricciones, así:

El Código de Recursos Naturales - Decreto 2811 de 1974, en su artículo 1° reconoció al "Ambiente" como patrimonio común y estableció responsabilidades para su preservación y manejo. Adicionalmente, estableció en el artículo 47 que podía declararse reservada una región, cuando sea necesario para la restauración, conservación o preservación de los recursos naturales y del ambiente, definiendo a las áreas de manejo especial como aquellas delimitadas para la administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables.

³⁷ Triana Sandoval, Alonso (2016) Código de Minas, XXVII edición, Editorial Leyer

1.7 ACUERDOS DE PAZ FRENTE A LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE.

Los daños al medio ambiente ocasionados por los conflictos armados pueden ser directos o indirectos. Los directos resultan tanto de actos realizados por los actores del conflicto, en donde se ataca de forma directa y deliberada el entorno ambiental físico; como de actos que aunque no están encaminados a causar un impacto físico intencional en la naturaleza, terminan haciéndolo, pues los conflictos en zonas protegidas o ricas en biodiversidad genera desplazamiento forzado.

En el año 2013, se registró presencia de grupos armados al margen de la ley, en 23 de los 57 parques naturales del país (revisa semana, 2013) y las consecuencias van desde la tala de árboles para construir sus campamentos, incluyendo la destrucción de la fauna y los recurso hídricos, hasta la destrucción y degradación ambiental producida por la voladura de oleoductos, ya que en los últimos 25 años la infraestructura de transporte de hidrocarburos operada por Ecopetrol, ha sido atacada 20575 veces, derramando 4.1 millones de barriles de crudo que equivale a 16 veces lo derramado en la catástrofe del buque Exxon Valdez en 1989 y a lo derramado en el golfo de México en 2010 (DNP-SDAS, 2015)³⁸.

Con la firma del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Colombia entra en una nueva fase. El acuerdo entre el gobierno

³⁸ El documento del DNP-SDAS, Dividendos Ambientales de la Paz, es un documento inédito citado en el compes 3850 del 23 de noviembre de 2015.

nacional y las Farc le puso fin a una guerra de 53 años y cerrando lo que la bibliografía especializada llama la etapa de la negociación de la paz (*peace making*), se está ahora ante los desafíos de la construcción de la paz o sea (*peace building*).

Se trató de cumplir las promesas ambiciosas y necesarias del acuerdo en asuntos como una reforma agraria equitativa, la ampliación y profundización de la democracia, la desactivación de la violencia, la protección reforzada del medio ambiente, el giro de la política en drogas ilícitas y el funcionamiento de una justicia transicional que garantice los derechos de las víctimas.

Pues bien, el problema de los orígenes de los conflictos armados, en su gran mayoría tiene que ver con las disputas por los recursos naturales y el medio ambiente, pues el 81% de los conflictos armados³⁹ que se dieron en el mundo entre 1950 y 2000, tuvieron como escenario zonas de alta biodiversidad. Colombia no ha sido la excepción, a lo largo de más de cinco décadas las disputas por los recursos naturales y los conflictos socio ambientales, han estado entrelazados con la violencia de formas muy diversas, la puja por las rentas sobre los recursos naturales valiosos, ha sido una de las causas y consecuencias del conflicto, ya que tanto la derecha como la izquierda, han derivado parte de su sustento de la explotación y gravamen de economías extractivas, desde la coca hasta la madera, el oro y el carbón, lo que significa que no puede haber paz territorial sin paz ambiental.

³⁹ Hanson et al. (2009, p. 580), consideran para su estudio los conflictos armados en los que hayan muerto más de 1000 personas.

Dentro de los desafíos que se debe adoptar al pos acuerdo, en relación con el medio ambiente, se pueden abordar cuatro desafíos: el primero de estos desafíos está relacionado con el uso del territorio, este desafío se enfoca en los retos que enfrentan las figuras de protección ambiental o con reglamentación especial en municipios prioritarios para el pos acuerdo; el segundo desafío es el económico, se refiere a las tensiones que pueden surgir entre el actual modelo de desarrollo, fuertemente basado en las economías extractivas (petrolera, minera y de monocultivos), el tercer desafío es de carácter institucional y consiste en cómo desarrollar unas instituciones que faciliten un pos acuerdo respetuoso del medio ambiente y el cuarto desafío hace referencia a la protección y el fortalecimiento del medio ambiente de manera democrática donde las comunidades y las entidades participen de manera informada y efectiva en las decisiones relacionadas con el ambiente en sus territorios.

El acuerdo de la Habana, estableció en su documento final, en relación con la protección al medio ambiente lo siguiente. A continuación se hace referencia a uno de sus apartes.

"Desarrollo Sostenible: Es ambiental y socialmente sostenible y requiere de la protección y promoción del acceso al agua, dentro de una concepción ordenada del territorio. Los planes y programas acordados como parte de la RRI deben tener un enfoque territorial, diferencial y de género que implica reconocer y tener en cuenta las necesidades, características y particularidades económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades rurales — niñas, niños, mujeres y hombres, incluyendo personas con orientación sexual e identidad de género diversa— garantizando la sostenibilidad socio-ambiental.

Crearé una instancia de alto nivel, que se encargará de la formulación de lineamientos generales de uso de la tierra, atendiendo las características de su vocación, el bien común y las visiones territoriales de desarrollo rural construidos en el marco de las instancias de participación que contarán con representación equilibrada de hombres y mujeres. En el diseño de los lineamientos se tendrá en cuenta: 1) la sostenibilidad socio-ambiental y la conservación de los recursos hídricos y de la biodiversidad; 2) la compatibilidad entre vocación y uso del suelo rural; 3) la prioridad de la producción de alimentos para el desarrollo del país, que permita que coexista con otras actividades económicas y promocionando su progresión hacia la autosuficiencia; 4) las particularidades sociales, culturales y económicas de los territorios.

Crearé mecanismos de concertación y diálogo social entre el Gobierno Nacional, regional y local, los campesinos y las comunidades indígenas, negras, afro descendientes, raizales y palanqueras, y otras comunidades en donde conviven diferentes etnias y culturas, y las empresas del sector privado que adelanten su actividad económica en los territorios rurales, con el fin de generar espacios formales de interlocución entre actores con diversos intereses, que permitan impulsar una agenda de desarrollo común, orientada hacia la sostenibilidad socio-ambiental, el bienestar de los pobladores rurales y el crecimiento económico con equidad.

Cierre de la frontera agrícola y protección de zonas de reserva: El propósito de delimitar la frontera agrícola, y proteger las áreas de especial interés ambiental y generar

para la población que colinda con ellas o las ocupan, alternativas equilibradas entre medio ambiente y bienestar y buen vivir, bajo los principios de participación de las comunidades rurales y desarrollo sostenible, el Gobierno Nacional: Desarrollará en un plazo no mayor a 2 años, un plan de zonificación ambiental que delimite la frontera agrícola y que permita actualizar y de ser necesario ampliar el inventario y caracterizar el uso de las áreas que deben tener un manejo ambiental especial, tales como: zonas de reserva forestal, zonas de alta biodiversidad, ecosistemas frágiles y estratégicos, cuencas, páramos y humedales y demás fuentes y recursos hídricos, con miras a proteger la biodiversidad y el derecho progresivo al agua de la población, propiciando su uso racional.

Apoyará a las comunidades rurales que actualmente colindan con las áreas, que deben tener un manejo ambiental especial detallado previamente, en la estructuración de planes para su desarrollo, incluidos programas de reasentamiento o de recuperación comunitaria de bosques y medio ambiente, que sean compatibles y contribuyan con los objetivos de cierre de la frontera agrícola y conservación ambiental, tales como: prestación de servicios ambientales, dando especial reconocimiento, valoración a los intangibles culturales y espirituales y protegiendo el interés social; sistemas de producción alimentaria sostenible y silvopastoriles; reforestación; Zonas de Reserva Campesina (ZRC); y en general, otras formas de organización de la población rural y de la economía campesina sostenible".

Pues bien, La conservación y la deforestación se encuentran entre los problemas ambientales más complejos vinculados al conflicto y la paz. Aunque el conflicto ha

contribuido a la deforestación y la destrucción del ecosistema, también ha limitado la explotación de recursos como la madera, minería y el agro en varias áreas rurales y de difícil acceso, muchas de las cuales se caracterizan por una alta biodiversidad. En este sentido el acuerdo establece que la reforma deberá garantizar la sostenibilidad socio ambiental como también la protección de las reservas naturales.

No puede desconocerse como uno de los factores que contribuyen a la deforestación, la producción de drogas ilícitas como la marihuana, la cocaína y la heroína, el acuerdo crea programas voluntarios de sustitución de cultivos, para asegurar que las alternativas sean sostenibles desde el punto de vista ambiental y económico. Los planes de sustitución deberán incluir acciones para la mitigación del daño ambiental en áreas de interés ambiental, en especial la recuperación de los bosques.

En suma, y respecto al tema de investigación que se presenta, "nuevos escenarios de solución de conflictos, por la falta de Seguridad Jurídica, en la declaratoria de parques naturales como áreas de protección especial en Colombia", se puede concluir que los desafíos que enfrenta Colombia para que la etapa del pos acuerdo no lleve a una degradación ambiental, que a su vez amenace el proceso de construcción de la paz, es imprescindible que el medio ambiente sea tenido en cuenta, como eje transversal de esta nueva etapa y con ese fin, se debe hacer por parte del gobierno lo que ya fue acordado, como es el ordenamiento ambiental del país, dentro de los dos años siguientes; ordenamiento que deberá comenzar por definir y delimitar los ecosistemas estratégicos del país, como paramos y humedales que deben ser especialmente protegidos, y a partir de esto se deberá organizar las actividades económicas.

Como el problema que se viene presentando, es la falta de coherencia entre las diferentes normas que regulan el ordenamiento de las áreas de reserva forestal establecidas en la Ley 2 de 1959, puede darse que en la etapa del pos acuerdo se realicen sustracciones para adelantar actividades que pueden afectar el medio ambiente y las zonas previamente reconocidas por su valor ecológico. Es importante que en la zonificación se deje claro cuales zonas no podrán ser sustraídas de las reservas y cuales si se pueden sustraer, pues actualmente todas las zonas pueden ser objeto de sustracción, perdiéndose el objetivo de zonificación, establecidas en el código de recursos naturales. El ministerio también debe determinar, que usos se admiten en cada una de las zonas, que no permitan sustracción.

CONCLUSIONES CAPITULO I:

1- Que a través de la revisión de las normas constitucionales y legales referentes a las áreas protegidas, se establece la obligación del Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación (art. 8º de la C.N.), proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservando las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación en el logro de estos fines (art. 79 C.N).

2- Que en nuestro país, desafortunadamente no existe un consolidado oficial sobre las áreas protegidas, lo que conlleva a la violación de derechos fundamentales a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, que impiden la ejecución de estos

proyectos, por la declaratoria repentina de las áreas de protección especial, específicamente los parques nacionales, que evitaría que se sigan ejecutando las operaciones extractivas.

3- Que frente al otorgamiento de licencias ambientales, a efectos de evitar las cuantiosas demandas por la revocación que de ellas hace el Estado, debería antes de otorgarlas ejercer un control y seguimiento a las actividades extractivas sobre todo por tratarse de áreas de protección especial; pues el alcance del deber del Estado es mayor cuando la actividad económica a desarrollar, consiste precisamente en la explotación de recursos que le pertenecen.

4- Dentro de los desafíos que se debe adoptar al pos acuerdo, en relación con el medio ambiente, se pueden abordar cuatro desafíos: el primero de estos está relacionado con el uso del territorio, este desafío se enfoca en los retos que enfrentan las figuras de protección ambiental o con reglamentación especial en municipios prioritarios para el pos acuerdo; el segundo desafío es el económico, se refiere a las tensiones que pueden surgir entre el actual modelo de desarrollo fuertemente basado en las economías extractivas (petrolera, minera y de monocultivos), el tercer desafío es de carácter institucional y consiste en cómo desarrollar unas instituciones que faciliten un pos acuerdo respetuoso del medio ambiente y el cuarto desafío hace referencia a la protección y el fortalecimiento del medio ambiente de manera democrática, donde las comunidades y las entidades participen de manera informada y efectiva en las decisiones relacionadas con el ambiente en sus territorios.

CAPITULO II

CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE AFECTAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA POR DECLARATORIA DE PARQUES NATURALES EN AREAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL

INTRODUCCION:

La finalidad sobre la declaratoria de áreas de protección especial, constituye un reto encaminado a utilizar adecuadamente la información que sustente los propósitos sociales que tienen que ver con la conservación del patrimonio natural. Para ello, se requiere integrar distintas disciplinas de trabajo y a su vez involucrar diferentes formas de conocimiento, como lo científico, lo tradicional o lo empírico, de esta forma, se imposibilita que desde el inicio se permita declarar un área protegida como instrumento para alcanzar los propósitos básicos que como sociedad nos hemos planteado y así garantizar la permanencia y la funcionalidad de elementos que establecen la biodiversidad.

La declaratoria de una zona de reserva se hará, garantizando la Seguridad Jurídica establecida no solo en la normatividad nacional sino además en los tratados internacionales, sin perjuicio de los *derechos legítimamente adquiridos* por los terceros; podrá declararse reservada una parte o la totalidad de recursos naturales de una región o zona, cuando ello sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del medio ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos.

Pues bien, bajo este marco conceptual es que se pretende en este capítulo, identificar las consecuencias jurídicas que se presentan frente a la declaratoria de un área de protección especial, en la cual ya contaban los concesionarios con las autorizaciones para ejercer la actividad extractiva minera; controversia que tiene que ver con la protección al medio ambiente y los derechos de los particulares, derivados de un título minero otorgado bajo el imperio de la ley minera, con lo cual se genera un panorama adverso para la inversión minera en Colombia.

Por lo tanto, el presente capítulo nos presenta como consecuencia jurídica la violación a principios fundamentales como los de Seguridad Jurídica, Derechos Adquiridos, Libertad de Empresa, Confianza Legítima, por mencionar algunos, temas que serán tratados con suficiencia en el desarrollo del capítulo, iniciando con el contrato de concesión, el otorgamiento de licencia ambientales en zonas protegidas y los efectos jurídicos que causan al Estado, el cancelar dichas licencias, originando responsabilidad estatal por lo que es menester revisar de forma breve el mecanismo interno sobre la responsabilidad estatal.

Para el estudio de la responsabilidad del Estado en la presente investigación, se hace necesario revisar algunos de los regímenes de responsabilidad Estatal, presentados por la jurisprudencia y la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional; con los cuales el Estado Colombiano, podría responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado; así mismo es importante revisar la evolución del concepto de responsabilidad extracontractual del Estado, antes de la Constitución de 1991,

.

2.1 EL CONTRATO DE CONCESIÓN - PROBLEMÁTICA

El contrato de concesión se encuentra reglado en el artículo 45 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de

propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada, ya para explotarlos, en los términos y condiciones establecidos en este código.

El contrato de concesión, según lo prescrito en el artículo anterior, de la norma ibídem, comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre y abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Parafraseando a la docente universitaria doctora María Lucia Amador Mesa, en escrito presentado ante la revista derecho público de La Universidad de Los Andes, en su artículo *"los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella"*⁴⁰, aduce que el contrato de concesión concede el derecho de explorar y explotar un yacimiento mineral en las áreas otorgadas y a la titularidad o propiedad de los minerales que sean extraídos; derechos que se encuentran prescritos en el artículo 58 de la ley 685 de 2001, Código de Minas, cuando señala. *"El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad*

⁴⁰ Amador Mesa, María Lucia (2012) los efectos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella", Revista de Derecho público No 29 Julio-Diciembre de 2012.

de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este código."

De lo anterior es importante señalar que el contrato de concesión es temporal, por la imposibilidad de obtener derechos a perpetuidad sobre las minas y por lo tanto el término de los títulos mineros, son por el término que indique el proponente hasta un máximo de 30 años. El problema radica, en las leyes que se profieren con posterioridad al otorgamiento de los títulos mineros o a los contratos de concesión, que en tratándose de temas relacionados con el medio ambiente son de obligatorio cumplimiento, por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 del Código de Minas, no obstante la advertencia en cuanto a que si las leyes mineras vigentes al tiempo del contrato, fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario se le aplicara las mismas con excepción de aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas a favor del Estado o de las entidades territoriales.

Sin embargo el artículo 357 del código de minas, establece "*cláusula de reversión*", para los contratos celebrados antes de la expedición del código de minas, señalando que en los contratos de concesión que se hubieren pactado la obligación de entregar, a título de reversión gratuita, bienes adquiridos o construidos por el contratista, este podrá, a la terminación del contrato, convenir la sustitución de esa obligación, por la de pagar a la entidad contratante, una suma equivalente al valor de tales bienes.

2.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS

Teniendo en cuenta que ni la ley minera, ni la reglamentación ambiental, prevén soluciones para el problema de investigación planteado, en la actualidad como lo advierte la doctora María Lucia Amador, *"han habido numerosos casos en los que los titulares mineros que ya han venido desarrollando sus actividades legalmente, han tenido que frenarlas debido a la declaratoria de una zona excluible sobre el área que les fue concesionada"*⁴¹.

Por razones como estas, surge entonces la controversia sobre la consecuencia jurídica, frente a la declaratoria de un área de protección especial en la cual ya contaban los concesionarios con las autorizaciones para ejercer la actividad extractiva minera; controversia que tiene que ver con la protección al medio ambiente y los derechos de los particulares, derivados de un título minero otorgado bajo el imperio de la ley minera, con lo cual se genera un panorama adverso para la inversión minera en Colombia.

En ese orden de ideas, es imperioso buscar soluciones a esta problemática, para lo cual debe acudirse en principio a la normatividad especial minera, como el código de minas, y al no existir solución jurídica en la misma, se debe acudir a los principios constitucionales y a las diferentes teorías que en materia constitucional o administrativa o al derecho comparado, y se presentaran como posibles soluciones a la problemática

⁴¹ Amador Mesa, María Lucia (2012) Los efectos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella", Revista de Derecho público No 29 Julio-Diciembre de 2012, pág. 16.

planteada. Posteriormente se tratara el tema de los derechos adquiridos y las meras expectativas.

2.2.1. Afectación al principio de Seguridad Jurídica.

Este principio representa, en el ámbito de su publicación y de su publicidad, la Seguridad de la cual se tiene conocimiento, o de la que se puede llegar a tener, de lo que la ley prevé como prohibido, permitido y mandado por los poderes públicos, respecto de uno mismo para con el resto de los individuos y de estos para con uno mismo.

En un artículo publicado por la Universidad de Caldas,⁴² frente al concepto de Seguridad Jurídica se dijo lo siguiente: "*El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*", manifiesta que desde la perspectiva de valor teleológico, el principio de Seguridad Jurídica, se analiza desde dos perspectivas, de una parte la seguridad de los ciudadanos en sus relaciones y la otra, las relaciones frente al poder Estatal, en ese orden de ideas se presentan dos alternativas diferentes, a saber:

1.- Como Principio Inspirador del Ordenamiento Jurídico.

En este sentido, el autor del artículo, sostiene que "*la Seguridad Jurídica es entendida como un estado psíquico en el que los seres humanos, perciben satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y a su vez, como se materializa el catálogo*

⁴² Gallego Marín, Carlos Alberto (2012) El concepto de Seguridad Jurídica en el Estado Social, Jurid. Manizales Colombia), 9(2).70-90, julio-diciembre.

de valores que posee el ordenamiento jurídico; razón por la cual la Seguridad Jurídica no es posible para los ciudadanos, pues está visto que hace más de cuatro décadas en Colombia, tal percepción psicológica pasa por la manipulación de los medios de comunicación, de modo que no existe ninguna Seguridad Jurídica como tal." Para ello es necesario que en los actuales momentos en que vivimos, sea necesario sacarla de su estructura fija normativa, de acuerdo a las necesidades de los destinatarios.

2.- Como Certeza o Previsibilidad.

Se establece como certeza, como conocimiento de la legalidad y previsibilidad en lo referente a las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de una determinada actuación. En ese orden de ideas, la Seguridad Jurídica es la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismo necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las normas jurídicas que rigen sus conductas, y cuáles serán las que se apliquen a cada una de ellas.

En el Estado Constitucional Colombiano, la Seguridad Jurídica, es indispensable para determinar los criterios y las reglas a las que están sometidos, no solo los asociados, sino el juez, quien cumple un papel de primer orden porque de lo contrario estaríamos asistiendo a una dictadura del operador jurídico, en quien no solamente estará la responsabilidad de impartir justicia, sino además adecuar los criterios para la interpretación de las normas, disimiles de acuerdo a quien asuma el proceso.

2.2.2. Afectación a los derechos adquiridos

El concepto de derecho adquirido, ha sido definido por varios tratadistas como un derecho que ha entrado en el patrimonio de una persona, en virtud de las leyes vigentes en el tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar. La Constitución Política de Colombia en su artículo 58 consagra la protección de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La Corte Suprema de Justicia (Sala de casación civil, sentencia del 17 de marzo de 1977), entiende como derechos adquiridos *"aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado"*.

Ahora bien, en referencia a los derechos adquiridos, existen situaciones que constituyen simplemente expectativas legítimas, que como bien se prescribe en la revista de derecho público de la Universidad de los Andes⁴³, la autora citando a *Fiori* (1927, p. 241), manifiesta que no tienen la misma eficacia y protección jurídica, de la que gozan los derechos adquiridos, pues no constituyen derecho contra una ley nueva que las anule o afecte.

⁴³ Amador Mesa, María Lucía (2012) Los efectos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella", Revista de Derecho público No 29 Julio-Diciembre de 2012

La Corte Constitucional⁴⁴, frente a los derechos adquiridos ha sostenido: *"configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la Seguridad Jurídica y asegurar la protección del orden social, la constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes"*⁴⁵

Son diversos los principios esenciales de un Estado de derecho, los que resultan vulnerados con la declaratoria de zonas excluibles, con posterioridad al otorgamiento de títulos y su licenciamiento ambiental: La Seguridad Jurídica y la Confianza Legítima.

A continuación se hará una breve revisión a otro de los principios importantes para el trabajo investigativo como lo es de la Confianza Legítima.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 781 del 10 de septiembre de 2010, MP. Clara Inés Vargas Hernández, Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 29, parcial de la Ley 789 de 2002, "por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículo del código sustantivo de trabajo".

2.2.3 Afectación al principio de Confianza Legítima

La expresión "*Confianza Legítima*"⁴⁶, evoca ante todo la idea de una confianza plenamente justificada, estructurada a partir de unos hechos concluyentes, inequívocos, verificables y objetivados que permiten predecir con un alto grado de probabilidad o de certeza de las expectativas que han sido creadas, promovidas o toleradas por el Estado, en torno a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas favorables al acaecimiento ulterior de un hecho esperado en modo alguno, se verán perturbadas o frustradas como consecuencia del actuar sorpresivo de las autoridades.

En ese sentido, el principio de Confianza Legítima debe proteger a quienes resultan súbitamente defraudados en sus legítimas expectativas por obra y gracia del actuar contradictorio, incoherente y desleal de las autoridades, sobre todo cuando ello no tiene una justificación jurídicamente atendible.

Según el profesor Juan Carlos Henao, citado anteriormente, el principio de Confianza Legítima se inspira en el propósito de contener aquello que la jurisprudencia francesa ha denominado la *brusquerie administrative*⁴⁷, esto es, la adopción de determinaciones sorpresivas o la asunción de posturas inesperadas, que sin ningún tipo de miramiento ni

⁴⁶ Henao, Juan Carlos y Ospina Garzón (2015) Andrés Fernando, la responsabilidad extracontractual del Estado, Universidad Externado de Colombia, Anotaciones preliminares acerca del principio de confianza legítima, pág. 710.

⁴⁷ Conseil d'Etat, "Arrêt Compagnie des Mines de Siguire", 22 de noviembre de 1929

consideración vienen a alterar las situaciones jurídicas ya entabladas y a desarticular las expectativas plausibles que el mismo Estado ayudo a generar.

La protección jurídica de la confianza, se focaliza fundamentalmente en el terreno de las expectativas legítimas, concepto que se sitúa a mitad de camino entre las nociones de meras expectativas y derechos adquiridos, por lo tanto, tal y como lo plantea el autor, debe quedar claro entonces que el principio en mención no se instituyo para tutelar los derechos adquiridos ni para proteger las meras expectativas de los administrados.

Por lo anterior, es oportuno resaltar lo dicho por el autor⁴⁸: *"Un Estado como el nuestro, que se aprecia de ser social y democrático de derecho, debe estar siempre dispuesto a proceder de conformidad con un estándar de conducta cimentado en los principios de buena fe, lealtad y coherencia y a respetar los derechos y las legítimas expectativas de los ciudadanos, de suerte que los cambios normativos, jurisprudenciales, de políticas o de líneas de acción oficial que llegaren a adoptarse no vengan a desconocer o a frustrar de manera sorpresiva y arbitraria las predicciones que nos hemos podido formar con respecto a la regularidad, manteniendo a proyección futura las situaciones jurídicas favorables en las cuales nos hallamos emplazados".*

En este contexto la literatura especializada ha fijado varias teorías: algunos de los sectores de la crítica consideran que la frustración de las expectativas legítimas y plausibles de los administrados no debe tener la menor repercusión en el terreno de la

⁴⁸ Henao, Juan Carlos, Ospina Garzón, Andrés Fernando (2015) La responsabilidad extracontractual del Estado, Universidad Externado de Colombia.

responsabilidad estatal, pues aparte de generar un grave efecto en las finanzas públicas y en la estabilidad macroeconómica de la Nación, daría lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de quienes se dicen damnificados, al reconocerles, a título de indemnización, unos derechos patrimoniales que antes no tenían.

De otra parte, quienes se oponen a la posibilidad de condenar al Estado por la violación de la Confianza Legítima, esgrimen también la inexistencia en el derecho positivo colombiano, de una norma que regule expresamente dicho principio y le confiera fuerza vinculante; incluso, algunos de los críticos tratan de extender la responsabilidad al legislador, pues este se encuentra habilitado para imponer sus decisiones a los miembros de la colectividad, sin tener que indemnizar a quienes resulten afectados en sus derechos, intereses y expectativas, apoyando su argumento en las palabras de *Julien Laferriere*, quien señalaba que *"la ley es un acto de soberanía y lo propio de esta es imponerse a todos sin compensación"*⁴⁹.

Frente al Principio de Confianza Legítima, la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁵⁰ hizo algunas consideraciones relacionadas con dicho principio, en los siguientes términos: *"el principio de confianza legítima, propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad, en las relaciones que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares, de forma tal que puedan esperar, de buena fe, que sus*

⁴⁹ Laferriere, Julien (1896). *Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t, II, Paris, Berger-Levrault.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T- 308 de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

actuaciones no sean variadas de manera abrupta a menos de que prime un fin constitucionalmente legítimo."

Así las cosas, la Confianza Legítima, ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime la variación.

Para finalizar, sería oportuno hacer mención en lo que respecta al principio de Confianza Legítima, lo señalado por la doctora Nubia Gonzales Cerón en su tesis de grado titulada "el principio de Confianza Legítima en la actuación de la administración como limite a la revocatoria directa de los actos administrativos", cuando afirma: "en el derecho colombiano, el fundamento de protección a la Confianza Legítima ha seguido los lineamientos sostenidos en el derecho comparado; según el cual, este principio se deduce de los principios constitucionales del estado de derecho y seguridad jurídica, y se ha agregado al principio de buena fe, regulado expresamente en nuestra carta política".

2.2.4 Afectación a la libertad de empresa

La Constitución Política, señala que la Libertad de Empresa, tiene como límites la función social y ecológica, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural; sin embargo, tales límites deben ser concretados. La Carta Política reconoce la necesidad de los

individuos de actuar en el mercado, al establecer que la iniciativa privada es libre, al mismo tiempo que le pone una función social a la empresa.

El artículo 333 de la Constitución Política, no prevé de manera expresa la Libertad de Empresa, pero aduce frente a la iniciativa privada y de empresa como actividades libres, dentro de los límites del bien común, por lo que para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, y continúa refiriéndose a la libre competencia económica, como un derecho de todos y termina en uno de sus apartes advirtiendo *"que el Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"* ⁵¹

En el año 1994, la Corte Constitucional tomó otra posición. Según la Corte la libertad de empresa o económica no está expresamente consagrada en la Constitución Política, sin embargo su existencia se desprende del artículo 333 ubicado en el título que aborda el régimen económico y la hacienda pública, de ahí que si se pudiese hablar de un derecho, en principio, éste no tendría la categoría de fundamental. Así, la Corte Constitucional en sentencia C-265 de 1994 señaló: *"Las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente*

⁵¹ Gómez Sierra, francisco (2016) Constitución Política de Colombia, editorial Leyer, artículo 333, "la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (..) el Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitara o controlara cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (...)"

establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas".

Para poder resolver el problema planteado la corporación constitucional abordó unos temas los cuales haré mención de algunos, por su importancia para la tesis: i. *la libertad económica*, específicamente sus alcances en relación con el desarrollo con las actividades de extracción de recursos no renovables, ii. *La intervención del Estado en la actividad económica* de extracción de recursos naturales no renovables, y el alcance de los *derechos otorgados* mediante las licencias ambientales y los contratos de concesión para la extracción de recursos del Estado.

Es indiscutible la importancia de la empresa "*como base de desarrollo*". La posibilidad de iniciar y desarrollar empresa es protegida por la Constitución Política de Colombia, por lo que el contenido y alcance de la libertad de empresa ha sido abordado por la Corte Constitucional, quien en sentencias de constitucionalidad ha tenido que resolver problemas relacionados con los límites de las facultades que tiene el legislador y las autoridades administrativas para reglamentar esta libertad.

2.2.5. El "*bien común*" – Conceptualización.

El bien común es un concepto que en general puede ser entendido como aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos o como los sistemas sociales, instituciones y

medios socioeconómicos de los cuales todos dependemos que funciones de manera que beneficien a toda la gente. Más recientemente, John Rawls lo definió como "ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos".

De acuerdo a *Renate Mayntz*, todas las grandes ciencias comparten un interés en las precondiciones necesarias para obtener un cierto fin social que es percibido como deseable. Consecuentemente el concepto de bien común contiene diferentes elementos o puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, como por ejemplo: el bien común como aspecto económico (la riqueza común), el bien común como aspecto social (bienestar común) y el bien común desde la tradición europea filosófica cristiana.

2.2.5.1. Aspecto económico del bien común.

Desde este punto de vista el concepto admite varios posibles significados, por ejemplo se puede aplicar a aquel bien que sea pertenece o es de usufructo a una comunidad a la sociedad en conjunto. Este significado se remonta a la antigüedad y se diferenciaba a su vez en dos grandes sectores: la propiedad comunal como tal y la propiedad estatal pública. La segunda acepción de bien común, se refiere como aquel que es de usufructo o consumo común, o sea que serían aquellos cuyo consumo por un individuo no disminuye su disponibilidad para otros. Pero igualmente el concepto de bien común se puede referir como la conveniencia económica, esto es, el bienestar socioeconómico general de una sociedad o comunidad o la situación que maximiza la suma de beneficio

o utilidad de todos y cada uno de los individuos. Desde este punto de vista el concepto puede ser entendido como utilitario o instrumental.

En conclusión si entendemos el bien común como la condición material, esto es la riqueza general, que permite el desarrollo, encontramos que la economía ofrece una definición formal del bien común como la suma cuantitativa de las utilidades de los miembros de una sociedad.

2.2.5.2. Aspecto social del bien común.

El bien común desde esta perspectiva ya no se centra sobre los individuos sino en las comunidades o sociedades, desde esta óptica no puede haber bien común, a menos que las sociedades estén integradas y sean estables es decir que haya cohesión social; en otras palabras, a menos que esos sistemas sociales sean viables en el largo plazo. En suma desde esta óptica se puede entender el bien común como la suma de las condiciones de la vida social que permiten que los individuos libremente den forma a sus vidas. Luego entonces el propósito del estado, como sociedad políticamente organizada, sería entonces la de proveer a los individuos de los medios para que puedan efectivamente llevar a cabo esas elecciones

2.2.5.3. Aspecto filosófico del bien común.

En filosofía general, se entiende por bien común aquello que es compartido por y de beneficio, tanto lo físico como lo económico, para todos los miembros de una comunidad, es decir el bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr un mayor plenitud y facilidad su propia perfección.

En la doctrina social de la iglesia en su numeral 164 dice: " De la dignidad humana e igualdad de todas las personas deriva, en primer lugar, el principio del bien común, al que debe referirse todo aspecto de la vida social para encontrar plenitud de sentido".

No obstante lo anterior, también existen críticas al concepto del bien común, pues de acuerdo a *Karl Popper* "la percepción platónica del bien común, calificada por *Popper* como utópica, demanda no solo un plan o concepto de lo la sociedad final debe ser sino también un gobierno fuerte y centralizados, un corto número de personas, encargados del gobierno, benevolentes pero implacables no interesados en los derechos o beneficios de los individuos como tales sino en la comunidad como entidad". O en las palabras de *Jacques Maritain* quien haciendo critica al concepto del bien común expresa: "de modo que el fin de la sociedad no es el bien individual, ni la colección de los bienes individuales de cada una de las personas que la constituyen. Semejante formula destruiría la sociedad como tal en beneficio de las partes; vendría a derivar ya a una concepción francamente anárquica".

2.3 POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNO

Para el estudio de la responsabilidad del Estado en la presente investigación, se hace necesario revisar algunos de los regímenes de responsabilidad Estatal presentados por la jurisprudencia y la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional; con los que el Estado Colombiano podría responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado; así mismo es importante revisar la evolución del concepto de responsabilidad extracontractual del Estado, antes de la Constitución de 1991, cuando la responsabilidad era más de tipo civil, es decir, casi que se podría predicar de una total irresponsabilidad del Estado, hasta su posterior desarrollo constitucional y jurisprudencial, con su actual aplicación establecida en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, con base en el concepto de "*daño antijurídico*".

Con ese fin se estudiaron temas tan importantes como la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado; en los que se revisaron conceptos muy importantes como: *falla probada del servicio, falla presunta, daño especial*; que fueron tan importantes en el desarrollo de la institución que hoy nos atañe en la presente investigación, como lo es la responsabilidad extracontractual del Estado y el concepto de daño antijurídico prescrito en la Constitución Política de Colombia.

En ese orden de ideas sería pertinente traer algunas definiciones importantes de los conceptos más importantes de las instituciones estudiadas, iniciando con la definición de

lo que es la responsabilidad extracontractual del Estado por parte de la literatura especialidad del tema. La Responsabilidad Extracontractual del Estado, se presenta cuando entre la víctima y el autor del daño *no existe vínculo anterior alguno*, o que aun existiendo el vínculo, *el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior* sino de otra circunstancia; por ende el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Alessandrei define la responsabilidad extracontractual como: “ *la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro..., no hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella...supone la audiencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que derive y es ella la que crea la obligación de reparar el daño*”.

Para *Josserand*, se está en presencia de un hecho delictivo, cuando. “*un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente, si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida*”.

El autor Colombiano *Martínez Rave* define la responsabilidad extracontractual como, “*la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso*”.

No obstante lo anterior, es importante resaltar algunos de los sistemas que componen la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que sirva de base fundamental para entender el tipo de responsabilidad en la que podría estar inmerso el Estado

Colombiano por otorgamiento de licencias ambientales para la explotación de recursos naturales en áreas de parques nacionales naturales.

Los diferentes sistemas que componen el marco conceptual de la responsabilidad estatal, así como su evolución y desarrollo se dan con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales y estudios doctrinales que se han adelantado sobre el tema. Falla probada del servicio, ha sido considerada como el régimen común de la responsabilidad estatal y el que con más frecuencia ha venido aplicando el Consejo de Estado en sus providencias, a continuación se permite hacer una relación de sus elementos constitutivos, para una mayor claridad y entendimiento, así:

La Falta o falla en el servicio: Se entiende como el hecho dañoso causado por la violación de las obligaciones a cargo del Estado, derivados de las leyes, reglamentos o estatutos que establecen dichas obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también a deberes específicos impuestos a los funcionarios del Estado, o de la función genérica que tiene el Estado consagrada en el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia, al siguiente tenor: *"las autoridades de la republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*.

La jurisprudencia nacional también ha definido el concepto de falla del servicio. El Consejo de Estado define la *falla del servicio*: *"como aquella que se presenta cuando el*

*servicio no funciona, o funciona mal o funciona tardíamente*⁵² propender por una indemnización, bajo esta figura es muy exigente, puesto que el actor debe probar la ocurrencia de dicha falla, so pena de ser desechada su pretensión, para lo cual debe demostrar la plena prueba de las condiciones de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos que fueron la causa del perjuicio, en síntesis el demandante no solo debe probar como se produjeron los hechos sino además cuando y donde tuvieron ocurrencia los mismos.

Perjuicio: Consiste en el menoscabo del patrimonio de la víctima o las lesiones que afectan sus bienes extra patrimoniales que pueden constituirse en un daño moral, por los daños fisiológicas o las alteraciones a las condiciones de existencia, frente al primer daño, esto es patrimonial, se establecería como un daño patrimonial; y en el caso de la lesión estaríamos frente a un daño extra patrimonial.

Nexo causal entre la falla y el perjuicio: Es el vínculo o nexo que debe existir entre la falla alegada demostrada y los perjuicios probados de la víctima.

Las *causales de exoneración de la responsabilidad extracontractual* usualmente alegadas por el Estado, son: i) La fuerza mayor, entendida como el suceso externo imprevisible, ii) caso fortuito, se produce al interior de la actividad administrativa, iii) culpa exclusiva de la víctima, que se presenta en los eventos en que la configuración del daño proviene exclusivamente de la culpa del perjudicado; cuando converge igualmente culpa de la administración y de la víctima se produce una concurrencia de culpas, con lo cual

⁵² Ver Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de noviembre 15 de 1995, MP. Jesús María Carrillo.

se podría presentar una compensación de culpas para efectos de indemnización; y finalmente iv) hecho exclusivo de un tercero, caso en el cual el origen del daño proviene de la culpa de un tercero, es decir que el daño se haya producido exclusivamente por este tercero.

Falla presunta: Este es un régimen intermedio entre, el sistema de falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando falla en el servicio pero de modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria.

Los elementos constitutivos de la falla presunta, son los mismos establecidos para la falla probada, (*la falla en el servicio, el perjuicio y el nexo causal entre el perjuicio y la actuación de la administración*); pero con algunas variaciones, en lo referente a la carga probatoria, la cual se matiza para el demandante, pues solo debe acreditar la falla; mas no tiene que probarla, pues se presume y por ende es la entidad la que tiene la obligación de probar su actuación.

Frente a la falla presunta las *causales de exoneración de la administración* para liberarse de la responsabilidad, se da cuando se ha demostrado que actuó con prudencia y diligencia, evitando cualquier omisión, esto es que adopto las medidas necesarias al realizar la actuación. De igual manera le es dado a la administración eludir la responsabilidad, demostrando, al igual que en la falla probada, la fuerza mayor o el caso fortuito al igual que la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En la actualidad, después de la Constitución de 1991, con el artículo 90 se estableció el concepto de *daño antijurídico*, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado; sin embargo algunos juristas sostienen que se sigue aplicando la *falla del servicio probada*, como regla general y la *falla del servicio presunta* como un régimen intermedio y los regímenes no condicionados a la falla de servicio como los regímenes objetivos, donde el daño antijurídico es el género y los demás regímenes son la especie. El concepto de *daño antijurídico*, establecido en el artículo 90 de la Constitución política, consagra un régimen común sobre la responsabilidad objetiva, donde la culpa no es tan importante ya que, con la Constitución de 1991, el elemento fundamental de la responsabilidad extracontractual del Estado es el daño antijurídico, el cual exige la presencia de tres requisitos que son fundamentales para que se configure la responsabilidad del Estado, a saber:

i) *Un daño antijurídico*, entendido como aquel donde el administrado no está en la obligación de soportar, pues no existe ninguna causal que justifique la producción del daño por parte de la administración ii) *la existencia de una causalidad material*, esto es, que el daño sea efecto inmediato de la acción u omisión de la autoridad pública y iii) *la atribución jurídica del daño al Estado* en virtud de un nexo con el servicio como falla del servicio probada o presunta, daño especial, riesgo excepcional, por mencionar alguna, que deberá el fallador decidir con base en lo allegado y aprobado.

2.4 RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL OTORGAMIENTO/REVOCATORIA DE CONTRATOS Y LICENCIAS AMBIENTALES.

2.4.1 Por la revocatoria de las licencias ambientales

El Estado Colombiano puede responder, no solo por el otorgamiento de las licencias ambientales, sino también por su revocatoria, para la explotación de recursos naturales en áreas protegidas específicamente en los parques nacionales naturales; sin embargo, de acuerdo con los resultados obtenidos con la revisión y análisis de la normatividad y documentación especializada, se pudo establecer que la responsabilidad patrimonial del Estado depende, tal y como quedo revisado en precedencia de los siguientes requisitos:

" i) un daño antijurídico, entendido como aquel donde el administrado no está en la obligación de soportar, pues no existe ninguna causal que justifique la producción del daño por parte de la administración ii) la existencia de una causalidad material, esto es, que el daño sea efecto inmediato de la acción u omisión de la autoridad pública y iii) la atribución jurídica del daño al Estado en virtud de un nexo con el servicio como falla del servicio probada o presunta, daño especial, riesgo excepcional, por mencionar alguna, que deberá el fallador decidir con base en lo allegado y aprobado".

Daño Antijurídico.

El primer punto que hay que analizar para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, es determinar el daño antijurídico, y para ello debemos entender el concepto, para lo cual no podemos dejar de mencionar lo que al respecto ha dicho el profesor García de Enterría⁵³ : *"se predica que existe daño antijurídico cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico valido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social"*. Por lo que se desplaza del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido en ella.

Por lo anterior se concluye que existe un daño antijurídico cuando la producción de ese daño no se encuentra justificada por título jurídico valido alguno, es decir, que la administración no está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarlo.

Ahora bien, entonces para establecer cuando el administrado está obligado a soportar el daño causado por la administración en las obras, es menester mencionar al profesor colombiano Martin Bermúdez⁵⁴, quien en su obra señala: *"la victima está obligada a soportar el daño en dos eventos, a saber: el primero de ellos , cuando existe una causa que obligue al administrado perjudicado a recibir el daño, y precisa que la ley no es la única causa que "le quita el linaje antijurídico al daño", sino que también existen otras causas justificativas de ese daño como son la legítima defensa, el consentimiento de la*

⁵³ García de Enterría, Eduardo. (1984) Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, editorial Civitas SA, reedición, p. 176

⁵⁴ Bermúdez Muñoz, Martin, (1998)"Responsabilidad de los jueces y del Estado", Bogotá, ediciones librería del Profesional, p. 109 y 110.

víctima o aquellos casos en los cuales aquello que se afecta no constituye un interés legítimamente protegido. El segundo evento, que el autor señala se presenta en aquellas circunstancias en que dicho daño no excede las cargas comunes que implica vivir en sociedad".

Causalidad Material.

Para que le Estado indemnice los perjuicios causados por ese daño, es necesario que además de ser antijurídico, este haya sido causado por una acción u omisión de las Autoridades Públicas, esto es, que el daño se produjo como consecuencia de una conducta desarrollada por la autoridad pública o como consecuencia de una omisión o ausencia de cumplimiento de sus funciones, es decir, que la administración haya dejado de actuar cuando su obligación era hacerlo y por tal razón genera el daño.

Esto es lo que el Consejo de Estado⁵⁵ ha denominado *imputatio facti*, que es la misma *causalidad material*, es decir la relación de causa a efecto que hay entre el daño y la acción u omisión de la autoridad pública.

Imputabilidad.

Consiste en la atribución jurídica que del daño se hace a la administración pública y esta atribución depende de lo que se ha conocido jurisprudencialmente como nexo con el servicio. La imputación como lo afirma el profesor Juan Carlos Henao, determina quién debe responder por el daño causado, a fin de establecer si la actuación de la administración tuvo o no, un vínculo o nexo con el servicio, de forma tal, que si dicho vinculo no se presenta, se estará en presencia de una responsabilidad personal del funcionario, caso en el cual la administración debe asumir la obligación de responder

⁵⁵ Sentencia 8163 del 23 de julio de 1993, del Consejo de Estado, Sección Tercera.

patrimonialmente y repetir contra el funcionario si este obro con dolo o culpa (art. 90 de la Constitución Política).

CONCLUSIONES CAPITULO II:

1- El contrato de concesión concede el derecho de explorar y explotar un yacimiento mineral en las áreas otorgadas y a la titularidad o propiedad de los minerales que sean extraídos.

2- Es importante señalar que el contrato de concesión es temporal, por la imposibilidad de obtener derechos a perpetuidad sobre las minas y por lo tanto el termino de los títulos mineros son por el término que indique el proponente hasta un máximo de 30 años.

3- Es indiscutible la importancia de la empresa “*como base de desarrollo*”. La posibilidad de iniciar y desarrollar empresa es protegida por la Constitución Política de Colombia.

4- Que el problema radica, en las leyes que se profieren con posterioridad al otorgamiento de los títulos mineros o a los contratos de concesión, que en tratándose de temas relacionados con el medio ambiente son de obligatorio cumplimiento, no obstante las leyes mineras que estaban vigentes al tiempo del contrato, y fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario se le aplicaran las mismas.

CAPITULO III

PROTECCION A LA INVERSION EXTRANJERA EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR COLOMBIA

INTRODUCCION:

Con el objeto de crear y mantener condiciones favorables para los inversionistas de otros Estados dentro del territorio colombiano, se ha implementado una política de negociación y celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión (AIs), así como los Tratados de Libre Comercio (TLC) con los capítulos de inversión y acuerdos de doble tributación (Adts).⁵⁶

Esta política desarrolla la estrategia e integración económica plasmada en la Constitución y en los últimos planes nacionales de desarrollo. Este tipo de acuerdos crean un marco regulatorio transparente, con reglas predecibles que reducen los riesgos no comerciales del inversionista, en particular los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Appris⁵⁷, como su nombre lo indica, no tienen carácter multilateral pero si el propósito de dar seguridad a una inversión extranjera.

Para lograr lo anterior, estos acuerdos definen los activos que se protegen, estipulan los estándares de protección que se reflejan en expresiones como la igualdad del trato justo

⁵⁶ <https://www.mincomercio.gov.co/minindustria/publicaciones>

⁵⁷, <https://www.mincomercio.gov.co/mincomercioexterior/publicaciones>, fecha de búsqueda 19 de abril de 2017, 19:00 horas. APPRIS, Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

y equitativo, plena seguridad de garantías, y por ultimo establecen, un espacio jurisdiccional para solución de litigios mediante el arbitraje internacional.

Es importante recordar que así los *Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)* ofrezcan protección a los inversionistas esto no supone la afectación de la capacidad regulatoria del Estado. Por el contrario, tanto los *Appris* como los *TICS* restringen el nivel de protección ofrecido al inversionista a la afectación grave de sus derechos.

3.1 TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR COLOMBIA EN EL TEMA DE INVERSIÓN MINERA

La tendencia de los países hacia la expansión y apertura de sus economías ha aumentado el interés por los acuerdos y tratados económicos; este ha sido el caso de algunos países de América Latina, que se han transformado en territorios fundamentales de inversión para las grandes potencias durante el último siglo. Los tratados y acuerdos logrados por estos países han contribuido a su desarrollo tanto en lo económico como en la competitividad de las industrias y su población.

A pesar de que en América Latina la ampliación de estos acuerdos se ha producido rápidamente logrando a su vez gran estabilidad de su economía, hay aún un alto nivel de los países desarrollados para corroborar y ejecutar acuerdos, debido principalmente a temas que tienen que ver con la seguridad nacional, protección a las industrias y derechos de los trabajadores, aspectos que representan una gran influencia sobre la formalización de un acuerdo económico.

No obstante, gracias a los ingentes esfuerzos de los últimos gobiernos nacionales, se ha logrado la negociación de tratados importantes para el país, que conllevan a beneficios bilaterales, con un mejoramiento del bienestar de la población a través de mejores empleos y un mayor crecimiento económico basados en el aumento del comercio y la inversión nacional e internacional, acuerdos que han facilitado la inversión extranjera en el territorio nacional, por parte de países desarrollados como los Estados Unidos de América, Canadá, por mencionar algunos.

En el tema de inversión, se busca que las normas que regulan los sectores productivos de cada país, cuenten con normas claras, justas y transparentes que promuevan la inversión dentro del marco de un ambiente estable y sin obstáculos, respetando las áreas que en virtud de la ley o conveniencia del país o la comunidad deba ser respetada, incluso evitando cualquier tipo de actividad extractiva, pero ante todo conservando el medio ambiente y el daño menos gravoso a la comunidad no obstante las indemnizaciones a los perjudicados.

Subsidios y derechos compensatorios: estas negociaciones tienen como meta fortalecer los mecanismos institucionales, con que cuentan los países para evitar sufrir las consecuencias de la aplicación, por otros países de medidas desleales en el comercio de bienes.

Sin embargo, se han presentado problemas, especialmente en el campo de inversión minero energético, que han ocasionado daños ambientales por parte de las empresas internacionales, en la explotación de los recursos naturales y algunas otras situaciones con los residentes de las áreas de explotación en especial aquellas protegidas, como los parques nacionales naturales que han originado no solo situaciones de hecho por los moradores, sino también demandas por posible responsabilidad del Estado, por el presunto incumplimiento en los tratados, debido a la cancelación de licencias ambientales que han generado grandes pérdidas económicas a los inversionistas y cuantiosas demandas al Estado, por la responsabilidad extracontractual en la que puede estar inmerso el mismo.

Por lo tanto, se considera fundamental, revisar el tratado de libre comercio con Canadá, y analizar específicamente la situación presentada con la empresa canadiense *COSIGO RESOURCES*, una empresa sin mayor experiencia minera y con títulos mineros en el suroriente del Vaupés, próximo a la frontera con Brasil, estos dos contratos realizados por la empresa canadiense, uno muy cerca del casco urbano de *TARAIRA* y otro dentro del Parque Nacional *YAIGOJE – APAPORIS*, razón que invita a revisar el tratado de libre comercio con este país y establecer cuál podría ser la responsabilidad del Estado, objeto de la presente investigación, frente a estos hechos, a fin de implementar políticas que eviten este tipo de litigiosidad.

3.2 COLOMBIA FRENTE A LOS CONVENIOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Los inversionistas persiguen ciertas garantías básicas que se encargan de estipular en los respectivos APPI: i) tratamiento justo y equitativo; ii) no discriminación, iii) trato nacional y iv) cláusula de la nación más favorecida. En lo relativo a la no discriminación, casi todos los tratados contienen una prohibición contra las inversiones de la otra parte contratante. Se establece que ninguna de las partes contratantes podrá impedir con medidas arbitrarias y discriminatorias la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por las naciones de la otra parte. Con respecto al trato nacional y a la cláusula de la nación más favorecida se establece en los tratados que cada parte contratante deberá conceder un tratamiento no menos favorable que el que concede a los inversionistas en relación a sus propios nacionales o compañías o las de terceros Estados.

Las excepciones más comunes previstas a este respecto, se relacionan con: privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes, al conceder a inversionistas de un tercer Estado, debido a que son miembros de una comunidad y están asociados con una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional. Preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional, relacionados con un plan o principalmente con asuntos tributarios. Estas cláusulas le permiten a una empresa que tiene sede en un país A, a invocar contra un país B, un tratado que este último,

celebró con un país C, que la favorece más, que el tratado celebrado entre A y B, bajo ciertos artilugios. Sobre este punto es conocido el caso *BECHEL V. BOLIVIA*, donde el primero presentó un reclamo ante el CIADI contra BOLIVIA, por 25 millones de dólares porque su subsidiaria, aguas del TUNARI, fue expulsada de Cochabamba. Por esta razón, la empresa interpuso una demanda amparada en el tratado bilateral sobre inversiones entre Bolivia y Holanda, suscrito en 1992.

Con miras a proteger la inversión extranjera, Colombia es parte de diferentes convenios internacionales entre los cuales se encuentran, el de Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversiones (CIADI), el de la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC), y el Convenio de Cooperación para Países Emergentes (PSOM). Cada uno de estos convenios constituye una herramienta importante para proteger la inversión extranjera.⁵⁸

MIGA, es un organismo multilateral que brinda respaldo contra riesgos no comerciales como los disturbios y guerras civiles, inconvertibilidad de divisas y expropiación discriminatoria, está dirigido a proveer servicios a inversionistas extranjeros que invierten en países emergentes que hacen parte de la agencia. Adicionalmente, provee información sobre cada uno de los países emergentes para respaldar el proceso de inversión desde su etapa inicial. De acuerdo con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI, los inversionistas extranjeros en Colombia,

⁵⁸ <http://www.investinpereira.com/archivos/documentos/pdf>

tienen la posibilidad de recurrir a un mecanismo de conciliación y arbitramento internacional especializado en las disputas entre inversionistas y los gobiernos receptores de las inversiones como el CIADI.

El tratado de libre comercio con Canadá, ha presentado problemas, con algunos de los inversionistas de ese país, especialmente en el área de exploración y explotación de recursos naturales, en las áreas de protección del Estado, como los Parques Naturales.

El desarrollo que ha tenido este acuerdo comercial, al igual que los resultados obtenidos desde sus inicios hasta nuestros días, así como las perspectivas que se esperan frente a los desafíos actuales, en lo que respecta al tema de inversión minero energética, se tendría a manera de ejemplo, los problemas que se han suscitado con la empresa canadiense *COSIGO RESOURCES*, frente al tema de explotación, en los parques donde se adelantan explotaciones de recursos auríferos, en el área del Vaupés, lo que conllevó a la presentación de demandas por la multinacional ante los tribunales de arbitramento. Lo que conlleva a conflictos por el incumplimiento a los tratados de libre comercio, tema que será tratado a continuación.

3.3 CONFLICTOS DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

Son muchos los conflictos en los que se encuentra involucrado el Gobierno Colombiano a raíz del incumplimiento a los TLC y Acuerdos Comerciales con los países firmantes, tal

es el caso de las empresas GLENCORE y si filial en Colombia, PRODECO, ECO ORO, y CLARO, por mencionar algunas y por supuesto el caso con la empresa canadiense *COSIGO RESOURCES*, la cual será tratada de manera especial posteriormente, por su importancia en el desarrollo de la investigación.

Como se puede apreciar, existen aún muchas preocupaciones por parte de los inversionistas extranjeros, especialmente en el ámbito jurídico frente a la situación de las áreas protegidas establecidas en el SINAP, sobre todo en lo referente a los Parques Nacionales Naturales, donde está prohibida la extracción de recursos minero energéticos para evitar daños en la comunidad y el medio ambiente.

Sin embargo el Estado Colombiano, a pesar de existir dichas limitaciones, en ocasiones emite los títulos mineros y las licencias ambientales para adelantar operaciones de exploración y explotación en dichas áreas, a veces después de haberse declarado un área como Parque Natural, lo que obliga a la cancelación de la licencia ambiental y por ende, la autorización para la explotación de los recursos, lo que hace que se abra el escenario para afrontar cuantiosas demandas con los inversionistas extranjeros, que ven conculcados sus derechos y la confianza depositada en todo un sistema jurídico y el incumplimiento de los tratados y acuerdos suscritos por el gobierno colombiano, controversias que son llevadas ante los tribunales internacionales, como se verá a continuación.

3.4.- TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO - CIADI

Para la Solución de diferencias, es menester establecer un mecanismo justo, transparente y eficaz para la solución de controversias entre los países; por lo regular los países acuerdan en este tema específico acudir a tribunales de arbitramento que diriman los conflictos que se susciten. Entre las alternativas de resolución de litigios distintas a las que ofrece el derecho interno, existe un organismo internacional cuya importancia va aumentando en los últimos años; se trata del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI, creado mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, por parte de los directores ejecutivos del Banco Internacional de reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), quienes en marzo de 1965, sometieron el Convenio a los gobiernos miembros del Banco Mundial, para su consideración con vistas a la firma y ratificación del mismo. El Convenio entro en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países y a la fecha cuenta con 144 Estados contratantes. La creación de este organismo, se debió al interés del Banco Mundial, por fomentar las inversiones de países industrializados a países en desarrollo; a este respecto, una de las funciones del Banco Mundial, es precisamente la promoción de la inversión extranjera en los países en vías de desarrollo, con el objetivo de que dicha inversión se concrete en proyectos que puedan contribuir al crecimiento de los países más pobres.

El CIADI es una institución internacional de carácter público, que pertenece al Banco Mundial con sede en Washington, que se encarga de resolver las disputas surgidas en

materia de protección de inversiones entre el Gobierno de uno de los Estados contratantes y un nacional de otro Estado contratante⁵⁹. El CIADI, pretende erigirse como una institución que posibilite el arreglo de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados, donde ambas partes, inversor y Estado receptor de la inversión, se coloquen en pie de igualdad en los procedimientos, excluyéndose la posibilidad de intervención del Estado del que es nacional el inversor y limitando el arreglo voluntario de controversias, mediante conciliación o arbitraje en los conflictos de naturaleza jurídica que surjan en materia de inversiones.⁶⁰

Las facultades del CIADI, no se extienden a cualquier litigio, sino únicamente a los surgidos entre un Estado contratante del Convenio y un Nacional que sea miembro de otro Estado contratante, siempre y cuando el litigio tenga carácter jurídico y venga referido a una cuestión de protección de inversiones. En ese orden de ideas, para que pueda ponerse en marcha el procedimiento de conciliación y arbitraje del CIADI, es preciso: a) exista una disputa entre un Estado contratante del convenio y un Nacional que sea miembro de otro Estado contratante, b) que la disputa tenga naturaleza jurídica y verse sobre inversiones; y c) que las partes consientan por escrito en someter la controversia al CIADI.

⁵⁹ Artículo 1.2 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estado y Nacionales de otros Estados, "El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones ente Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio"

⁶⁰ Pérez Escalona, S. "las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: Notas a propósito del caso Camuzzi International Vs. República Argentina"

A lo anterior, vale la pena señalar que se descarta de plano, la posibilidad de que el CIADI conozca controversias cuyas partes sean solo particulares, o controversias cuyas partes sean solo Estados. Por otra parte, queda también excluida, la posibilidad de que el CIADI, conozca de controversias en las que o bien el Estado parte no sea contratante en el Convenio, o bien no lo sea el Estado del que es Nacional el particular inversionista. Ahora bien, podría pensarse el CIADI como una jurisdicción subsidiaria o complementaria que reemplaza la jurisdicción nacional, por la voluntad de las partes pactada en los tratados en cláusulas especiales.

De igual manera, existe también la posibilidad que participen en el procedimiento las denominadas partes no contendientes, que son los terceros que no son parte dentro del procedimiento, pero que tienen interés en el mismo y que pueden suministrar información al Tribunal para ayudarle a tomar decisiones⁶¹.

No obstante lo anterior, es importante aclarar que con el objetivo de ampliar el marco de las actividades del CIADI, el 27 de septiembre de 1978, el Consejo Administrativo autorizó al secretariado a administrar procedimientos que no estuvieran comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio CIADI; en ese sentido se creó el Reglamento del Mecanismo Complementario, que habilita al Secretariado para administrar los siguientes tipos de procedimientos: a) Procedimientos de Conciliación y Arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que, el Estado parte en la

⁶¹ Medina Casas, H.M. (2009) "las partes en el arbitraje CIADI", International Law, revista Colombiana de derecho Internacional.

diferencia o el Estado cuyo Nacional es parte en la diferencia no sea un Estado contratante, **b)** procedimiento de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo Nacional es parte en la diferencia sea un Estado contratante; y **c)** procedimientos de comprobación de hechos (art. 2 del Reglamento Complementario).

En suma la función fundamental del CIADI, es la protección, de quien realiza una inversión en países que no brindan confianza, especialmente en el campo jurídico, razón por la que el CIADI, trata a través de mecanismo de arbitramento, garantizar el cumplimiento de los términos acordados, en torno a la inversión, para así fortalecer el incremento de inversiones para estos países. Al respecto el profesor Mexicano Álvarez Ávila ha manifestado que, *"por lo general, las inversiones extranjeras son bien recibidas en los países en desarrollo, sin embargo las condiciones en las que operan dichas inversiones representan siempre un riesgo de controversia entre el país receptor de la inversión y el inversionista."*⁶²

Estructura orgánica del CIADI

El CIADI es una organización internacional autónoma y con personería jurídica; tal como lo prescribe el artículo 18 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, cuando señala, *"el Centro tendrá plena personalidad*

⁶² Álvarez Ávila, G. (2002) "Las características del arbitraje del CIADI", Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2º, 207.

jurídica internacional". La capacidad legal del Centro, como también se le refiere al CIADI, dentro de sus funciones comprende, entre otras, la de, a) contratar, b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos, c) comparecer a juicio.

En cuanto a la composición del CIADI, el artículo 3º del Convenio afirma que "*el Centro está compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una lista de Conciliadores y una lista de Árbitros*".

3.5 PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCION DEL CIADI

De manera breve el procedimiento ante la jurisdicción del CIADI, se inicia con la presentación de una solicitud de arbitraje a la Secretaria General del Centro, en la solicitud se señalan las cuestiones de hecho y de derecho a ser consideradas. La solicitud será registrada salvo que la diferencia sea manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI.

Posteriormente se presenta la constitución del tribunal de arbitraje; se considera que el procedimiento se ha iniciado una vez que se ha constituido el tribunal, este celebra la primera sesión, normalmente dentro de los 60 días siguientes a su constitución donde se abordan cuestiones procesales preliminares. Luego se presentan dos etapas en el procedimiento: una etapa de actuaciones escritas, seguida por una etapa de actuaciones orales con comparecencia personal de las partes. Una vez que las partes han presentado sus alegatos el tribunal delibera y dicta su laudo.

Los laudos dictados por el tribunal de arbitramento, con fundamento en el Convenio del CIADI, son obligatorios para las partes y no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el convenio, esto es la solicitud de las partes de una *decisión suplementaria* o la ratificación del laudo, o interponer, después de dictado el laudo, los recursos de anulación, aclaración o revisión.

A continuación, se tratara de manera más detallada, cada una de las etapas que se desarrollan en el procedimiento ante el CIADI.

3.5.1. Procedimiento ante el Centro

1.- Solicitud de Arbitraje:

El artículo 36 del Convenio regula el tramite relativo a la solicitud de arbitraje, estableciendo lo siguiente: *"Cualquier Estado Contratante o Nacional de un Estado Contratante que pretenda adelantar un procedimiento de arbitraje, dirigirá para tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviara copia de la misma a la otra parte"*, en otras palabras, el procedimiento puede ser iniciado tanto por el Estado receptor de la inversión extranjera, como por el inversionista extranjero, siendo lo frecuente que el procedimiento se inicie por el inversionista extranjero que ha visto defraudadas sus expectativas de inversión.

La solicitud dirigida al Secretario General deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas al

arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar conciliación y arbitraje (art. 36.2 Convenio).

Una vez recibida la solicitud, el Secretario General registrará la misma, con la única salvedad que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro; asimismo notificara inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación. Posteriormente, tan pronto como se constituya el Tribunal, el Secretario General tramitara a cada uno de sus miembros una copia de la solicitud que inicio el procedimiento y los documentos que la acompañan, la notificación del registro y la comunicación recibida de los Estados notificados (regla de arbitraje 30).

2.- Constitución del Tribunal de Arbitraje:

El artículo 37 del Convenio, se refiere a la constitución del Tribunal de Arbitraje, en este sentido se indica que una vez registrada la solicitud, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje. La constitución del Tribunal de Arbitraje tendrá lugar en la fecha en que el Secretario General, notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento.

El Tribunal de Arbitramento, está constituido por un *árbitro único* o de un *número impar de árbitros*, nombrados según lo acuerden las partes, puede darse el caso de que exista un *acuerdo previo* respecto al número de árbitros y al método de constitución del Tribunal, siendo lo habitual indicarlo en la solicitud de arbitraje.

No obstante lo anterior, puede ocurrir que las partes no lleguen a un acuerdo en lo que respecta al número de árbitros, en este caso se prevé que el tribunal se constituya por tres árbitros, designados, uno por cada parte y un tercero será nombrado de común acuerdo. El artículo 38 del Convenio, contiene una regla especial que permite completar la constitución del tribunal en los casos, en que se dilate después de haber ocurrido los 90 días siguientes a la notificación del acto de registro de la solicitud.

Sustitución de Árbitros:

En caso de producirse una vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un árbitro, deberá cubrirse en la forma prevista en los artículos 37 a 40 del Convenio; esto es, que si un árbitro nombrado, por alguna de las partes renuncia, sin el consentimiento de la comisión o tribunal, el presidente del consejo administrativo, nombrará la persona que deba sustituirle de la lista que posee el Centro.

Recusación de árbitros:

Cualquiera de las partes, podrá proponer a la comisión o tribunal correspondiente, la recusación de cualquiera de sus miembros, en caso de no cumplir con las cualidades exigidas en el Convenio. La propuesta de recusación deberá presentarse sin demora al Secretario General y en todo caso antes de que se cierre el procedimiento, indicando la parte y las causas en que se funda. La decisión sobre la recusación de un árbitro, se adoptara por los demás miembros de la comisión o tribunal, según los casos, pero, en caso de existir empate de votos o tratarse de la recusación de un árbitro único, o de la

mayoría de los miembros de una comisión o tribunal, corresponderá resolver al Presidente del Consejo Administrativo (art. 58 Convenio).

3) Facultades del Tribunal de Arbitraje

Dentro de las funciones del Tribunal de Arbitraje, básicamente se encuentran las siguientes, de acuerdo a las facultades previstas en el artículo 41.1 y las ss del Convenio.

“Determinar inicialmente la competencia para conocer el asunto que se le presenta.

Decidir sobre a) la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes, b) en caso de faltar el referido acuerdo, aplicara la legislación del Estado que sea parte en la diferencia.

En cuanto a la aportación de documentos y pruebas, el Tribunal podrá: a) solicitar a las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba, b) trasladarse al lugar en que produjo la diferencia y practicar en el, las diligencias de prueba que considere pertinentes”.

En cuanto a funcionamiento del Tribunal de Arbitraje, deberá celebrar su primera sesión en el término de 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otra cosa.

El Tribunal igualmente, podrá recomendar la adopción de medidas provisionales especificando los derechos que se deben proteger con esta medida.

4) Laudo

Los artículos 48 a 55 del Convenio, regulan las cuestiones relativas a la emisión del laudo, a continuación se relacionaran las fases desde su emisión hasta su reconocimiento y ejecución, así:

a) Emisión

El laudo que contiene la decisión del tribunal sobre el diferendo, deberá emitirse por escrito y llevara la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado a su favor (mayoría simple); los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario en el caso que no estén de acuerdo con la misma. El plazo para emitir el laudo es dentro de los 120 días siguientes al cierre del procedimiento, término que puede ser ampliado por el tribunal por 60 días más.

El contenido del laudo, se encuentra establecido en la regla de arbitraje 47.1 que estableciendo: a) la identificación de cada parte, b) la declaración que el Tribunal ha sido constituido de acuerdo al convenio c) los nombres de los miembros del Tribunal d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes, e) fecha y lugar de las sesiones del Tribunal, f) resumen del procedimiento, g) resumen de los hechos, h) las pretensiones de las partes, i) la decisión del Tribunal de manera motivada j) decisión sobre las costas procesales.

b) Aclaración, revisión y anulación del laudo

Frente a la aclaración del laudo, el artículo 50.1 del Convenio afirma: "*si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas*

podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al secretario General". La solicitud de aclaración deberá ser dirigida al Tribunal que dictó el Laudo.

Del mismo modo cualquiera de las partes podrá pedir la revisión del laudo, mediante escrito dirigido al Secretario General, con base en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo. El plazo para presentar la solicitud es de 90 días contados a partir del descubrimiento del hecho, sin que exceda de tres años a la fecha de emisión del laudo.

En lo que respecta a la anulación del laudo, puede ser instada por cualquiera de las dos partes mediante escrito dirigido al Secretario General. Dicho escrito deberá estar fundado en las siguientes causas: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente, b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades, c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal, d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, e) que no se hubiere expresado en el laudo los motivos en que se funde. El plazo para presentar la solicitud de anulación es de 120 días contados desde la fecha en que se dictó el laudo.

c) Reconocimiento y ejecución

El laudo emitido será obligatorio para las partes, quienes no podrán interponer apelación, ni ningún otro recurso, salvo los supuestos ya analizados en la anulación, las partes acatarán y cumplirán el laudo en todos sus términos, salvo aquellos casos en que se

suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en el convenio. Vale la pena destacar que los laudos emitidos por el CIADI, no requieren de ningún tipo de homologación como el exequátur.⁶³

3.5.2 Cláusulas del Proceso de Arbitramento.

Teniendo en cuenta que si bien es cierto, que entre las alternativas de resolución de conflictos está la posibilidad por las partes, Estado Contratante y Nacional de otro Estado Contratante, de someter sus diferencias al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI, el cual posee mecanismos como el arbitraje y la conciliación para arreglar las diferencias; también lo es que existen *riesgos de naturaleza jurídica*, no solo para el Estado contratante, sino también para los inversionistas, quienes deben dar el consentimiento de que las diferencias sean adelantadas por este organismo internacional.

Vale la pena señalar, que al momento que las partes dan el consentimiento para que el CIADI adelante el procedimiento de arbitraje, se hace menester que en el acuerdo de sometimiento las partes inscriban las cláusulas que sean necesarias, a fin de evitar riesgos que posteriormente van a causar problemas al momento de adelantar el procedimiento ante el Centro.

⁶³ Juris tantum Revista Boliviana de Derecho (2014), Versión impresa ISSN 2070-8157.

En ese orden de ideas, es importante relacionar los tipos de cláusulas básicas o especiales, que se hacen necesarias e indispensables para evitar riesgos, razón por la que se hará una relación de las mismas, para una mejor comprensión y frente a los temas más importantes, como por ejemplo, lo relacionado con la inversión, las partes, el derecho o sistema jurídico aplicable, los recursos frente a las decisiones del Tribunal, medidas provisionales; por mencionar algunos.

3.5.3 Clausulas básicas de sometimiento al CIADI

Una de las clausulas básicas, puede ser las referidas al consentimiento con respecto a diferencias futuras; según el Convenio, el consentimiento puede darse por anticipado respecto de una clase determinada de diferencias futuras, estas cláusulas son una característica ordinaria de los acuerdos de inversión celebrados entre los Estados contratantes e inversionistas que son nacionales de otros Estados contratantes.

Un modelo de clausula básica relacionado con el tema anterior, podría ser:

Clausula 1.

“El Gobierno de Colombia, en adelante denominado "Estado Receptor" y XX en adelante denominado el "Inversionista", convienen por el presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones, en adelante denominado "Centro", toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante (conciliación, arbitraje, conciliación seguida de arbitraje si la diferencia persiste después de la comunicación del informe de la Comisión de Conciliación a las

partes); de conformidad con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados, en adelante denominado "Convenio".

Otra clausula podría ser del consentimiento con respecto a diferencias existentes; en este sentido las partes acuerdan someter la diferencia al CIADI, para un arreglo mediante los mecanismos que establece el convenio, esto es, conciliación, arbitraje, conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro del plazo, después del comunicado sobre el informe de la comisión de conciliación.

a) Relativa al Tema de Inversión.

Por no haberse definido el término *"inversión"* en el acuerdo; por lo que las partes tienen libertad amplia, aunque no ilimitada, para determinar si la transacción a tratar, constituye o no tema de inversión.

b) Relativas a las Partes.

Cuando la parte que representa el Estado contratante, no es el propio gobierno sino tan solo un ente público, en ese caso el Estado contratante debe cumplir con algunos requisitos, según lo previsto en el artículo 25.1,3 del Convenio, como por ejemplo: *"La subdivisión política o el organismo público deben estar acreditados por el Estado contratante ante el centro y, el consentimiento dado por la subdivisión política o el*

organismo público, debe ser aprobado por el Estado y debe ser un consentimiento en cuya virtud el Estado ha notificado al centro que dicha aprobación es necesaria”.

c) Relativa a la Nacionalidad del Inversionista.

Si el inversionista es una persona natural, el Convenio exige que ella sea nacional de un Estado contratante distinto del Estado receptor, tanto a la fecha del consentimiento como en la fecha de registro de la solicitud de conciliación o arbitraje, y que en ninguna de las dos fechas mencionadas tenga la nacionalidad del Estado receptor. Para evitar ese riesgo, se debe hacer una cláusula especial donde las partes estipulen en el acuerdo, que el inversionista es nacional de otro Estado contratante.

d) Relativa al amparo de los derechos del inversionista después del pago de una indemnización. Esta cláusula es de especial cuidado, teniendo en cuenta que varios Estados han establecido, a través de sus entidades públicas, planes para asegurar a sus nacionales contra las pérdidas que puedan sufrir en relación con las inversiones extranjeras.

e) Relativas a la Constitución del Tribunal de Arbitramento.

Para evitar riesgos que conlleven a decisiones que comprometan cuantiosos recursos de la Nación, es importante, determinar cláusulas relacionadas con la constitución del Tribunal, pues de acuerdo al Convenio las partes tienen plena libertad para constituir el Tribunal de la manera que lo deseen, incluso si no se ha llegado a un acuerdo frente a este evento, la regla de arbitraje 2 determina un procedimiento para convenir en la

manera de constituir el Tribunal, sin embargo si las partes no pueden llegar a un acuerdo, cualquiera de ellas, una vez vencido el termino de 60 días, podrá invocar la formula automática prevista en el artículo 37.2 del Convenio.

e) Relativa al Derecho aplicable en el procedimiento de Arbitramento.

También es importante establecer clausulas especiales frente al derecho aplicable, esto es la especificación del sistema jurídico, teniendo en cuenta que el Convenio establece en el artículo 42, que el Tribunal decidirá las diferencias según las normas de derecho acordadas por las partes, por lo que estas tienen plena libertad para convenir en la aplicación de las normas de derecho que deseen, trátese de derecho estatal o internacional o una combinación de ambos.

f) Relativa a los recursos que proceden frente a las decisiones del Tribunal.

Otra clausula especial que evita riesgos en el procedimiento de arbitramento ante el CIADI, tiene que ver con los recursos, para permitir que en casos puntuales se pueda hacer ejercicio de este mecanismo procesal, pues en la normatividad del convenio se establece que *"salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje...se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso"*.

Así mismo, frente al tema de los recursos se podría estipular una clausula especial que exija el agotamiento de la vía administrativa o judicial, como condición del sometimiento a la jurisdicción del CIADI. Por lo tanto y debido al alto riesgo que se corre por parte del

Estado al momento de firmar un acuerdo sobre el consentimiento de presentar las diferencia ante el CIADI, es menester revisar con especial cuidado, no solo en los puntos que se han señalado anteriormente, sino además en otros temas que son de vital importancia, como lo referente a la medidas provisionales que salvaguarden los derechos de las partes como lo establece el artículo 47 del Convenio.

3.5.4 Clausulas especiales – Renuncia de la Inmunidad.

Como Cláusulas Especiales se presentan aquellas relacionadas con la renuncia de la inmunidad en la ejecución del laudo, pues a pesar de existir la prohibición en el artículo 54 y 55 del Convenio, cualquier Estado podría renunciar mediante una estipulación expresa en una clausula especial; al igual que lo referente a la división de costas y al lugar de tramitación del proceso.

3.6 REFLEXIONES SOBRE LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA CIADI

3.6.1 Críticas al sistema CIADI.

Desde su creación se le ha hecho diversas críticas al Centro, las que incluyen de manera genérica las siguientes: una limitada jurisdicción de sus actividades de arbitraje y conciliación, su incipiente jurisprudencia, los inadecuados recursos disponibles en relación con la demanda de sus servicios, el general desconocimiento de esta agencia en relación con otras instituciones multilaterales, las diferencias culturales y la poca participación de los países subdesarrollados en la constitución de árbitros para los

procesos arbitrales; sin dejar de mencionar las medidas provisionales y la falta de recursos a los laudos.

Una de las razones por las cuales el sistema CIADI, no admite someterse a control de otras jurisdicciones es la autonomía de la jurisdicción del Centro, y en consecuencia al no existir recursos frente a los laudos, no se genera jurisprudencia como precedente, por lo que se hace necesaria la implementación de un recurso de apelación.

En ese orden de ideas, en el evento que el laudo viole normas de orden público, tanto nacionales como internacionales, se presenta el problema sobre el cumplimiento del laudo, teniendo en cuenta que el convenio de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CDNUDMI), establece que si el laudo pronunciado por el Tribunal Arbitral, es contrario a algunas de las normas del país, el fallo sería inejecutable.

Otro de los problemas que se presenta con la operatividad del CIADI, tiene que ver con la nacionalidad de las partes, pues para que el Centro conozca de una controversia, esta debe cumplir con los siguientes requisitos: i) que la controversia surja directamente de una inversión, ii) que la disputa se plantea entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del convenio y iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al Tribunal del CIADI. La nacionalidad por lo tanto, juega un rol fundamental a la hora de determinar la jurisdicción del Centro. Al respecto el artículo 25 de la Convención prescribe: se entiende como nacional de otro Estado contratante: toda persona natural que tenga en la fecha en que las partes

consistieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje. Al igual que toda persona jurídica, que a la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que teniendo en referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometido a control extranjero.

A manera de conclusión, que a pesar que el mecanismo que se ha perfilado con mayores ventajas comparativas a la hora de resolver las controversias suscitadas entre el inversor de un Estado y un Estado receptor de la inversión, ha sido el amparado en las normas CIADI. Una de las razones para ello consiste en que desde sus inicios este sistema pretendió la armonización entre los intereses de los Estados y de los inversores externos.

Sin embargo, el diseño del sistema de solución de controversias estado inversor extranjero demuestra que, tal como se encuentra definido en los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, su permeabilidad puede dar lugar a eventuales abusos por parte del inversor extranjero en desmedro de los países en desarrollo. Esto por cuanto no se contiene los resguardos necesarios para evitar la comisión de abusos, lo que en definitiva puede atentar contra el objeto y fin para el que fue concebido.

Entre los mayores obstáculos a su utilización se encuentran: i) la exacerbada autonomía del sistema CIADI, que no permite la revisión de sus laudos respecto de cuestiones de fondo, ii) la aplicabilidad de estándares mínimos de derecho internacional con independencia de la voluntad de las partes, que puede prestarse para la vulneración de

esta última y iii) la concesión de demasiadas garantías a los inversores, sin que ellas se encuentren suficientemente delimitadas.

En suma, si bien el mecanismo actualmente constituye una valiosa herramienta a la hora de enfrentar los conflictos suscitados a partir de las inversiones internacionales, es también cierto que se puede perfeccionar y la labor deber ser precisamente hacia ello, para así conseguir un desarrollo económico cualitativo de los países de la región.

3.6.2 Ventajas del Sistema Arbitral ante el CIADI.

El sistema arbitral del CIADI, se caracteriza fundamentalmente por un *sometimiento voluntario* específico de la controversia de naturaleza jurídica suscitada entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión al Centro. De otra parte, el arbitraje celebrado ante el CIADI es *autónomo e independiente*, en la medida en que no está sometido a ninguna institución nacional. Es decir, las reglas del arbitraje del CIADI son independientes del derecho nacional, y no son sujeto de control por parte ninguna de las jurisdicciones o tribunales nacionales; en efecto, los únicos controles que existen son aquellos bajo el Convenio, como lo es el efectuado por el Secretario General al momento de presentarse la solicitud de arbitraje.

Otra de las características que merece ser destacada del procedimiento de arbitraje son la *flexibilidad y eficacia*; flexibilidad porque el propio Convenio permite a las partes adecuar el desarrollo del procedimiento a sus necesidades, la autonomía privada de que gozan las partes en la configuración del procedimiento, se proyecta a cuestiones como:

i) La elección del derecho aplicable por los árbitros, ii) la designación de los miembros del Tribunal Arbitral.

La eficacia del procedimiento, por su parte pretende garantizar la irrevocabilidad del consentimiento, como lo establece el artículo 25.1 del Convenio, "*el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*"; es decir, que una vez prestado el consentimiento por ambas partes el procedimiento de arbitraje se pone en marcha, y solo podrá paralizarse mediante acuerdo de aquellas, sin que pueda tener validez la renuncia efectuada por una sola de las partes.

CONCLUSIONES CAPITULO III

1- El Sistema Arbitral del CIADI, se caracteriza fundamentalmente por un *sometimiento voluntario* específico de la controversia de naturaleza jurídica suscitada entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión al Centro.

2- Que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), es *autónomo e independiente*, en la medida en que no está sometido a ninguna institución nacional. Es decir, las reglas del arbitraje del Centro son independientes del Derecho Nacional de cualquier país miembro, y no son sujeto de control por parte ninguna de las jurisdicciones o Tribunales Nacionales.

3- Que teniendo en cuenta que si bien es cierto, que entre las alternativas de solución de conflictos está la posibilidad por las partes de someter sus diferencias al Centro

Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI, el cual posee mecanismos como el arbitraje y la conciliación para arreglar las diferencias; también lo es que existen *riesgos de naturaleza jurídica*, no solo para el Estado contratante, sino también para los inversionistas, quienes deben dar el consentimiento que las diferencias sean adelantadas por este organismo internacional.

CAPITULO IV

NUEVOS ESCENARIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

INTRODUCCION:

Cuando se abordó el tema sobre la responsabilidad del Estado en el derecho interno, en aquella oportunidad se advertía que para el estudio de dicha responsabilidad estatal, se hacía necesario revisar algunos de los regímenes de responsabilidad del Estado, presentados por la jurisprudencia y la doctrina, en los que el Estado Colombiano podría responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado; así fue como se trataron temas como la responsabilidad contractual y extracontractual; y se revisaron conceptos como: *falla probada del servicio*, *falla presunta*, *daño especial*; que fueron fundamentales en el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado y el concepto de daño antijurídico prescrito en la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, el tema que nos atañe en este capítulo hacer alusión a la responsabilidad del estado pero en el escenario internacional, para lo cual se hace necesario revisar el procedimiento arbitral ante la jurisdicción del CIADI, a fin de establecer las posibles fallas que se dan por parte del estado colombiano, desde la aprobación de los tratados de libre comercio en el campo de inversiones minero energético, hasta los mecanismos de defensa utilizados por el estado colombiano cuando es objeto de esta jurisdicción, lo que conlleva a identificar los nuevos escenarios que se dan con ocasión de los

incumplimientos de los tratados, acuerdos y convenios aprobados por el gobierno colombiano para evitar responsabilidades del estado al cancelar los contratos que fueron otorgados con anterioridad a la declaración de dichas zonas de explotación minera como de protección especial.

4.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN MATERIA DE INVERSIONES

Para tratar el tema de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento a los tratados internacionales en materia de inversiones, es pertinente hacer mención a las “*objeciones*” que presentan los Estados, parte que integra el Convenio del CIADI, pues es muy común que los Estados demandados presenten objeciones a la jurisdicción del Tribunal CIADI, por lo cual, se plantearán algunos problemas tomados de la práctica arbitral y sus posibles respuestas en torno a la determinación de su jurisdicción y competencia, lo cual se considera importante para identificar posibles escenarios de controversia frente a los procesos arbitrales presentados por los Estados, al inicio del proceso arbitral.

1.- Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI.

Con el propósito de contextualizar el tema de las “*objeciones*”, es pertinente advertir que todo tribunal arbitral constituido bajo las reglas del centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia, respecto de las controversias que le han sido planteadas, para ello el

Tribunal deberá analizar los instrumentos internacionales con los que cuenta, esto es: El Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados (Convenio de Washington), los Contratos celebrados entre las partes, el Tratado de Inversión, las normas de derecho internacional sobre los tratados, las normas de derecho interno, según el caso.

Las objeciones presentadas ante la jurisdicción del Centro, conducen al Tribunal Arbitral, en primer lugar a determinar si las partes (Estado – Inversor) cumplen con los requisitos exigidos por el convenio para someter las controversias respecto de las cuales han dado su consentimiento al procedimiento de arbitraje presentado, en segundo lugar, es necesario determinar si el instrumento normativo invocado resulta aplicable al caso concreto, en atención a las materias cubiertas por este y el convenio de Washington, y por último, si las reclamaciones enunciadas por la parte demandante, en su solicitud de arbitraje, se produjeron dentro del ámbito de aplicación temporal del instrumento que contiene la cláusula de resolución de controversias.

Uno de los temas que es objeto de estudio por parte del Tribunal de Arbitramiento, tiene que ver con la *ratificación del tratado*; en relación con este problema se hace referencia a aquellos casos en los cuales uno de los estados al momento de la firma del contrato de inversión, incluye una cláusula de resolución de controversias ante la jurisdicción del CIADI, pero el Estado o inversor no es parte del convenio de Washington, a su vez se pueden presentar otras dos situaciones: que el inversor es nacional de un Estado que no es parte del convenio, el escenario se dificulta, ya que el perfeccionamiento del

consentimiento, no depende de la voluntad del inversor sino del Estado del cual es nacional.

Un problema que se presenta con relación a la objeción de la jurisprudencia del Tribunal, tiene que ver con la función que desempeñan las agencias estatales del Estado receptor de la inversión, por lo que se requiere de especiales consideraciones a la hora de analizar si el consentimiento del Estado receptor fue debidamente otorgado de conformidad con el derecho de dicho Estado. Así respecto al Estado y sus entes se pueden generar tres tipos de problemas: La facultad de convenir el arbitraje, la capacidad para firmar una cláusula compromisoria y la condición de disponer sobre el procedimiento de arbitraje en contratos de inversión. Estas condiciones de arbitramento son importantes ya que podrían provocar tanto la inadmisibilidad del arbitraje como la nulidad del mismo.

En materia de objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI, por razón de los sujetos, un nuevo problema se planteó frente a China en el año 2007⁶⁴, en el primer caso, en el cual interviene un nacional de este Estado contratante desde el año 1993, cuando China se hizo parte del convenio de Washington, se trata de un inversor de Hong-Kong, quien solicitó el arbitraje CIADI, alegando que el gobierno de Perú había expropiado su empresa, destinada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación al mercado asiático. La cuestión principal se centró en determinar si el Tribunal CIADI, tenía la jurisdicción para conocer de la disputa planteada por un nacional, de la región administrativa especial de Hong Kong, para lo cual era necesario determinar

⁶⁴ Asunto Tza Yap Shum vs. Perú (ICSID, case No. ARB/07/6), decisión sobre jurisdicción del 19/06/2009.

si el TBI (tratado Bilateral de Inversión) China – Perú, resultaba directamente aplicable a este, ya que se trata de un país con dos sistemas.

Otro de los problemas presentados con la jurisdicción ante el Centro, se presenta con la nacionalidad del inversor como nacional de otro Estado contratante.

Las objeciones a la jurisdicción arbitral ante el CIADI, con el inversor nacional de otro Estado contratante, consisten en determinar si quien inicia un arbitraje ante el Centro puede ser considerado un nacional de otro Estado contratante. La primera problemática gira en torno a la determinación de la nacionalidad de la persona que realiza la inversión, para lo cual debe distinguirse entre persona natural y persona jurídica. En los tratados de inversión, la definición típica de inversor persona física hace referencia a un nacional de una parte reconocida como nacional o ciudadano por el ordenamiento jurídico interno de esa parte. Además, en algunos tratados de inversión la noción de inversor también comprende a los residentes permanentes de dicho Estado parte.

Así el tema de la nacionalidad de las personas físicas en el arbitraje de inversiones, no presenta mayores particularidades para el derecho internacional de inversiones, por lo cual le corresponde al sistema jurídico del Estado del cual es nacional el inversor, fijar los extremos que determinan la nacionalidad.

Cuando la objeción hace relación a la materia, el Tribunal deberá establecer si la reclamación planteada por el demandante, se enmarca en la manifestación de

consentimiento del demandado, de someterse al arbitraje; las objeciones a la jurisdicción que suelen presentarse vinculadas con estos aspectos, consiste en determinar si la reclamación planteada es una diferencia de naturaleza jurídica y si esta surge directamente de una inversión, en los términos del artículo 25 (1) del convenio de Washington: si la controversia versa sobre materias que han sido excluidas por el Estado demandado de conformidad con el artículo 25(4) del convenio, o bien si coexisten más de un mecanismo de controversias entre las partes.

En suma, la práctica arbitral se ha enfrentado a innumerables problemas interpretativos, a la hora de establecer directrices a la jurisdicción sobre la base el artículo 25 del Convenio y del instrumento específico bajo el cual se alega dicha jurisdicción, ya sea en un contrato, una ley interna o un tratado de inversión.

Si bien la mayoría de las inversiones se establecen a través de un contrato celebrado con el Estado receptor, la proliferación de tratados de inversión contentivos de garantías de promoción y protección de inversiones con características generales, las cuales dejan un amplio margen al intérprete, ha generado confusiones a la hora de delimitar cuando se está en presencia de una controversia en materia de inversión, amparadas por una cláusula de resolución de controversias contenida en un tratado de inversión que le permite al inversor el acceso directo al CIADI.

En la resolución de controversias en materia de inversión, la jurisprudencia arbitral ha dejado dos importantes enseñanzas. La primera, el aumento en el número de diferencias

en materia de inversión, ha puesto en duda la conveniencia de negociar tratados de inversión con disposiciones amplias e imprecisas que deleguen en los tribunales arbitrales la labor de interpretar su significado. La segunda, se centra en replantear la necesidad de los países, en atender no solo a la redacción del tratado, sino también a la relación de este con los convenios de arbitraje, contenidos en el mismo y en los contratos entre el inversor y el Estado receptor a la hora de negociar un acuerdo de inversión.

2.- Consentimiento del Estado frente al Arbitraje del CIADI

Otro de los temas, que es fundamental para establecer los nuevos escenarios de controversia tiene que ver con el consentimiento estatal frente al arbitraje del CIADI. El informe anual del CIADI, correspondiente al ejercicio 2012 (julio 2011 – junio 2012)⁶⁵, muestra como treinta y muchos de los casos registrados en ese año, se iniciaron en el marco de la convención de Washington y dos casos en el marco de las reglas del mecanismo complementario, el mayor número de arbitrajes registrados en un mismo ejercicio fiscal. En muchos de los casos administrados por el Centro, durante este último ejercicio, se interpusieron objeciones a la jurisdicción del CIADI, para conocer de las controversias vinculadas con el consentimiento del Estado receptor.

A continuación se analizan cada uno de los instrumentos mediante los cuales los estados manifiestan su consentimiento al arbitraje del CIADI, ya sea a través de un contrato de

⁶⁵ Informe CIADI 2012, consultado en <http://icsid.worldbank.org>, el Ciadi publica semestralmente sus estadísticas a través de un reporte denominado casos del Ciadi, estadísticas, en la edición 2013_I se informa que para el año calendario 2012 se registraron cuarenta casos bajo el convenio de Washington y ocho bajo el reglamento del mecanismo complementario.

inversión o de una oferta realizada por el Estado, en la legislación interna o en un tratado de inversión.

a) Consentimiento dado a través de un Contrato de Inversión.

Los Contratos de Inversión por lo general son acuerdos de Estado, esto es, una convención celebrada entre el Estado o una entidad estatal y un nacional extranjero (persona física o jurídica), mediante el cual se crea una organización de conformidad con el derecho del Estado receptor, en la cual se le confiere el control de una actividad económica. Estos contratos tienen especial importancia en los países en desarrollo con altos flujos de inversión extranjera directa. Una de las formas más habituales de contratos de Estados, son los denominados contratos de concesión, en los cuales pueden incluirse una cláusula mediante la cual las partes manifiestan su consentimiento de someter sus controversias, presentes o futuras, a un arbitraje internacional administrado por el CIADI, ya sea que la cláusula se incluya el mismo documento, en documentos separados o a través de un intercambio de comunicaciones.

En varios casos, se ha discutido si el consentimiento otorgado a través de un contrato de inversión, es capaz de atribuir jurisdicción a un Tribunal CIADI. En el caso *CESKOSLOVENSKA OBCHODNI BANKA, A.S. vs REPÚBLICA ESLOVACA* (en adelante, caso CSOB), el acuerdo de consolidación firmado entre las partes, preveía en su art. 7° que el mismo deberá estar regido por el derecho de la Republica Checa y el tratado sobre promoción y mutua protección de inversiones entre la Republica Checa y la República Eslovaca del 23 de noviembre de 1992.

b) Consentimiento otorgado por el Estado receptor en su legislación interna.

La incorporación del arbitraje CIADI, en la legislación sobre promoción y protección de inversiones de los estados, se ha constituido en una práctica habitual admitida por el Centro. Esta modalidad en la mayoría de los casos constituye una oferta de consentimiento por parte del Estado, para someter sus diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del Centro. Esta oferta no produce ningún efecto hasta que la misma no es aceptada por escrito por el inversor, de acuerdo con las particularidades que disponga cada legislación o simplemente se cumplirá con este requisito, iniciando un procedimiento arbitral ante el CIADI, mientras la legislación se encuentre vigente.

Esto último resulta de suma importancia, una vez que nos encontramos ante una oferta unilateral del Estado receptor, esta podrá ser modificada en cualquier momento mediante un cambio legislativo. A menos que el inversionista hubiere aceptado la oferta de consentimiento ante el cambio legislativo, en cuyo caso el Estado estará obligado a evitar la controversia.

El primer caso, en el cual se planteó este problema fue en el caso SPP MIDDLE East, en efecto, el art. 8 de la Ley Egipcia No. 43 de 1974 establece:

“las diferencias sobre inversiones al respecto de la ejecución de las disposiciones de esta ley serán resueltas de la manera en que sea acordado con el inversor, o dentro del marco de los tratados en vigor entre la República Árabe de Egipto y el Estado del que es nacional el inversor o dentro del marco de la Convención sobre arreglo de diferencia relativas a inversores entre Estados y Nacionales de otros Estados al que Egipto se adhirió en virtud de la ley número 90 de 1971, cuando tal convención aplique (..).”

c) Consentimiento otorgado por el Estado receptor a través de un tratado.

El Estado puede manifestar su voluntad, de someter las diferencias en materia de inversión, a los procedimientos de CIADI, a través de un tratado que sea bilateral o multilateral. En la actualidad la mayoría de estos tratados con cláusulas de resolución de controversias Inversor – Estado en las cuales el Estado receptor de la inversión, realiza una oferta de consentimiento o un consentimiento avanzado. Dicha oferta deberá ser aceptada por parte del inversor extranjero para que pueda existir un consentimiento bilateral (Fernández masía, 2008: 551-552).

En Conclusión, el arbitraje administrativo por el CIADI, se ha convertido en el mecanismo más solicitado para resolver las controversias planteadas entre los Estados receptores de inversión e inversores extranjeros, por lo cual podría considerarse el juez natural de las inversiones extranjeras. El sistema CIADI, se sustenta en el consentimiento de las partes como piedra angular. Esto es que se requiere del común acuerdo del Estado receptor y del inversor extranjero para someter una diferencia a su resolución. El convenio de Washington no consideró a los tratados como instrumentos capaces de habilitar la instancia arbitral al inversor extranjero. El arbitraje internacional como garantía general del Estado a los inversionistas extranjeros, coloca a estos últimos en la situación general y abstracta propias de los efectos de una norma, en una posición subjetivo e individualizada propia de un contrato.

El sistema CIADI, en algunos casos, ha desbordado las legítimas expectativas de las partes, las cuales de mutuo acuerdo se someten al arbitraje internacional administrado

por dicho Centro. En efecto, en algunos casos se ha considerado aplicable la cláusula de la nación más favorecida, a los aspectos jurisdiccionales con lo cual, cualquier inversor nacional de un tercer Estado con el Estado receptor hubiere firmado un TBI con condiciones menos favorables, amparado en el estándar internacional de la nación más favorecida, podría pretender la aplicación de dicha cláusula, al considerase legitimado para iniciar un arbitraje ante el CIADI.

4.2 ESTUDIO DE CASOS PRESENTADOS ANTE EL CIADI

4.2.1 CASO COSIGO - Colombia

El TLC entre Colombia y Canadá, género grandes expectativas ya que históricamente entre estos dos países se ha desarrollado un interés mutuo tanto político como económico; el TLC entre ambos países entró en vigencia el 15 de agosto de 2011, por lo tanto los productos Colombianos han podido ingresar al mercado Canadiense sin necesidad de pagar aranceles.

Para los dos países es importante el tema de inversiones; Canadá ha demostrado gran interés por sus relaciones comerciales con los países de América latina y el Caribe y Colombia está en un proceso de apertura económica, en el que ha mostrado su interés por participar en diferentes acuerdos económicos. De otra parte, Canadá es un país con una gran capacidad de inversión de capitales en nuestro país, en sectores como las telecomunicaciones, la minería, los servicios financieros en general, y además se implementaron las regulaciones en el tratado que garantizan la seguridad y brindan

respeto a las transacciones monetarias, promoviendo el aumento de la inversión extranjera.

En suma, ya han pasado varios años desde que entró en vigencia el TLC con Canadá y la relación entre los dos países ha mejorado a raíz de este acuerdo; según Ricardo Duarte⁶⁶,

“Hay una presencia más profunda de los Canadienses en Colombia, con inversiones e intereses en sectores como la infraestructura, financiero, minero energético, entre otros. Han elegido a Colombia para su plan global de comercio y somos uno de los países en los cuales Canadá ha centrado su cooperación, apoyo empresarial y facilitación del comercio”.

No obstante lo anterior, Colombia enfrenta una compleja coyuntura en materia internacional, debido a las cuantiosas demandas que podría afrontar en los Tribunales de Arbitramento internacionales a causa de los incumplimientos en los Tratados Libre Comercio. Tal es el caso de las mineras *GLENCORE*, *ECO ORO* Y *COSIGO RESOURCES*, esta última con una polémica pretensión que supera los US 16.500 millones, al igual que la multinacional de telecomunicaciones América Móvil, Matriz de Claro, demandas que ya han sido notificadas al gobierno Colombiano, por lo que a su juicio consideran que se debió a la inseguridad jurídica, y podrían verse avocados a una expropiación o la violación a un trato justo y equitativo establecido en los acuerdos firmados.

⁶⁶ Duarte, Ricardo, Integrante del equipo negociador del TLC entre Canadá y Colombia

La empresa canadiense *COSIGO*, constituida por las empresas *COSIGO RESOURCES (CANADA)*, *COSIGO RESOURCES (Colombia)* y *TOBIE MINING AND ENERGY INC. (USA)*, entablaron demandas en contra del Estado Colombiano que superan los US 16.500 millones de dólares, porque según los demandantes, no pudieron explotar la concesión minera de oro en el departamento del Vaupés, frontera con Brasil, pues la zona se convirtió en parque natural. De acuerdo con la firma de abogados *LATIN LAWYERS*, los demandantes de *COSIGO* han invocado el TLC que han firmado con Colombia, por lo que solicitaron un Tribunal de Arbitramento con sede en Houston Texas (USA) y designaron a *Brian Coleman*, socio de *DRINKER BIDDLE Y REALTH*, como árbitro oficial; también pidieron que la Asociación Americana de Arbitraje sea la autoridad arbitral en la millonaria demanda.

Según información del portal, *INVESTMENT ARBITRATION REPORTER*, los demandantes argumentan que la autoridad minera le dio la aprobación legal al proyecto en diciembre de 2008, sin embargo señalan que después de una inexplicable demora de cinco meses, le dijeron que no podían seguir con la concesión minera a partir del 29 de octubre de 2009. En la notificación de acuerdo con el portal, los demandantes también establecen que el mismo día en que fueron notificados de la suspensión de actividades se publicó una resolución que creó el *YAIGOJI APAPORES* como parque nacional. Para las mineras, afirma el reporte, la inexplicable demora fue un intento deliberado por parte de las autoridades nacionales, para retrasar las aprobaciones del proceso hasta que el parque pudiera quedar establecido, pero están poniendo una sombra sobre la concesión minera ya firmada.

4.2.2. CASO OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION - ECUADOR⁶⁷

El 17 de mayo de 2006, Occidental *PETROLEUM CORPORATION* OPC y Occidental *EXPLORACIÓN and PRODUCTION* Company OEPC, presentaron ante el CIADI, una solicitud de arbitraje en virtud del convenio del CIADI, contra la república de Ecuador y la empresa estatal Petróleos del Ecuador. La diferencia entre las partes se relaciona con la caducidad de un contrato de participación de 1999 entre *OEPC Y PETRO-ECUADOR*, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la región amazónica ecuatoriana, la solicitud de arbitraje invocaba el consentimiento del Ecuador al arbitraje del CIADI, previsto en el tratado de 1993, entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre promoción y protección recíproca de inversiones y el consentimiento de *PETRO-ECUADOR* al arbitraje del *CIADI*, previsto en el contrato de participación.

El 22 de mayo de 2006, el CIADI, acusó recibo de la solicitud de arbitraje y envió copias de la solicitud de arbitraje con documentación adjunta a la República de Ecuador y *PETRO-ECUADOR*. El 13 de julio de 2006, el secretario general interino del CIADI, de conformidad con el artículo 36(3) del convenio, registró la solicitud de arbitraje y notificó a las partes, el acto de registro bajo el número de caso CIADI ARB/06/11 de 2006.

⁶⁷ Caso CIADI ARB/06/11, demandante Occidental Petroleum Corporation OPC, occidental Exploration and Production Company OEPC, Demandado la república de Ecuador.

Mediante carta del 29 de septiembre de 2006, las demandantes informaron al Centro que habían seleccionado el método para la Constitución del Tribunal, se constituiría con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero que presidiría el tribunal, de común acuerdo.

HECHOS:

El arbitraje se refiere a diversos supuestos incumplimientos por parte del Ecuador conforme a la legislación interna y el derecho internacional especialmente bajo el tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Las demandantes fundan su reclamo en un acuerdo denominado “*contrato de participación*” de fecha 21 de mayo de 1999, celebrado entre la *OEPC, ECUADOR Y PETRO-ECUADOR* en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos en lo que ha denominado “*Bloque 15*” en la Amazonia ecuatoriana, y abarca aproximadamente 200.000 hectáreas se encuentra ubicada en la región productora de petróleo más prolífica del Ecuador donde hay yacimientos petrolíferos.

El 15 de mayo de 2006, el ministro de energía y minas del Ecuador, dictó el decreto de caducidad del contrato de participación, lo que dio lugar a la terminación del contrato de participación. La reparación pretendida por las demandantes se encuentra descrita en la solicitud de arbitraje en los siguientes términos.

Pretensiones: Las demandantes solicitan que se dicte un laudo en su favor, por el cual, a) se declare que las demandadas han incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les imponen el contrato de participación, los acuerdos operativos, el tratado y el derecho ecuatoriano e internacional, b) se ordene a las demandadas que declaren nulo

y carente de valor, el decreto de caducidad y restablezcan plenamente los derechos de OEPC conforme al contrato de participación y a los acuerdos operativos c) se ordene a las demandadas que indemnicen a las demandantes por todos los daños y perjuicios causados por sus incumplimientos, incluidos los costos y gastos de este procedimiento que se determinaran en la audiencia y que a juicio de las demandantes superaran los US 1000 millones d). Se ordene a las demandadas que paguen a las demandantes intereses por todas las sumas que sean condenadas a pagarles, cuyo monto se determinara en la audiencia y que disponga toda otra reparación admisible y apropiada en las circunstancias del caso.

RESPUESTA A LA DEMANDA DE ECUADOR:

La demandada negó las acusaciones de incumplimiento y presentó una reconvenición en la que planteaba lo siguiente: 1) se declare que Ecuador ha incumplido con todas sus obligaciones en virtud del contrato de participación, de la ley de Ecuador y del tratado y rechace todas las reclamaciones de los demandantes con pérdida del derecho a un nuevo juicio 2) declare que las demandantes han violado el contrato de participación al utilizar canales diplomáticos en interponer recursos frente al gobierno de los Estados Unidos, en relación con los conflictos derivados de o relacionados con el cumplimiento del contrato de participación, contraviniendo la cláusula. 3) declare que las reclamaciones de las demandantes en este arbitraje no fueron hechas de buena fe y por el contrario se alegaron ya sea por negligencia o con el fin de causar algún daño al Ecuador, daño que de hecho fue ocasionado. 4) declare que Ecuador sufrió daños y

perjuicios derivados de la violación del contrato por parte de las demandantes, de las reclamaciones de mala fe/ abuso del derecho de la destrucción del funcionamiento del Bloque 15 y de la negativa a pagar los cargos por cesión y ordene a las demandantes a pagar por tales daños y perjuicios un monto sujeto a prueba. 5) ordene a las demandantes pagar intereses sobre este monto según tasas legales vigentes. 6) ordene a las demandantes pagar los gastos correspondientes a este arbitraje, incluidos todos los costos pagados al CIADI y al tribunal junto con los honorarios y erogaciones de los abogados ecuatorianos así como los intereses sobre los cargos mencionados.

POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES:

El principal argumento de los demandantes, es que la caducidad del contrato de participación se declaró sin justa causa, es decir sin que mediaran fundamentos legales en función de lo dispuesto tanto en el propio contrato de participación como en el derecho ecuatoriano, manifestaron que el decreto de caducidad no constituía una respuesta de buena fe frente al repudio de los intereses contractuales del Ecuador. Al referirse a los presuntos cambios de posturas sobrevinientes alegados por la demandada, las demandantes sostienen que las pruebas demuestran que el decreto de caducidad se dictó en el afán de encontrar una excusa para llegar a la decisión predeterminada de expulsar a OEPC de Ecuador.

Las demandantes alegan que debido a su importancia política, el procedimiento administrativo de caducidad se vio empañado de principio a fin y manifiestan que poco importa que se haya producido o no una causal de terminación en las circunstancias

particulares del caso, dado que tanto el derecho internacional, como el derecho ecuatoriano proscriben la caducidad unilateral de un contrato con el gobierno, si como es este el caso, el supuesto incumplimiento siempre fue conocido y nunca objetado por el Estado y si, dicha caducidad es manifiestamente injusta, arbitraria, discriminatoria o desproporcionada.

POSICIÓN DE LOS DEMANDADOS:

La demandada califica como pura ficción a la postura de las demandantes en la medida en que se basó en un supuesto acuerdo inocuo que el gobierno conocía desde el principio. La demandada resume su apreciación de los hechos del caso en los siguientes términos: la operación de la OPC con AEC no tenía la naturaleza inocua que los demandantes sugieren; si requería aprobación por parte del ministerio de energía de Ecuador. De hecho los demandantes informaron en reiteradas oportunidades al gobierno, que la primera etapa de la negociación incluía solo la transferencia de lo que ellos llamaban un interés económico pasivo que no tenía ningún efecto en el contrato de participación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El Tribunal ha considerado cuidadosamente los informes de los expertos, los informes de las partes, así como la prueba oral presentada. El Tribunal también ha tenido en cuenta las presentaciones de las partes en torno a las reservas de bloque 15. Desde un comienzo el Tribunal observa que la estimación de reservas del NSAI, en su informe del

17 de septiembre de 2007, en la forma de un pronóstico de producción, es una práctica estándar en la industria. Las demandantes a fin de crear un perfil de producción arriesgada, aplicaron los porcentajes de riesgo estándar utilizados por la compañía y sus filiales en el curso ordinario de sus negocios en todo el mundo. El Tribunal es plenamente consciente que la demandada se basó, en los dos informes de su experto RPS SCOTIA ha declarado que existían numerosas deficiencias en el perfil de producción presentado por las demandantes. Es por ello, que el Tribunal concuerda con las demandantes. Sin embargo estas estimaciones de reservas en opinión del Tribunal, deben ser ajustadas, porque el modelo de daños de las demandantes se basa en algunos planes de producción, que no fueron aprobados y en supuestos que no eran realistas.

El decreto de caducidad, no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias del caso y que en consecuencia fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del artículo II, 3 (a) del Tratado.

4.3 POSIBLES FALLAS DEL SISTEMA CIADI.

Es oportuno hacer mención a las críticas hechas por el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, quien ha cuestionado el arbitraje que enfrenta el país suramericano con la petrolera estadounidense OXY⁶⁸. Durante su programa semanal "*enlace ciudadano*", el mandatario ha resaltado que el pueblo defenderá sus derechos ante el fallo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones (CIADI), que ha

⁶⁸ <http://www.hispannttv.com/noticias/ecuador/74177/petrolera-oxy-arbitraje-ciadi-correa>, 16/09/2016

sentenciado al Estado ecuatoriano a pagar 1.061.775 millones de dólares a la transnacional OXY.

Tras haber descrito de desigual el arbitraje, ha alabado los intentos de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para crear “*centros regionales*”, que a su juicio buscan realmente la justicia y no solamente los beneficios del capital internacional.

Dentro de los argumentos esgrimidos por el presidente ecuatoriano Correa, aduce “*hace 9 años la petrolera incumplió un contrato de exploración y explotación petrolera, lo que generó la caducidad del mismo, por lo que según la Procuraduría del Estado (PGE) no estaba sujeto a ningún arbitraje internacional, el tribunal argumento en cambio que la caducidad del contrato fue una medida desproporcionada*”. No obstante la propuesta de arreglo presentada por el gobierno ecuatoriano, el CIADI falló en contra de Ecuador, por lo que deberá pagar 1.000 millones a la petrolera OXY, logrando alguna reducción de la pretensión inicial (1.061.775 dólares).

Pues bien, con fundamento en los documentos analizados, relacionados con algunas decisiones tomadas por la jurisdicción del CIADI, en el tema de inversiones, especialmente en el caso de Ecuador con la empresa norteamericana *OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OPC*, y algunas de las objeciones presentadas por los estados parte con fundamento en el Convención de Washington, donde se pudo avizorar fallas que se presentan en el procedimiento arbitral que se adelanta ante la jurisdicción del sistema CIADI, en los temas de inversión; fallas que serán relacionadas según las objeciones que presentan las partes ante el sistema *CIADI*, por razón de los sujetos o Estados partes (Estado – Inversor), materia y por razones de tiempo, al igual que la poca

jurisprudencia del *CIADI*, debido a la falta de recursos de las decisiones que emite el Centro, al igual que la imposibilidad de aplicar las medidas precautorias, por mencionar algunas.

Otra de las fallas comunes que se presenta en el procedimiento arbitral ante el CIADI, se aprecia en las objeciones presentadas por la República del Salvador, en el caso PAC RIM CAYMAN LLC de fecha 03 de agosto de 2010, objeciones relacionadas con respecto a jurisdicción y competencia y admisibilidad bajo las reglas de arbitraje 41(1) del CIADI, en resumen las objeciones fueron las siguientes:

La República del Salvador, advierte que los reclamos de la empresa PACIFIC RIM o PAC RIM CAYMAN son inadmisibles debido al abuso procesal incurrido por PACRIM CAYMAN al cambiar su nacionalidad años después del surgimiento de la controversia legal y hacer uso de su nueva nacionalidad para iniciar este arbitraje, debido a que la empresa PAC RIM CAYMAN comparece ante el Tribunal del Centro como un nacional de los Estados Unidos. Sin embargo al momento de la notificación de arbitraje no reveló al Tribunal que ya no era un nacional de islas CAYMAN, sino de los Estados Unidos, generando un problema jurídico frente a la nacionalidad del inversor y por ende afecta lo acordado en el tratado de libre comercio suscrito con ese país caribeño conocido como el CAFTA suscrito el 13 de diciembre de 1997, entre la República del Salvador y la empresa PAC RIM CAYMAN, empresa con nacionalidad de las islas CAYMAN, para la explotación de recursos naturales en ese país y la violación a la Ley de inversiones de ese país en lo que respecta al consentimiento para acudir a la jurisdicción del CIADI.

En suma las objeciones de El Salvador están basadas en disposiciones claras relacionadas con un abuso de autoridad, la nacionalidad del inversionista, cuestiones temporales y consentimiento, tema que reviste particular importancia en los arbitrajes ante el CIADI en donde un Estado soberano ha accedido al arbitraje exclusivamente dentro de los límites establecidos en el convenio CIADI y en el instrumento donde se incluye el consentimiento del Estado respecto de dicho arbitraje.

CONCLUSIONES CAPITULO IV:

1- Como recomendación y para superar estas fallas por parte del Estado Colombiano, surge la necesidad de la creación de un *Código Ambiental Unificado*, que compile la dispersa, confusa, contradictoria y numerosa normatividad ambiental que genera como resultante un impacto socio ambiental, porque la riqueza natural y el patrimonio ambiental del país se ve menoscabado al dejar a la libre discrecionalidad del funcionario la misión interpretativa de cada norma.

2- Que se debe implementar una *política ambiental* por parte del Estado, que busque promover la conservación, el conocimiento y el uso sostenible de los recursos naturales y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de estos.

3- Que se fortalezcan los mecanismos de control, tanto privados como particulares que velen por la preservación de los ecosistemas que existen en el país, para lo cual se hace necesario realizar, no solo una actualización de las áreas protegidas en el país, sino

también un seguimiento a las licencias ya otorgadas para evitar que se violen las leyes ambientales en el desarrollo de las operaciones.

4- Creación e implementación de equipos técnicos y jurídicos especializados que asesoren a las autoridades ambientales competentes en la toma de decisiones frente al otorgamiento de licencias ambientales y sirvan a su vez de instrumento de defensa jurídica frente a las demandas que se presenten en contra del Estado Colombiano.

5- Que los desafíos que enfrenta Colombia para que la etapa de pos acuerdo no lleve a una degradación ambiental que a su vez amenace el proceso de construcción de la paz, es imprescindible que el medio ambiente sea tenido en cuenta como eje transversal de esta nueva etapa

CAPITULO V

POSIBLES SOLUCIONES A LOS NUEVOS ESCENARIOS LITIGIOSOS POR INCUMPLIMIENTO DE COLOMBIA A LOS TLC EN EL SECTOR INVERSIONES

INTRODUCCION:

Sin lugar a dudas, se hace necesario hacer una revisión a la legislación que en materia ambiental y de recursos naturales, así como la actividad minera (Código de Minas), y demás normas concordantes que actualmente rige en Colombia; a fin de establecer un régimen legal que brinde garantías jurídicas, no solo a los que ejercen actividades de extracción industrial o artesanal, es decir minería tradicional, trátase de empresas nacionales e internacionales, públicas o privadas, que se les haya otorgado títulos mineros, contratos de concesión; o cualquier autorización relacionada con el ramo, para evitar incumplimientos o daños con consecuencias jurídicas para el Estado, al permitir actividades mineras en áreas que son legalmente excluidas como los parques nacionales naturales.

De otra parte, como quiera que el tema ambiental en Colombia se constituye en uno de los ejes de preocupación nacional, regional y local, sin embargo se ha evidenciado un deterioro de la gestión institucional ambiental, considerándose que para generar resultados positivos en la conservación de los recursos naturales y los bienes ambientales del país, es necesario realizar un replanteamiento de la política ambiental y

de su institucionalidad, como quiera que el conflicto normativo es sinónimo de la *antinomía* que puede presentarse por la superposición absoluta entre dos normas iguales con iguales ámbitos de referencia, se hace necesario hacer claridad frente a las leyes, decretos, resoluciones, acuerdos nacionales, locales, regionales y municipales regulatorias del tema ambiental, evitando que se susciten dudas, dualidades de funciones que afecten el desarrollo de la función pública.

La profesora Parra Cárdenas Amanda⁶⁹, afirma que *"la implementación y establecimiento de una normatividad ambiental unificada y articulada en Colombia, traerá seguridad jurídica, orden y eficiencia en la administración de los recursos naturales y el ambiente, así mismo eficacia en la aplicabilidad de la normativa ambiental, por parte de las corporaciones e instituciones que conforman el sistema nacional Ambiental SINA en el país"*.

A continuación se presentan algunas posibles soluciones frente a los nuevos escenarios, que en materia de litigio se presenten por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en los Tratados de Libre Comercio.

5.1 CREACIÓN DE UNA LEY DE INVERSIÓN

Es importante como una posible solución de conflictos por el incumplimiento de los tratados de libre comercio, la creación e implementación de una ley de inversiones donde se regule lo referente al consentimiento del país para llevar a la jurisdicción del CIADI,

⁶⁹ Parra Cárdenas, Amanda. (2015) La legislación ambiental y los recursos naturales, ediciones Leyer, p. 37

práctica que ha sido aceptada por el Centro⁷⁰. Esta modalidad, en la mayoría de los casos constituye oferta del consentimiento por parte del Estado para someter sus diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del Centro. Esta oferta no produce ningún efecto hasta que la misma no es aceptada por escrito por el inversor, de acuerdo con las particularidades que disponga cada legislación o simplemente se cumplirá con este requisito, iniciando un procedimiento arbitral ante el CIADI, mientras la legislación se encuentre vigente. La vigencia de la norma es importante teniendo en cuenta que la norma podría ser modificada en cualquier momento mediante un cambio legislativo; a menos que el inversionista hubiere aceptado la oferta de consentimiento antes del cambio legislativo en cuyo caso el Estado estará obligado a arbitrar la controversia.

5.2 Crear un Código Ambiental Unificado

Por lo señalado anteriormente, urge sistematizar la dispersa, confusa, contradictoria y numerosa normatividad ambiental que genera como resultante un impacto socio ambiental, porque la riqueza natural y el patrimonio ambiental del país se ven menoscabado al dejar a la libre discrecionalidad del funcionario la misión interpretativa de cada norma; la creación de un código ambiental unificado, busca responder de manera específica a las principales problemáticas y potencialidades relacionadas con la investigación ambiental del país. Esta iniciativa de proyecto de ley pretende mejorar la situación de los recursos naturales y del ambiente en nuestro país a través de

⁷⁰ Perez Pacheco, Yaritza, Lecciones y ensayos No. 91,2013, consentimiento estatal al arbitraje del CIADI, pág. 19-57.

conformación de un Código minero ambiental y de los recursos naturales y ambientales de Colombia.

Así mismo, el país enfrenta la necesidad de igualar los niveles de implementación de la regulación ambiental en todo el país, fortaleciendo la capacidad institucional de las autoridades ambientales regionales y locales; por esta razón es necesaria la reforma, modificación, compilación revisión y derogatoria de las normas ambientales existentes y la puesta en funcionamiento de un instrumento jurídico novedoso, coherente, que permita la aplicabilidad de la normatividad ambiental en Colombia.

En conclusión, dada la dispersión normativa de la legislación ambiental, la tendencia es la codificación, por cuanto, de acuerdo a lo expresado por la académica Amanda Cárdenas Parra⁷¹:

"Es urgente la simplificación, ordenación y racionalización de las leyes y normas de carácter ambiental dispersas y prolíferas. La sistematicidad en un cuerpo coherente y unificado garantizara integración y efectividad normativa al no existir iniciativa político-legislativa ordenada y unificada, esta se sustituye por normas eventuales de carácter oficial aislado y particular, convirtiéndolas en leyes ambientales en normas casuísticas. La ley ambiental colombiana no cumple con los objetivos fundamentales de los códigos que debe regir esta importante temática.

Predomina un enfoque sectorial tendiente a dar un tratamiento separado a los recurso naturales, aislando la regulación de cada uno e intentando mezclar las actividades

⁷¹ ⁷¹ ídem, op. Cit., pág. 45

*contaminantes desde diferente ópticas: la salud del ser humano, la conservación, la protección y la regulación de un desarrollo sostenible."*⁷²

En suma, *"plausible es codificar la legislación ambiental, como referente histórico del Estado Social de Derecho que es Colombia y como constitucionalizarían para la preservación y cuidado de los bienes y servicios, recursos naturales y riqueza medio ambiental."*⁷³

5.3 Implementar una política pública en materia ambiental.

A pesar de que Colombia tiene un patrimonio natural envidiable, sin embargo, su aprovechamiento no ha sido el más adecuado y nos encontramos al comienzo de una crisis de disponibilidad de recursos naturales, no solo en Colombia sino en el mundo entero, nuestro futuro estará determinado por el manejo responsable que le demos al medio ambiente; por lo tanto es nuestro deber garantizar el bienestar de las futuras generaciones. La política ambiental, definida como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado, a través de normas jurídicas, por medio de las cuales se previenen daños o se arbitran soluciones a los problemas relacionados con la degradación de medio ambiente.

La política nacional ambiental de Colombia se fundamenta en principios como la biodiversidad con un valor estratégico en el desarrollo socio económico del país; la política nacional busca promover la conservación, el conocimiento y el uso sostenible de

⁷²Op.cit., pág. 44

⁷³ Ídem, pág. 45

los recursos naturales y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de estos.

Dentro de los principios que se deben tener en cuenta en una política ambiental, se tienen todos aquellos que contribuyan con los programas de protección, restauración, conservación, mitigación del medio ambiente; que sean necesarios para corregir los daños ambientales que se puedan presentar, tales como:

Principio de previsión: el cual pretende que se tomen medidas de política y medio ambiente y demás medidas estatales, para evitar el daño al medio ambiente y si proteger los recursos naturales.

Principio de cooperación: se basa en la idea de que la política del medio ambiente puede alcanzar resultados sólidos, solamente cuando las fuerzas sociales toman parte a tiempo en el proceso de desarrollo de la voluntad publica de la protección del medio ambiente, con el apoyo de todas las autoridades del Estado, incluyendo por supuesto aquellas que ejercen funciones de control, como la Policía Nacional, con un grupo especial creado para ese fin.

5.4 Realizar una actualización de mapas sobre áreas protegidas.

De otra parte, se deben crear, fortalecer o implementar unos grupos interdisciplinarios, con especialistas en temas ambientales, antropológicos, culturales y por supuesto jurídicos, que sirvan de soporte para las decisiones que deba tomar los entes gubernamentales, tanto a nivel nacional como regional, para realizar un mapeo del territorio nacional, que ubique con precisión las áreas protegidas, en especial aquellas

que por su importancia cultural o geográfica, deban ser protegidas de manera especial, donde la actividad extractiva debe ser fuertemente controlada para evitar daños ambientales, al igual que los parques nacionales naturales donde dicha actividad este totalmente restringida, para evitar fallas al momento de delimitar dichas zonas.

Así mismo sería importante, frente al trámite legal para otorgar cada una de las autorizaciones que se dan para el otorgamiento de licencias ambientales, títulos mineros, contratos de concesión y demás actividades relacionados con la explotación minero energético, implementar legalmente, requisitos que sean claros y efectivos que verifique sobre los empresarios que pretendan contratar con el Estado, revisando su infraestructuras física y musculo financiero que garanticen dichas actividades.

De igual forma, se hace necesario establecer un control jurisdiccional posterior a los actos administrativos, con los cuales se declare como zonas protegidas del Estado, específicamente los parques nacionales naturales, a fin de evitar daños e incumplimientos a los contratos que ya habían sido otorgados a las empresas que se encuentren adelantando operaciones en dichas zonas, dándoles los tiempos necesarios, para que las mismas retiren sus equipos y restablezcan los ecosistemas que hayan sido afectado en el desarrollo de sus actividades

5.5 Implementar un equipo asesor especializado para los litigios ante la jurisdicción del CIADI.

Establecer un equipo jurídico especializado en temas de arbitramento, para afrontar los litigios internacionales, que se adelantan en contra del Estado por posibles incumplimientos, ya sea a los contratos o a los tratados de libre comercio, para lograr mejores resultados y evitar el pago de demandas por los daños que se les haya causado al ser revocadas las autorizaciones con las que adelantaban sus labores extractivas en las zonas declaradas como parques nacionales naturales.

5.5.6 Ejercer control Estatal y privado a los contratos de concesión y a las licencias ambientales para la explotación minera en las áreas protegidas.

Pues bien, *como propuesta* podría ser interesante implementar unos órganos de control estatal y ciudadano representados por las autoridades regionales como los alcaldes, gobernadores, al igual que las comunidades que habitan las regiones que son objeto de actividades minero energéticas; a fin de ejercer control frente a las operaciones adelantadas en esas zonas, con el apoyo de una Policía especializada en temas mineros. El nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia⁷⁴, estableció en el título IX el tema del Ambiente, prescrito en los artículos 96 al 103 y en el título X el tema de la Minería, artículo 104 al 108, como elementos y funciones importantes, tales como la aplicación de medidas preventivas y correctivas ambientales y mineras, así: "*Artículo 96. Las*

⁷⁴ Gaceta del Congreso, informe de conciliación al proyecto de ley No. 99 de 2014 Senado, acumulado número 145 de 2015 senado, 256 de 2016 Cámara, imprenta nacional de Colombia, 17 de junio de 2016

autoridades de Policía en el ejercicio de sus funciones, velaran por el cumplimiento de las normas mineras y ambientales vigentes e informaran de los incumplimientos a las autoridades competentes con el fin de que estas apliquen las medidas a que haya lugar".

"Art. 103. Comportamientos que afectan las áreas protegidas del sistema nacional de áreas protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica. Los siguientes comportamientos afectan las áreas protegidas del sistema nacional de áreas protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica y por lo tanto no se deben efectuar: (se mencionan algunos numerales). "1. Ocupar ilícitamente áreas protegidas, de manera temporal o permanente". Ingresar sin permiso de autoridad ambiental competente."

En el tema de la minería, se considera de vital importancia lo prescrito en el numeral primero del artículo 105 del nuevo código nacional de policía y convivencia, así:

*"Artículo 105. (..). 1. Desarrollar actividades mineras de exploración, explotación, o minera de subsistencia o barequeo en bocatomas y áreas declaradas y delimitadas como excluibles de la minería tales como **parques nacionales naturales**, parques naturales regionales, zonas de reserva forestal protectora, paramos y humedales RAMSAR."*
(Negrillas no pertenecen al texto).

CONCLUSIONES FINALES

Como Conclusión final al presente trabajo de investigación, se pudo establecer el problema jurídico planteado, esto es la falta de Seguridad Jurídica en la declaratoria de las áreas de protección especial, aumento los escenarios de litigiosidad que tiene que enfrentar el Estado Colombiano, donde se pudo probar la hipótesis sobre la existencia

de nuevos escenarios de litigio a los cuales se vería enfrentado el Estado Colombiano por el incumplimiento a los Tratados de Libre Comercio, al declarar un parque nacional como área de protección especial; con posterioridad al otorgamiento de un contrato de concesión o una licencia ambiental.

Como respuesta a la hipótesis planteada se pudo establecer la existencia de nuevos escenarios de litigio a los cuales se ve enfrentado el Estado Colombiano por el incumplimiento a los tratados de libre comercio suscrito con los demás países en el tema de inversiones, al igual que la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado frente al incumplimiento de las obligaciones y cláusulas pactadas en los contratos de concesión, al igual que los tratados bilaterales de inversión, al otorgar o suspender las licencias ambientales o dejar sin efectos los contratos ya otorgados por razones jurídicas, ambientales o de cualquier otra naturaleza.

Que así mismo el Estado Colombiano, al momento de dar su consentimiento de someter las controversias a la jurisdicción del CIADI, no establece las cláusulas y reservas pertinentes frente a dicha jurisdicción y en consecuencia al momento de iniciar el procedimiento de arbitraje se establecen fallas de procedimiento, las cuales hacen que se pierdan los litigios internacionales.

Que para identificar los nuevos escenarios fue necesario revisar la poca jurisprudencia del Centro, en relación con las objeciones presentadas por los Estados parte del tratado respecto a la jurisdicción y competencia del Centro, al igual que las inconsistencias

presentadas con la nacionalidad de los inversores, quienes al momento de un litigio se aparecen con otra nacionalidad lo cual perjudica la defensa del Estado Colombiano al momento de responder a las demandas que les son notificadas.

Que como fallas del sistema CIADI, se apreció que debido a la carencia de recursos en el procedimiento establecido en el Convenio CIADI o convenio de Washington, existe una limitada jurisprudencia, pues su autonomía no le permite impugnar ninguna decisión o laudo a pesar de la fallas que en el procedimiento se presenta, que violan derechos fundamentales de los Estados receptores de la inversión.

Que es urgente que para evitar estos nuevos escenarios, crear una ley especial de inversiones, donde se establezca con precisión cuales son las reglas que se deben aceptar frente a la competencia y los asuntos que deben ser conocidos por la jurisdicción del CIADI.

Que de otra parte, se pudo establecer la importancia de las *Áreas Protegidas*, como zonas delimitadas geográficamente, que han sido designadas o reguladas y administradas a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación, los cuales tienen una finalidad y un reto encaminado a utilizar adecuadamente la información que sustente los propósitos sociales que tienen que ver con la conservación del patrimonio natural; que para ello se hace necesario integrar distintas disciplinas de trabajo e involucrar diferentes formas de conocimiento como lo científico, lo tradicional que permita declarar un Área Protegida como instrumento para alcanzar los propósitos básicos, que como

sociedad nos hemos planteado y así garantizar la permanencia y la funcionalidad de elementos que establecen la biodiversidad.

Que el Estado Colombiano responde patrimonialmente por el quebrantamiento de principios constitucionales y legales que ponen en riesgo la inversión extranjera, esto es la falta de seguridad jurídicas que afecta el principio de la *confianza legítima*, al no proteger a quienes resultan súbitamente defraudados en sus legítimas expectativas por obra y gracia del actuar contradictorio, incoherente y desleal de las autoridades, sobre todo cuando ello no tiene una justificación jurídicamente aceptable.

Que para el sistema normativo constitucional Colombiano, con el fin de proteger la inversión extranjera es necesario garantizar una *Seguridad Jurídica*, y determinar los criterios y las reglas a las cuales están sometidos, no solo los asociados, sino el juez, quien cumple un papel de primer orden; porque de lo contrario estaríamos asistiendo a una dictadura de operadores jurídicos, en quien no solamente estará la responsabilidad de impartir justicia sino además adecuar los criterios para la interpretación de las normas, disimiles de acuerdo a quien asuma el proceso.

Que los Tratados de Libre Comercio, nos muestran como una de las vías más importantes que ha tenido el país, en el contexto de la integración económica internacional, es la exploración y explotación responsable de los recursos naturales y la protección al medio ambiente; sin embargo el cambio no ha sido fácil pues el país ha necesitado herramientas competitivas para desarrollar su potencial y eliminar en todo

sentido las barreras logísticas existentes en cuanto a puertos y carreteras, sin embargo ha sido una gran oportunidad para el desarrollo, establecer acuerdos comerciales integrales y hacer los esfuerzos necesarios para instaurarlos en tanto estos pueden además consolidarse como eje frente al crecimiento.

Que frente a las diferencias, existan alternativas de solución de conflictos distintas a las establecidas en el derecho interno o las presentadas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI, siendo esta una institución internacional de carácter público del Banco Mundial con sede en Washington, que se encarga de resolver las disputas surgidas en materia de protección de inversiones entre el Gobierno de uno de los Estados contratantes y un nacional de otro Estado contratante.

Que la responsabilidad patrimonial del Estado se da, tanto por acción como por omisión *al otorgar contratos de concesión y licencias ambientales* para la explotación de recursos naturales, en zonas que sean declaradas Parques Nacionales Naturales; al igual que los daños ambientales que pueden llegar a producirse en esas zonas, pues es deber del Estado colombiano, reconocer el medio ambiente como patrimonio común, por lo tanto el Estado y los particulares tienen la obligación constitucional de preservación y manejo de los recursos naturales renovables, artículo 1º del Decreto 2811 de 1974), en concordancia con el artículo 49 de la Constitución Nacional.

Que así mismo, podría el Estado Colombiano responde patrimonialmente por otorgar contratos de concesión y licencias en zonas que son prohibidas para la explotación de

los recurso naturales, por tratarse de áreas protegidas, especialmente los parque nacionales naturales, para proteger el ecosistema, pues estos gozan de protección nacional e internacional, según lo prescrito en los artículo 34 de la Ley 685 de 2001, en concordancia con el artículo 63 de la carta superior.

También queda claro, que en el marco del artículo 90 de la Constitución Nacional, para que exista responsabilidad patrimonial del Estado se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley, esto es, : i) *un daño antijurídico*, entendido como aquel donde el administrado no está en la obligación de soportar, pues no existe ninguna causal que justifique la producción del daño por parte de la administración ii) *la existencia de una causalidad material*, esto es, que el daño sea efecto inmediato de la acción u omisión de la autoridad pública y iii) *la atribución jurídica del daño al Estado* en virtud de un nexo con el servicio como falla del servicio probada o presunta, daño especial, riesgo excepcional, por mencionar alguna, que deberá el fallador decidir con base en lo allegado y aprobado.

Que los desafíos que enfrenta Colombia para que la etapa de post acuerdo no lleve a una degradación ambiental, que a su vez amenace el proceso de construcción de la paz, es imprescindible que el medio ambiente sea tenido en cuenta como eje transversal de esta nueva etapa y con ese fin, se debe hacer por parte del gobierno lo que ya fue acordado, como lo es el ordenamiento ambiental del país dentro de los dos años siguientes; ordenamiento que deberá comenzar por definir y delimitar los ecosistemas

estratégicos del país, como paramos y humedales que deben ser especialmente protegidos y a partir de esto deberá organizar las actividades económicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

I. REFERENTES DOCTRINALES:

ÁLVAREZ PINZÓN, GLORIA LUCIA (2011). Las áreas protegidas en Colombia, Universidad Externado de Colombia.

AMADOR MESA, MARIA LUCIA, (2012). Los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella, Universidad de los Andes, Revista de Derecho Público No. 29, Julio – Diciembre de 2012. ISSN 1909-7778. D-3767.

AMAYA NAVAS, OSCAR DARIO, La Constitución Ecológica de Colombia, 3ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2016.

AMAYA NAVAS OSCAR DARIO/AMAYA ARIAS ANGELA MARIA, Derecho Privado y Medio Ambiente, Homenaje a Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 2017.

BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTIN. (1998) "Responsabilidad de los jueces y del Estado", Bogotá, ediciones librería del profesional, Pág. 109 y 110.

BULLA ROMERO, JAIRO ENRIQUE (2012). Derecho ambiental & estatuto sancionatorio, Ediciones Nueva Jurídica.

CÓDIGO DE RECURSOS NATURALES Y DEL MEDIO AMBIENTE. Anotado (2016).
Editorial Leyer.

CÓDIGO DE MINAS (2016). Anotado, Editorial Leyer.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1886. (1985) Anotado. Editorial Temis.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. (2016) Anotado. Editorial Leyer.

GACETA DEL CONGRESO. Informe de conciliación al proyecto de ley No. 99 de 2014
Senado, acumulado número 145 de 2015 Senado, 256 de 2016 Cámara, Imprenta
Nacional de Colombia, 17 de junio de 2016.

GALLEGO MARÍN, CARLOS ALBERTO, (2012) El concepto de Seguridad Jurídica en el
Estado Social, Jurid. Manizales Colombia), 9(2).70-90, julio-diciembre.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO. (1984) Los principios de la nueva ley de
expropiación forzosa, editorial Civitas SA, reedición, p. 176.

GONZÁLEZ CERÓN, NUBIA - Tesis de grado, “El principio de confianza legítima en la
actuación de la administración como limite a la revocación directa de los actos
administrativos” Universidad Santo Tomas de Aquino, Maestría en Derecho
Público.2011.

GONZÁLEZ ESPINOZA, ANA CAROLINA. (2013) Los retos de la gobernanza minero – energética, colección pretextos No. 43, Universidad Externado de Colombia. Pág. 11.

HABERMAS, HURGEN, Facticidad y validez, Editorial Trotta, quinta edición 2008

HENAO, JUAN CARLOS Y OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO (2015) Editores, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad Externado de Colombia.

INFORME CIADI (2012), consultado en <http://icsid.worldbank.org>, el CIADI publica semestralmente sus estadísticas a través de un reporte denominado casos del CIADI, estadísticas, en la edición 2013 se informa que para el año calendario 2012 se registraron cuarenta casos bajo el convenio de Washington y ocho bajo el reglamento del mecanismo complementario.

LOPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Universidad nacional, cuarta reimpresión, 2008.

MEDINA CASAS, HÉCTOR MAURICIO, Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister (DEA) en Derecho Internacional Económico, Universidad de Paris 1 (Pantheon-Sorbonne) Profesor de la Universidad del Rosario, Artículo: “LA JURISDICCIÓN DEL CIADI: UNA EVOLUCIÓN EN EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES”.

MEDINA CASAS, HÉCTOR MAURICIO, (2009) Artículo: Las partes en el Arbitraje CIADI – 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, pág. 215-242.

MEJIA QUINTANA, OSCAR, Teoría consensual del derecho, el derecho como deliberación pública, Universidad Nacional, 2016.

MORA MÉNDEZ, JORGE ANDRÉS, Universidad Carlos III de Madrid España – Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) Bogotá D.C. Colombia. No. 43. Julio-Diciembre de 2015- pág. 161-171.

MORENO, LUIS FERNEY (2011). Compilador, Temas de Derecho Minero, Universidad Externado de Colombia.

PARRA CÁRDENAS, AMANDA. (2015). La legislación ambiental y los recursos naturales, el reto de su codificación y sistematización, editorial Leyer. pag.37.

PÉREZ ESCALONA S. "Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: Notas a propósito del caso Camuzzi International Vs. República Argentina".

PÉREZ PACHECO YARITZA. Objeciones a la Jurisdicción Arbitral del CIADI. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol.4. No.1. Pág. 316-333.

PÉREZ PACHECO YARITZA. Consentimiento Estatal al Arbitraje del CIADI. Pag.19-57-
Lecciones y Ensayos, Nro.91, 2013.

PONCE MURIEL, ÁLVARO. (2012) Cual Locomotora? El desalentador panorama de la
minería en Colombia, Editorial Random House Mondadori SAS, Pág. 159.

RODRÍGUEZ, G. A. & MUÑOZ. A.L.M (2009).La participación en la gestión ambiental.
Un reto para el nuevo milenio. Bogotá. Colombia: Universidad del Rosario.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, HERNANDO. (2008). Código de Derecho Internacional
Ambiental, colección textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario.

STRAUSS, ANSELM Y CORBIN, JULIET. Bases de la Investigación Cualitativa,
Técnicas y Procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. Medellín:
Editorial Universidad de Antioquia.

TRIANA SANDOVAL ALONSO, (2016). Código de Minas, XXVII edición, Editorial Leyer.

VALLE CLAUDIA MARÍA, (2012 Octubre). El Arbitraje de Inversiones del CIADI y la Ley
para la promoción y protección de inversiones de Honduras.

VÁSQUEZ MARÍA FERNANDA. Artículo: Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y
reflexiones sobre su operatividad. [http://www.arbitrajecomercial.com/Banco
conocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_ciadi.asp](http://www.arbitrajecomercial.com/Banco_conocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_ciadi.asp).

VIANA, M.J. (2007). El Principio de Confianza Legítima en el derecho administrativo Colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VIDAL PERDOMO JAIME (2010). Derecho Administrativo Colombiano, Bogotá – Colombia, Temis.

VIVERO, F. de (2004). La protección de la Confianza Legítima y su aplicación en la contratación estatal. Revista de Derecho Público No. 17. Bogotá. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

II.- REFERENTES JURISPRUDENCIALES.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-147 (1997) Derechos Adquiridos. Expediente D-1351. MP Antonio Barrera Carbonell.

.- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de la Sección Tercera. Noviembre 15 de 1995, MP Carrillo, Jesús María.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-442 (1996, Septiembre 19), expediente LAT-073. MP Cifuentes Muñoz, Eduardo.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321, (2007, Mayo 03) expediente T - 1469144, - Principio de Confianza Legítima. Revisión Constitucional de la ley 267 de 1995 *“Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros Estados”, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*”. MP Escobar Gil, Rodrigo,

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 168, (1995, Abril 20), expediente No. D-686 - Derechos Adquiridos. MP Gaviria Díaz, Carlos.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-598, (2010, Julio 27) expediente D-7980, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 (parcial) de la Ley 99 de 1993. MP González Cuervo, Mauricio.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-746, (2012, Septiembre 26). Licencia Ambiental. M.P. Guerrero Pérez, Luis Guillermo.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411 (1992, Junio 17) M.P Martínez Caballero, Alejandro.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-617, (1995, Diciembre 13) expedientes T-78710, 78659, 76332, 77330 (acumulados) Principio de Confianza Legítima. M.P Martínez Caballero, Alejandro.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-478 (1998, Septiembre 09) Derechos Adquiridos, Confianza Legítima. M.P Martínez Caballero, Alejandro.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 632, (2011, agosto 24) Medio Ambiente, M.P Mendoza Martelo Gabriel Eduardo.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-227, (1994, Mayo 06) expediente T -24191. Principio de Seguridad jurídica, M.P Naranjo Mesa Vladimiro.
- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 (2016, Febrero 08) expediente D-10864, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el plan nacional de desarrollo 210-2014, y contra los artículos 20,49, 50 (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se

aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. M.P Ortiz Delgado, Gloria Stella.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595, (2010, Julio 27) expediente D -7977- Persona y Entorno Ecológico. M.P. Palacio Palacio, Jorge Iván.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-033 (2011, Febrero 02) Cosa Juzgada Constitucional. M.P Palacio Palacio, Jorge Iván.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-717, (2012, Septiembre 13). Principio de Confianza Legítima. M.P Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123, (2014, Marzo 05), expediente D-9700, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y del artículo 2 (parcial) del decreto 0934 de 2013. M.P. Rojas Ríos, Alberto.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-204, (2014, Abril 1). Principio de Confianza Legítima. M.P. Rojas Ríos, Alberto.

.- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443, (2009, Julio 08) Cosa Juzgada Constitucional. M.P Sierra Porto, Humberto Antonio.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-308, (2011, Abril 28) Principio de Confianza Legítima. M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608, (2010, Agosto 03), expediente LAT-359, Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la Republica de Colombia - Control de inconstitucionalidad del tratado internacional de comercio. M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250, (2012, Marzo 28) Principio de Igualdad. M.P Sierra Porto, Humberto Antonio.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 155, (2007, Marzo 07), expedientes D-6422, 6423, 6424, 6425 y 6434, acumulados. Principio de Estabilidad Jurídica. M.P. Tafur Galvis, Álvaro.

- .- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-781 (2003, Septiembre 10), Derechos Adquiridos. M.P. Vargas, Clara Inés.

III.- LEGISLACION NACIONAL

LEY 1753 DE 2015, "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

"Todos por un nuevo país".

LEY 1450 DE 2011, "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014

"Todos por un nuevo país".

LEY 1382 DE 2010, "Por el cual se modifica la ley 685 de 2001 Código de Minas".

LEY 1363 DE 2009, "Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la Republica de Colombia”.

LEY 963 DE 2005, "Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia".

LEY 685 DE 2001, "Por la cual se expide el Código de Minas".

LEY 388 DE 1997, Diario Oficial No. 43.091, del 24 de julio de 1997, "Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 3 de 1991, esta Ley hace relación a las áreas protegidas y su protección a través del Plan de Ordenamiento Territorial POT".

LEY 165 DE 1994, Por medio de la cual se aprueba “Convenio sobre Diversidad Biológica”, Realizado en Rio de Janeiro el 5 de Junio de 1992.

LEY 99 DE 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema nacional Ambiental – SINA y se dictan otras disposiciones".

DECRETO 2820 DE 2010, "Por el cual se reglamenta el Titulo VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales".

DECRETO 2372 DE 2010, "Por el cual se reglamenta el decreto ley 2811 de 1974, la ley 99 de 1993, la ley 165 de 1994 y el decreto ley 216 de 2003, en relación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo de la conformación y se dictan otras disposiciones".

DECRETO LEY 216 DE 2003, “Por el cual se determina los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial”.

DECRETO 2811 DE 1974, (Diciembre 18) "Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de protección del Medio Ambiente"

IV.- REFERENTES DE INTERNET

.- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Disponible en Internet:

<https://www.dnp.gov.co>

.- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Disponible en Internet:

www.parquesnacionales.gov.co

.- PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA. Disponible en internet:

<http://www.parquesnacionales.gov.co>

.- SISTEMA DE INFORMACION AMBIENTAL DE COLOMBIA. SINAP. Disponible en

Internet: <https://www.siac.gov>

.- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES – UAESPNN. Disponible en internet: <https://www.dnp.gov>.