

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Responsabilidad internacional del estado colombiano por los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera extranjera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente (caso Santurbán)



María Daniela Ardila Manrique
Jean Pierre Martínez Monterrey

Director
Yesid Albeiro Sánchez Sandoval

División de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho
Universidad Santo Tomás
Floridablanca, Colombia
2018

Contenido

Introducción.....	7
1. Aspectos generales de la investigación	10
1.1 Descripción del problema.....	10
1.1.1 Formulación de la pregunta de investigación.	15
1.2 Objetivos.....	15
1.2.1 Objetivo general.....	16
1.2.2 Objetivos específicos.	16
1.3 Justificación.....	16
1. Marco teórico	18
2.1 Antecedentes.....	18
2.2 Estado del arte	31
2.3 Marco legal	42
2.4 Marco conceptual	47
2. Metodología	58
3.1 Hipótesis	58
3.2 Enfoque.....	59
3.3 Tipo de investigación.....	60
3.4 Métodos de investigación y del derecho.....	61
3.5 Fuentes de información y técnicas de recolección de datos	62
3.6 Población y muestra.....	63
3.7 Plan de trabajo	63
3. Resultados de la investigación.....	65
4.1 Límites constitucionales ambientales al derecho de la libertad de empresa en la industria minera	65
4.1.1 El derecho constitucional a la libertad de empresa	65
4.1.2 La protección del medio ambiente en el contexto constitucional.	67
4.1.3 La necesidad de limitar el derecho a la libertad de empresa.....	72
4.1.4 Límites constitucionales a la libertad de empresa por la salvaguarda ambiental.....	75
4.1.5 Salvaguarda constitucional del medio ambiente, como límite del derecho constitucional a la libertad de empresa a la luz de la jurisprudencia constitucional.	79
4.1.5.1 Sentencia T-411 de 1992.....	79

4.1.5.2 Sentencia T-536 de 1992	80
4.1.5.3 Sentencia T-092 de 1993.....	81
4.1.5.4 Sentencia T-028 de 1994.....	82
4.1.5.6 Sentencia T-046 de 1999.....	83
4.1.5.7 Sentencia C-339 de 2002.....	85
4.1.5.8 Sentencia C-632 de 2011.....	87
4.1.5.9 Sentencia T-154 de 2013.....	89
4.1.5.10 Sentencia T-204 de 2014.....	90
4.1.5.11 Sentencia C-449 de 2015.....	93
4.1.5.12 Sentencia T-606 de 2015.....	96
4.1.5.13 Sentencia T-445 de 2016.....	97
4.1.5.14 Sentencia T- 622 de 2016.....	99
4.1.5.15 Sentencia C-035 de 2016.....	102
4.1.5.16 Sentencia T-730 de 2016.....	109
4.1.5.17 Sentencia C-041 de 2017.....	110
4.1.5.18 Sentencia T-361 de 2017.....	111
4.2 Protección nacional e internacional del Inversionista Extranjero.	115
4.2.1 Acuerdos Internacionales de Inversión.	115
4.2.2 Instrumentos o convenios Internacionales suscritos por Colombia en favor del inversionista extranjero.	117
4.2.3 El inversionista extranjero en la legislación colombiana.....	119
4.2.4 Estándares de protección del inversionista extranjero en el contexto jurídico internacional.....	121
4.2.4.1 La figura de la expropiación indirecta.....	122
4.2.4.1.1 Caso Metaclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos (2000).	124
4.2.4.1.2 Caso Marvin Feldman Vs México (2002).	127
4.2.4.1.3 Caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Vs Estados Unidos Mexicanos (2003).....	131
4.2.4.1.4 Caso CMS GAS Transmission Company V La República de Argentina (2005).	134
4.2.4.1.5 Caso Azurix Corp. y la República de Argentina (2006).....	136
4.2.4.1.6 Caso Fireman's Fund Insurance Company y Los Estados Unidos Mexicanos (2006).....	137
4.2.4.1.7 Caso Sempra Energy International V la República de Argentina (2007).....	139

4.2.4.1.8 Caso Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company y República del Ecuador (OEPC) (2012)	143
4.2.4.1.9 Caso El Paso Energy International Company V La República Argentina (2011)	144
4.3.1.10 Caso Pac Rim Cayman Llc y La República de El Salvador: (2016).	148
4.2.4.2 El estándar de trato justo y equitativo.	151
4.2.4.3 El estándar de protección y seguridad plenas.....	160
4.3 Responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera extranjera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente (caso Santurbán).....	164
4.3.1 El caso Eco Oro Minerals en el páramo de Santurbán.....	165
4.3.2 Tratado de Libre Comercio Colombia Canadá.	168
4.3.3 La potestad reguladora de los Estados.	174
4.3.4 Los derechos adquiridos en materia minera en el contexto jurídico colombiano.....	176
4.3.5 La responsabilidad internacional de los Estados.	177
4.3.6 El caso Eco Oro Minerals Vs el Estado colombiano.	181
4.3.6.1 Configuración de la figura de la expropiación indirecta.	181
4.3.6.2 La vulneración del estándar de trato justo y equitativo.....	190
4.3.6.3 La vulneración del estándar de protección y seguridad plenas.	193
Discusión de resultados	194
Referencias	198

Abreviaturas

IAVH: Instituto Alexander von Humboldt

AIIs: Acuerdos Internacionales de inversión

TBI: Tratados bilaterales de inversión

TLC: Tratado de Libre Comercio

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión

ANM: Agencia Nacional de Minería

UNCTAD: United Nations Conference On Trade And Development

OECD: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ANLA: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

OIT: Organización internacional de trabajo

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

APPRIS: Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

CAN: Comunidad Andina

MERCOSUR: Mercado Común del Sur

OMGI: Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

OPIC: Overseas Private Investment Corporation

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

EFTA: Asociación Europea de Libre Comercio

MADS: Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Introducción

El presente trabajo de investigación trata a cerca de la eventual responsabilidad del Estado colombiano frente a los inversionistas extranjeros por los derechos que se tenían sobre el páramo de Santurbán para la exploración y explotación minera en el mismo. Esta posible responsabilidad se deriva de los límites constitucionales impuestos a la libertad de empresa y principalmente a la medida judicial emitida por la Corte Constitucional en la sentencia C – 035 de 2016, en la cual se declaró inconstitucional el artículo 173 de la ley 1753 de 2015, en razón a que consideró que los ecosistemas de páramo están excluidos de la actividad minera, debido a su importancia ecológica, al proveer de agua a las principales ciudades del país y a su contribución a la regulación del ciclo hídrico. Por lo tanto, si se generaba una alteración en los mismos, afectaría gran parte de la población colombiana.

La investigación surgió a partir de la búsqueda de una eventual responsabilidad del Estado colombiano al emitir su pronunciamiento a cerca de la actividad minera en los páramos, puesto que ya se encontraban empresas extranjeras con derechos adquiridos en estas zonas y su inversión se iba a ver afectada por la medida tomada. El análisis de dicha responsabilidad se delimitó en un caso en concreto, el cual es el relacionado con la empresa canadiense Eco Oro Minerals en el páramo de Santurbán, la cual se dedica a la exploración y desarrollo de metales preciosos y se encontraba realizando un proyecto de extracción subterránea de oro y plata denominado “Angostura” en dicho páramo, siendo esta, una de las mayores afectadas.

La metodología utilizada se basó en la revisión y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la búsqueda de los límites constitucionales la libertad de empresa y las medidas adoptadas en pro de la salvaguarda ambiental y la protección de los páramos. A su vez, los tratados

y convenios internacionales, laudos arbitrales y doctrina internacional fueron la base para lo referente a la configuración de la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de los estándares de trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y la figura de la expropiación indirecta.

En cumplimiento a lo anterior, la investigación se desenvuelve por medio de cuatro capítulos, de la siguiente manera:

En el capítulo I se estipularon los aspectos generales de la investigación, los cuales abarca el planteamiento de esta a través del problema de investigación, los objetivos tanto generales como específicos, siendo estos el lineamiento a seguir, y la respectiva justificación del trabajo. Poniendo de esta manera de manifiesto la intención y finalidad de la investigación.

A continuación, se encuentra el desarrollo del capítulo II que contiene el marco referencial de la investigación, sirviendo para contextualizarla, revisar sus antecedentes, definir sus conceptos más relevantes y evidenciar las investigaciones que se encuentran con anterioridad respecto al tema, entre otros. Es decir, presenta de manera general la teoría que se requiere para llevar a cabo la investigación.

Seguidamente, se encuentra el capítulo III concerniente a la metodología de la investigación, en el cual se plantearon aspectos tales como la hipótesis, el enfoque, tipo, métodos y fuentes de esta. Siendo la base para una mejor selección de la información, su organización y planteamiento.

De igual manera en el capítulo IV se realizó el desarrollo de los objetivos planteados en los aspectos generales de la investigación, a través del análisis de la jurisprudencia, los laudos arbitrales, la doctrina internacional y los tratados y acuerdos internacionales de inversión. Dejando plasmada la posición al respecto de la responsabilidad internacional del Estado Colombiano frente al caso Eco Oro Minerals en el páramo de Santurbán.

Finalmente, se encuentran las conclusiones, las cuales se pudieron construir a partir de la recolección de información, el proceso y la ejecución del trabajo, dando un cabal cumplimiento a lo planteado al inicio de la investigación y otorgando un criterio frente a lo propuesto.

1. Aspectos generales de la investigación

1.1 Descripción del problema

Finalizando el siglo XX, la protección del medio ambiente se convirtió en uno de los temas de discusión y tratamiento de importantes organizaciones internacionales, como resultado de la preocupación que generó en el contexto internacional y globalizado el deterioro de este, comenzaron los Estados a trabajar mancomunadamente para cumplir metas en materia de amparo de biodiversidad, cambio climático, protección de áreas de importancia ecológica, etc. Evidencia de lo anterior son la Conferencia de Estocolmo de 1972, la Cumbre de la tierra de Rio en 1992, la cumbre de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible del año 2002 y la Conferencia de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas en el 2012, en el marco de la celebración de los 20 años de la Cumbre de la Tierra, entre otros, instrumentos por medio de los cuales se buscó responder no solo a la necesidad de bienestar y supervivencia del ser humano sino que a su vez a la preservación de las especies, la flora y la fauna.

La mencionada actividad internacionalista en favor de la protección del medio ambiente irradió los ordenamientos jurídicos de cada país, y estableció parámetros y principios de derecho ambiental los cuales se convirtieron en los orientadores del desarrollo de la normatividad ambiental de los Estados.

En Colombia, la protección ambiental se evidenció con total fundamento en la Constitución Política de 1991, a través de la cual se encargó la protección de los recursos naturales al Estado y a los particulares, en esta Carta política también se reconoció el derecho a un medio ambiente sano

y se le impuso al Estado la obligación de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su utilización sostenible.

Por otro lado, en la Carta política de Colombia de 1991, se consagró en el artículo 333 la libertad económica como un derecho de carácter constitucional, que otorga la facultad de crear empresa, además de la libertad de organización y la garantía que el Estado no interferirá en los asuntos internos de la misma. Es por eso que para su ejercicio se deben tener en cuenta, entre otros factores, la función social que debe cumplir la empresa y las obligaciones que esto acarrea, evidenciando lo anterior en la sentencia C-197 de 2012 en la cual la Corte indica: “La libertad de empresa es la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) 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 un beneficio o ganancia”.

En la carta política se encuentra el fundamento del derecho ambiental en los artículos 79 y 80, los cuales establecen la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la protección de los recursos naturales. Además, el inciso final del artículo 333 de la Constitución Política prevé que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”. En cumplimiento de estas disposiciones, se han sancionado en Colombia diferentes normas en las cuales se les impone a las empresas una limitación a sus actividades comerciales o industriales, lo que ha motivado la intervención de la Corte Constitucional, mediante decisiones concretas en las cuales se ve involucrado directamente el ejercicio de la libertad de empresa.

Por otra parte, la industria minera, se constituye como uno de los pilares fundamentales para la economía colombiana, cada vez se intensifica más su ejercicio debido a la implementación de nuevas tecnologías en el país, por lo cual el legislador y la Corte Constitucional se han encargado

de regular y establecer en la jurisprudencia unas limitantes al desarrollo de la actividad económica de las empresas dedicadas a dicha operación, teniendo en cuenta que su explotación desencadena una posible serie de consecuencias desfavorables para el entorno.

A su vez, la minería en Colombia es un sector que además de su rentabilidad, ha atraído a inversionistas extranjeros, quienes con grandes capitales explotan este tipo de recursos, para lo cual, el Estado colombiano ha desarrollado en su legislación normatividad en procura de proteger estas inversiones y así, hacer más atractiva la inversión extranjera en el país.

Asimismo, Colombia ha suscrito variados instrumentos internacionales por medio de los cuales mejora su integración economía con los demás países y se mantiene a la vanguardia de la globalización de su economía. En los mencionados instrumentos internacionales o acuerdos internacionales de inversión se encuentran los tratados de libre comercio, los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIIs) y los acuerdos de doble tributación.

Adicional a lo anterior, con el desarrollo de la legislación interna, el Estado colombiano ha mejorado las garantías de los inversionistas extranjeros, para así, tener una atmosfera jurídica que sea atractiva para las multinacionales y de esta manera incrementar el crecimiento económico del país.

Con todo lo anterior, surge una problemática jurídica en el país, toda vez que, aunque por un lado la protección ambiental cada vez se desarrolla con mayor auge y amplitud, por otro lado, la libertad de empresa especialmente como derecho en la industria minera se puede ver afectada con cada decisión tanto administrativa como judicial que toma el Estado colombiano, puesto que en la generalidad, el avance en la salvaguarda ambiental es una clara limitación del derecho constitucional de la libertad económica consagrado en el artículo 333 de la constitución política; es decir, que el ejercicio de la libertad de empresa especialmente en lo relativo a la industria minera, se ha visto restringido por diferentes normas y a su vez por jurisprudencia de la Corte Constitucional en la

cual, en procura del interés general, se imponen ciertas obligaciones a las empresas respecto de su actividad comercial, en cuestiones relacionadas con: la protección de derechos fundamentales, salubridad, función social, utilidad pública y protección del medio ambiente, con el objetivo de cumplir los fines que tiene el Estado social de Derecho.

Así, se puede afirmar que se presenta una problemática respecto del enfrentamiento jurídico entre la protección ambiental, la garantía del derecho a la libertad de empresa en la industria minera y el inversionista extranjero siendo inminente y de gran envergadura, debido a que en un lado de la balanza se encuentran los derechos de los inversionistas extranjeros en materia minera, garantizados por instrumentos internacionales y la legislación interna , y por el otro, las garantías constitucionales para la protección del medio ambiente.

Cabe resaltar que esta problemática debe ser observada junto con el análisis de la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a los inversionistas extranjeros, quienes pueden ver limitados sus derechos económicos con el avance de la protección ambiental. La problemática mencionada la ejemplifica el caso del páramo de Santurbán y la multinacional canadiense Eco Oro Mineral, en el cual este último debió interrumpir todas sus operaciones industriales de minería que se adelantaban en la zona de páramo a raíz de la sentencia de la Corte Constitucional C-035 de 2016 en la cual el alto tribunal determinó que en la zona de páramos quedaba prohibido el ejercicio de todas las actividades mineras, restringiendo así también, los derechos que aún conservaban los inversionistas que contaban con título minero expedido con anterioridad al nueve de febrero de 2010, tal como se había consagrado en el parágrafo del artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

La importancia de una protección para las zonas páramo corresponde a que según el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en el mundo solo 6 países cuentan con páramos en sus

territorios y en Colombia están ubicados el 50% de estos, con 3 millones de hectáreas en 36 complejos y de ahí la importancia del cuidado de estos.

Para lo anterior en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, artículo 202, se consideró que “en los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos”. Aquí se contemplaba que era suficiente la cartografía contenida en el atlas de páramos transitoriamente, para extender la protección mientras se realizaban los trabajos de delimitación por la autoridad ambiental correspondiente.

A pesar de la anterior disposición, surgió el primer conflicto con los inversionistas extranjeros que ya contaban con títulos mineros y licencias para la exploración y explotación en estas zonas, por lo cual en el Plan Nacional de Desarrollo del 2014-2018, se derogó esta disposición y se estipuló en el artículo 173 que “en las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos”. De esta forma, la protección de páramos se limitó a aquellos que habían sido delimitados. Es necesario destacar que el único páramo delimitado en Colombia a la fecha es el de Santurbán; y a su vez, en el parágrafo primero del mismo artículo se consagra que “al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería... podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga”.

Estas disposiciones generaron inconvenientes pues si bien, el páramo de Santurbán fue delimitado por la autoridad ambiental en el año 2014 a través de la Resolución 2090, el descontento por parte de la sociedad ha aumentado en procura de proteger el recurso hídrico, pues en el páramo

de Santurbán las actividades mineras continuaron gracias al amparo legal que se les otorgó a las multinacionales en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Ante esta problemática social y jurídica, y en atención a una demanda de inconstitucionalidad del artículo 173 de la ley 1753 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), el alto tribunal constitucional declaró inexecutable esta norma en la sentencia C-035 de 2016, y consideró que “es inconstitucional porque desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica” y, en consecuencia, prohibió toda actividad de exploración y explotación minera en las zonas páramo y recalcó la urgencia de realizar las respectivas delimitaciones de las zonas páramo por parte del instituto Alejandro Von Humboldt.

Con todo lo anterior aparecen grandes interrogantes y una problemática jurídica inminente, en la cual se encuentran en juego por un lado los derechos de las multinacionales extranjeras con los cuales tienen la facultad de explorar y explotar terrenos dentro de las zonas páramo, como el de Santurbán, y por otro las garantías constitucionales para la protección del medio ambiente como limitante al ejercicio del derecho constitucional a libertad de empresa y la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano frente al inversionista extranjero especialmente en lo referido al caso del páramo de Santurbán y la empresa Eco Oro Minerals. Ante todo, surge la siguiente pregunta de investigación.

1.1.1 Formulación de la pregunta de investigación.

¿Cuál es la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente, frente a la protección jurídica del inversionista extranjero desde el análisis del caso Santurbán Estado Colombiano vs. Eco Oro Minerals?

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general. Analizar la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente, frente a la protección jurídica del inversionista extranjero (caso Santurbán).

1.2.2 Objetivos específicos.

- ✓ Revisar los límites normativos en el contexto constitucional al igual que los desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional impuestos a la libertad de empresa de la industria minera en Colombia por la salvaguarda del medio ambiente.
- ✓ Identificar la protección del inversionista extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano.
- ✓ Revisar a partir de laudos arbitrales y jurisprudencia internacional la responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera extranjera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente (caso Santurbán).

1.3 Justificación

A partir de la trascendencia que ostenta la salvaguarda, protección y regulación ambiental, actualmente en las agendas de importantes cumbres internacionales, como consecuencia de la preocupación a nivel mundial por el deterioro ambiental producido por el uso desmesurado de los recursos naturales y el abuso del hombre en el aprovechamiento de los mismos, se han generado

una serie de limitantes a su uso manifestadas a través de reglamentaciones y pronunciamientos, para la correcta explotación de la naturaleza.

Es por eso, que el Estado colombiano, al ser parte de la globalización y por lo tanto, de dichas cumbres internacionales, ha tomado decisiones importantes en torno a la regulación y salvaguarda ambiental, especialmente en lo concerniente a la industria minera, la cual a través de los años, ha traído crecimiento económico y progreso social. Sin dejar a un lado, las consecuencias adversas que la excesiva e incontrolada explotación minera ha generado en los recursos hídricos, geológicos, biológicos, atmosféricos y socioeconómicos del país, surgiendo la necesidad de limitar la libertad de empresa en materia minera, en pro de dicha salvaguarda ambiental.

Teniendo en cuenta que, la libertad de empresa como derecho constitucional consagrado en el artículo 333 de la carta política, es un concepto muy amplio que abarca entre otros, la eficiencia de la gestión económica y a su vez, permite materializar intereses privados, a través del aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. La Corte Constitucional y la legislación colombiana, han desarrollado una serie de impedimentos al ejercicio de dicha autonomía privada, en materia ambiental, en procura de la conservación y salvaguarda del medio ambiente a partir de la minería, generando cierta inestabilidad en las inversiones.

De igual forma, es importante recalcar que el Estado Colombiano cuenta con diferentes tratados e instrumentos internacionales que brindan protección a los inversionistas extranjeros para blindar los grandes aportes y proyectos que ejecutan en el territorio colombiano. De esta manera, los conflictos o inconvenientes que se presenten en el desarrollo de estos van a dirimirse a través de mecanismos alternos a la legislación interna, cuando así lo pacten las partes.

Por lo tanto, el sentido de este trabajo de grado se encamina a establecer cuál es el marco de libertad que tienen los empresarios al momento de consolidar sus intereses privados y llevarlos a cabo, en la industria minera, amparándose en la libertad de empresa que es el pilar fundamental de

su autonomía, teniendo en cuenta lo establecido por la legislación y jurisprudencia internacional en lo relacionado con la protección del medio ambiente y a su vez, la posible responsabilidad internacional del Estado Colombiano frente a los inversionistas extranjeros por la imposición de dichas limitantes, estudiando concretamente el caso del inversionista canadiense Eco Oro Minerals en el Páramo de Santurbán.

De esta manera, no solo el inversionista tiene claro hasta qué punto puede llegar el desarrollo de su actividad minera, sino que la sociedad en general adquiere el conocimiento para hacer exigible el cumplimiento y respeto de estos límites constitucionales, que en su último fin, es proteger el medio ambiente el cual es portador de vida y elemento necesario para el normal desarrollo de los seres humanos, haciendo hincapié en que permitir su inapropiado aprovechamiento puede desencadenar en daños irremediables, sin desconocer el derecho que tienen los inversionistas a ejercer sus facultades y actividades comerciales, amparados en la legislación y jurisprudencia internacional.

1. Marco teórico

2.1 Antecedentes

Dentro del marco internacional se tiene que la relación entre el derecho del medio ambiente con el comercio es un tema que ha sido tratado desde 1970 según la Organización Mundial del Comercio, la cual afirma que la preocupación internacional por el impacto del crecimiento económico en el desarrollo social y el medio ambiente hizo que se considerara necesaria una conferencia internacional sobre la manera de gestionar el medio humano, siendo La Conferencia de Estocolmo

de 1972 la respuesta. A partir de esta, se generó todo un compendio de normas y tratados de carácter vinculante.

A través de la Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972) se examinó la necesidad de una visión y de principios comunes para inspirar y guiar a los pueblos del mundo en la preservación y mejora del medio ambiente humano. Fue la primera conferencia sobre cuestiones internacionales de la ONU y marcó el desarrollo de la política internacional del medio ambiente, convirtiéndose en el primer documento internacional en reconocer el derecho a un medio ambiente sano.

Posteriormente, los gobiernos comenzaron a implementar políticas ambientales a nivel interno de los países, consolidando para tal fin: partidos políticos, en algunos de ellos ministerios de medio ambiente y con todo esto, se empezó a generar toda una legislación en materia ambiental.

Consecutivamente se llevó a cabo la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro, 1992), la cual tuvo por objeto establecer una alianza mundial equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra. Es decir, la comunidad internacional abordó el reto de articular un modelo de desarrollo global que, sin restar independencia a las decisiones nacionales, fuera capaz de trazar parámetros comunes para asegurar, conjuntamente con el desarrollo económico, el bienestar social y ambiental de la humanidad. Durante esa conferencia, se planteó el desarrollo sostenible como la única estrategia a seguir para asegurar un desarrollo ambientalmente adecuado y de largo plazo (Colombia, s.f.)

Por lo tanto, a nivel internacional estas dos declaraciones instituyeron toda una base de principios a seguir por los países participantes, permitiendo que a partir de estas se comenzara a

tener en cuenta el medio ambiente como uno de los principales ítems a la hora de realizar tratados y acuerdos internacionales. Siendo un claro ejemplo de lo anterior, el acuerdo de Marrakech a través del cual se originó la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994, el cual, tal como lo menciona la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), fue el primer tratado económico en reconocer las metas de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente.

De igual forma, en 1994 entró en vigor la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la cual incorporó una línea muy importante de uno de los tratados multilaterales sobre medio ambiente que más éxito han tenido en toda la historia: el Protocolo de Montreal de 1987, en virtud de la cual los Estados miembros están obligados a actuar en interés de la seguridad humana incluso a falta de certeza científica. (Change, s.f.) Teniendo en cuenta que desde 1995 sus países firmantes se han reunido cada año en la conocida Conferencia de las Partes (COP).

Seguidamente, en 2002 se encuentra la Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, la cual se llevó a cabo en Johannesburgo, para dar seguimiento a los compromisos de la Cumbre de Río. En esa ocasión, adoptaron la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible, centrada en el desarrollo y la erradicación de la pobreza con un enfoque jurídico-económico sobre las “asociaciones público-privadas”. (Florencia Ortúzar, 2014)

Finalmente, en el ámbito internacional, en 2012, la ONU organizó la tercera Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible, conocida como Río + 20, la cual convocó a 192 Estados miembros, empresas del sector privado, ONG y otras organizaciones. El resultado fue un documento no vinculante llamado El Futuro que Queremos. En las 49 páginas del documento, los Estados renuevan su compromiso al desarrollo sostenible y a la promoción de un futuro sustentable. (Florencia Ortúzar, 2014)

Dentro del ámbito nacional se tiene que algunas de las normas que integran el Sistema Nacional Ambiental son las siguientes: la normatividad básica se encuentra contenida en algunos artículos del Código Civil Art 669 que define lo que es el dominio, art 677 sobre el dominio de las aguas, art 769 y siguientes, sobre la accesión por aluvión, los artículos 892 y 918 sobre derechos de los propietarios riberaños, el artículo 994 sobre la imposibilidad de adquirir el derecho a contaminar por el modo de la prescripción y los artículos 1005 y 2359 sobre las acciones populares para proteger el ambiente. Después de la Conferencia de Estocolmo (1972), se dan facultades para que el gobierno expida un código que proteja los recursos naturales renovables o el medio ambiente y este fue el Decreto Ley 2811 de 1974.

A partir de la constitución de 1991 se crea la Ley 99 de 1993 que regula el Sistema Nacional Ambiental donde se encargó de crear el Ministerio del Medio Ambiente, reordenar el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, además de organizar el Sistema Nacional Ambiental, SINA. A continuación, el Decreto 2150 de 1995 reglamentó la licencia ambiental.

De igual forma, en el ámbito minero, se tiene que durante los últimos 20 años y principalmente en la última década, Colombia ha impulsado parte de su crecimiento económico a partir de la explotación minero-energética. A partir del 2001, el gobierno nacional reestructura la regulación del sector minero para facilitar y fomentar la inversión transnacional, prevaleciendo el interés minero por sobre la protección ambiental (Greenpeace, 2013).

La minería basada principalmente en la explotación de oro, carbón y materiales para la construcción está generando graves daños a ecosistemas estratégicos. Entre los impactos negativos que genera la actividad, se destaca la contaminación de aguas superficiales y subterráneas, principalmente con mercurio y cianuro, la contaminación atmosférica, la pérdida de biodiversidad

y la generación de riesgos de avenidas torrenciales con elementos contaminantes, como también la destrucción del paisaje (Greenpeace, 2013).

Posteriormente, la regulación ambiental del Código de Minas, ley 1382 de 2010, fue declarada inexecutable por la sentencia C – 366 de 2011 de la Corte Constitucional, en razón a la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas. En el trámite de esta ley, no se tuvo en cuenta su participación y la posible afectación de su derecho a las tierras y el territorio, en aquellos casos donde se pueden ver vulneradas por encontrarse ubicados en zonas susceptibles de explotación minera, quedando vigente el Código de Minas de 2001 nuevamente, ley 685 de 2001.

Debe tenerse en cuenta igualmente que la implementación de la minería en Colombia ha conllevado a la proliferación de títulos mineros y al aumento de dichas actividades en el territorio del país en virtud, en gran parte, de la libertad empresa. La cual tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, cuando se instauró el principio de libertad de comercio y de industria paralelamente a la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, esto bajo un sistema económico autosuficiente y como consecuencia del derecho natural y de una política antiestatal (Bernal, 2005).

Asimismo, la Corte al referirse a las áreas de importancia ecológica señala que de acuerdo a las normas constitucionales y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), dichas áreas han tenido un desarrollo ecológico y reglamentario bastante amplio en el ordenamiento jurídico colombiano. Es por eso que, a partir de estas regulaciones confluyen distintos elementos, instrumentos y entidades para la protección de las áreas de importancia ecológica.

En consecuencia, la Corte advierte que de las distintas regulaciones se desprende un entramado normativo complejo compuesto por normas que regulan (i) áreas con distintos niveles de protección; (ii) áreas protegidas del orden nacional y del orden regional; (iii) áreas protegidas

públicas y privadas y, (iv) las funciones de las distintas autoridades competentes para su administración, manejo y protección.

Ahora bien, la creación de las áreas de especial importancia ecológica persigue distintas finalidades, tales como: (i) asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos naturales para mantener la diversidad biológica; (ii) garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano; y (iii) garantizar la permanencia del medio natural, o de alguno de sus componentes, como fundamento para el mantenimiento de la diversidad cultural del país y de la valoración social de la naturaleza

En particular, aunque los páramos sean ecosistemas que de acuerdo con la ley requieren de protección especial, no por ello son necesariamente áreas protegidas, en razón a que la categoría de “*área protegida*” está ligada a un procedimiento de declaratoria y adopción por parte de las autoridades ambientales. Es decir, que a pesar de que estos ecosistemas han sido concebidos como áreas que requieren de una protección especial, no se ha reglamentado una categoría de protección específica o automática para dichos biomas. En esa medida, en la actualidad existen zonas de páramo que han sido declaradas como áreas protegidas y otras que no lo han sido (Sentencia C-035 de 2016).

Desde el punto de vista regulatorio, mediante la Resolución 769 de 2002, el Ministerio de Ambiente estableció que los páramos son ecosistemas de una singular riqueza cultural y biótica, y con un alto grado de especies de flora y fauna endémicas de inmenso valor, que constituyen un factor indispensable para el equilibrio ecosistémico, el manejo de la biodiversidad y el patrimonio natural del país.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano existen otras normas que reconocen la protección especial de los páramos y por lo tanto, son parámetros sustantivos a tener en cuenta en su delimitación, a saber:

- i) el artículo 1° de la Ley 99 de 1993 el cual establece que “las zonas páramos tienen protección especial. Además, dispone que la investigación científica debe ser relevante para la formulación de las políticas ambientales en esos biomas”;
- ii) El artículo 16 de la Ley 373 de 1997, modificado por el artículo 89 de la Ley 812 de 2003, indica que “el Estado debe adquirir o salvaguardar las zonas de páramo con carácter prioritario para su conservación”;
- iii) El artículo 4° del Decreto 3600 de 2007 reconoce que “los nichos paramunos son áreas de especial importancia ecosistémica, al punto que se hallan en la categoría de protección de suelo rural”; y
- iv) El artículo 29 del Decreto 2372 de 2010 reitera que “las zonas de páramo y subpáramos son ecosistemas estratégicos”.

En Colombia la libertad de empresa no es una institución jurídica que se encuentre nominalmente contemplada en el ordenamiento constitucional. Pero se infiere del artículo 333 de la carta política, dentro del título XII en el que se incorporan algunos de los principios tratados en el título primero de la misma y en particular el *Estado Social*, en el cual se protege la iniciativa privada y reconoce el alcance, los límites y las obligaciones a las cuales debe someterse cualquier actividad económica en materia social, ambiental y cultural. (Bernal, 2005)

En lo referente al ambiente, estas limitaciones y obligaciones se esbozan con mayor profundidad en los derechos constitucionales consagrados en los artículos 8, 58, 79 y 80 de la Constitución Política. De acuerdo con estos, se protegen las riquezas ambientales de la nación, la propiedad tiene función social con implicación de obligaciones y el Estado debe prevenir los factores que incidan en el deterioro ambiental, además de aplicar las respectivas sanciones legales y exigir la reparación de los daños. (Bernal, 2005)

Por lo tanto, aunque la libertad de empresa se encuentra garantizada a partir de 1991 en la carta política, también hay límites para su ejercicio pues esta no es absoluta y depende de diversos factores, entre ellos, la protección del medio ambiente. (Bernal, 2005)

Sin dejar a un lado que a pesar de que la libertad de empresa encuentra limitaciones constitucionales, se han presentado abusos y deterioros al medio ambiente. Es por eso, que se ha despertado la necesidad de regular el ejercicio de las actividades comerciales e industriales con el fin de proteger y salvaguardar su integridad.

Desde un punto de vista constitucional el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el equilibrio de los ecosistemas, el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, la protección de la diversidad biológica y cultural, y la calidad de vida del hombre. La protección del medio ambiente ha adquirido en la legislación colombiana y en la constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendida como una prioridad dentro de los fines del Estado, y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 1998) garantizando esto a través de tratados internacionales y leyes internas en cada país.

Finalmente, se tiene que el inversionista extranjero cuenta con una amplia regulación con el fin de implementar y desarrollar un esquema de protección y así aumentar la inversión de los mismos, en el marco de una política de integración económica que a su vez busca dar cumplimiento a los parámetros constitucionales, reduciendo así los riesgos a favor del inversionista.

Las medidas de protección del inversionista extranjero se encuentran en los Acuerdos Internacionales de Inversión y en los Instrumentos y Convenios Internacionales adoptados por Colombia. Sin dejar a un lado que en la legislación interna se encuentra un régimen de protección

al inversionista extranjero, el cual ha sido analizado por la Corte Constitucional, señalando que las garantías otorgadas por Colombia a este tipo de inversión son acordes a la constitución.

Dada la importancia que revisten los Acuerdos Internacionales de Inversión, Colombia ha implementado políticas de negociación y celebración de este tipo de acuerdos para brindar mayor seguridad al inversionista, entre los que se encuentran: i) los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), ii) los tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión y iii) los acuerdos de doble tributación.

De estos tipos de acuerdos internacionales, se hace énfasis principalmente en aquellos que brindan seguridad a la inversión que se realiza en Colombia, dentro de los que se encuentran los APPRI entendidos como “tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte” (Comercio, s.f.).

Teniendo en cuenta que el objetivo de este tipo de acuerdos consiste en proporcionar un espacio estable y favorable al inversionista y, de esta manera, reducir la incertidumbre jurídica que pueda llegar a afectar negativamente el desarrollo o la ejecución de proyectos. La cobertura de protección otorgada por los APPRI se aplica a la fase del post-establecimiento de la inversión, una vez que la misma se ha realizado de conformidad con la legislación del país receptor. Colombia ha suscrito este tipo de acuerdos con países como China, India y Reino Unido, estando vigentes así mismos acuerdos de este tipo con Perú, Suiza y España.

Por otra parte, los Tratados de Libre Comercio (TLCs) mediante los cuales dos o más países reglamentan de manera comprehensiva sus relaciones comerciales, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, su nivel de desarrollo económico y social. Los TLCs contienen normas y procedimientos tendientes a garantizar que los flujos de bienes, servicios e inversiones entre los países que suscriben dichos tratados se realicen sin restricciones injustificadas

y en condiciones transparentes y predecibles. (Min. Comercio Industria y Turismo, 2004). Colombia ha suscrito y tiene TLCs vigentes con Chile, Canadá, México, con la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), con EL Salvador, Guatemala, Honduras y Estados Unidos.

A su vez, el Estado colombiano ha suscrito instrumentos internacionales que dan seguridad a los inversionistas extranjeros en relación con las garantías de estabilidad jurídica y solución de controversias. Entre estos se encuentra el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), el cual es un organismo del banco mundial, así como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Corporación de Inversión Privada en el Extranjero (OPIC, por sus siglas en inglés).

Lo anterior sin dejar a un lado que el inversionista extranjero ostenta una importante protección a nivel nacional en la legislación colombiana, en el año 2000 se promulgó el decreto 2080, en el cual se consagró el “Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior”. El título tres de este decreto aborda los Regímenes Especiales de las inversiones de Capital del exterior y su capítulo II consagra el régimen especial en el sector de hidrocarburos y minería, estableciendo que: “Las inversiones de capitales del exterior para la exploración y explotación de petróleo y gas natural, para proyectos de refinación, transporte y distribución de hidrocarburos y para la exploración, explotación, beneficio y transformación de minerales, estarán sujetas al cumplimiento de las normas que regulan dichas actividades en especial y, cuando a ello hubiere lugar, las previstas en el contrato respectivo entre ECOPETROL y el inversionista del exterior” (Artículo 21).

Aunque los acuerdos internacionales de inversión anteriormente mencionados son los más utilizados por los Estados, Colombia particularmente cuenta con otra forma de dar seguridad al inversionista extranjero en el país, a través de los contratos de estabilidad desarrollados e

implementados con la ley 963 de 2005, en la cual se estipula que la manera de otorgar garantías al inversionista que lo suscriba con el Estado Colombiano es:

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

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

Este tipo de contratos fue analizado a su vez por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-320 de 2006 y en este fallo se señaló que:

Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar; (iii), en caso de

presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; (iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y (vi) cumplir *"con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley."*

De esta manera, se corrobora como este mecanismo que favorece la seguridad jurídica del inversionista extranjero está vigente y avalado en el ordenamiento jurídico colombiano y listo para ser implementado, siendo garantizado su derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, teniendo siempre presente los límites a los cuales puedan estar sujetos por cuestiones anteriormente mencionadas, tales como la salvaguarda del medio ambiente.

En razón al análisis de la protección ambiental, la libertad de empresa y la protección y seguridad con la que cuentan en el inversionista extranjero en Colombia, se analiza el caso concreto del inversionista Canadiense Eco Oro Minerals en el Páramo de Santurbán. Teniendo en cuenta que los primeros acercamientos para la delimitación de los páramos se encuentran en el artículo 3 de la ley 1382 de 2010, el cual establecía como zona excluida de minería los ecosistemas de páramos siempre y cuando la autoridad ambiental, con base en estudios técnicos, sociales y ambientales los delimitara geográficamente. Sin embargo, al ser declarado inexecutable dicho código quedaba sin efecto la protección brindada a los páramos.

Seguidamente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 se estipula que no se podrán adelantar actividades de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales en los páramos, siendo delimitados por la autoridad ambiental basándose en los estudios pertinentes.

En fecha posterior, a través de Resolución 2090 del 19 de diciembre de 2014, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible delimitó el páramo de Santurbán, el cual se encuentra ubicado en los departamentos de Santander y Norte de Santander, con el fin de conservar los ecosistemas de páramos y garantizar el abastecimiento del agua del 70% de los colombianos. Dicha decisión protegió 98.954 hectáreas de páramo y , a su vez, inició la recuperación de 25.287 hectáreas más que estaban intervenidas para llevarlas a prácticas sostenibles (Ambiente, 2014).

Dicha delimitación del páramo de Santurbán generó conflicto entre los inversionistas extranjeros que realizaban trabajos de explotación en la zona y el Estado colombiano, pues ya existían permisos y licencias ambientales concedidos y, aunque estos seguían siendo válidos a la luz del ordenamiento colombiano, habían perdido su fundamento jurídico, pues se limitó la libertad económica de los particulares para desarrollar actividades de minería e hidrocarburos (Sentencia C- 035, 2016).

Fue así como la protección ambiental en los ecosistemas de los páramos se consolidó llegando a materializarse en el Plan de Desarrollo 2014 – 2018, cuando la sentencia C – 035 de 2016 modificó el artículo 173 del mismo, considerando que pese a la existencia de títulos mineros ya concedidos, prevalece el interés general y el derecho a un medio ambiente sano, pues los páramos son fundamentales para proveer agua a las principales ciudades del país y para regular el ciclo hídrico, constituyendo su posible afectación un peligro inminente para la población colombiana.

De esta manera, la modificación el artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo estableció que en las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades de exploración o

explotación de recursos naturales no renovables. Por lo tanto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible debe delimitar las áreas de páramos al interior del área de referencia definida en la cartografía generada por el Instituto Alexander Van Humboldt y deberá hacerlo con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos (Ley 1753, 2015).

En todo caso, conforme al mencionado Plan 2014 – 2018, en el área de referencia que no sea incluida dentro del área del páramo delimitada no estará permitido otorgar nuevos títulos mineros o suscribir nuevos contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, ni el desarrollo de nuevas actividades agropecuarias. Esta área será objeto de ordenamiento y manejo integral por parte de las entidades territoriales de conformidad con los lineamientos que establezcan las Corporaciones Autónomas Regionales, con el fin de atenuar y prevenir las perturbaciones sobre el área delimitada como páramo y contribuir con la protección y preservación de estas (Ley 1753, 2015).

2.2 Estado del arte

La libertad de empresa, como derecho constitucional consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, moduló el ejercicio de la actividad empresarial de las industrias que ejecutan trabajos en Colombia. No obstante, este derecho puede ser analizado desde la óptica del derecho privado, y los lineamientos del derecho público gracias a la intervención del juez constitucional, el cual con el fin de proteger derechos y otorgar garantías en diferentes áreas del derecho, verbigracia la protección de derechos fundamentales, el interés general y el medio ambiente entre otras, ha restringido el ejercicio de esta premisa constitucional.

Cumplidos más de cien años desde que comenzaron las explotaciones de hidrocarburos y minerales en Colombia, las empresas han utilizado cada una de las regiones aptas para el

aprovechamiento del recurso minero, sin embargo, se ha generado un deterioro ambiental, que consigo involucra preocupaciones que trascienden a lo social, biológico, científico y político, hasta llegar al ámbito normativo, generando el planteamiento y desarrollo de investigaciones con el fin de aclarar y estructurar la reglamentación existente en favor de la salvaguarda del medio ambiente y el análisis del derecho constitucional a libertad económica o de empresa.

En primer lugar, la preocupación por desarrollar investigaciones en cuyo objeto está el análisis normativo relacionado con la protección del medio ambiente trasciende fronteras. Al ser este un tema del interés global despierta la necesidad de identificar qué protección se brinda al ambiente en las comunidades internacionales, como la Comunidad Andina, pudiéndose resaltar la investigación realizada por Catalina Moreno, consultora de división de recursos de la (CEPAL) y Eduardo Chaparro titulada “Conceptos básicos para entender la legislación aplicable a la industria minera en los países Andinos”. En ésta, además de exponer conceptos, se revisó el desarrollo legal en materia ambiental en América Latina y el Caribe, haciendo a su vez una evaluación de lo consagrado en las normas y la aplicabilidad de las mismas. Se muestra que la voluntad política de los países se ve reflejada en la creación de áreas protegidas, la regulación de la vida silvestre, ordenamientos territoriales y la puesta en marcha de estudios de impacto ambiental. Esto conlleva la creación de herramientas que garanticen el cumplimiento de las políticas, como la consagración de multas y sanciones por incumplimientos (2008).

La Asociación Interamericana para la defensa del Medio Ambiente, en cabeza de Marcela Jiménez Larrarte, Natalia Jiménez Galindo y Astrid Puentes Riaño, desarrolló una investigación titulada *Interés público de minería vs interés público de protección ambiental: un debate constitucional*. En ésta, manifiestan que la existencia de principios internacionales y otros de carácter constitucional otorgan una prevalencia a determinadas áreas ecológicas frente a la ejecución de actividades mineras; y que al presentarse un conflicto de intereses en lo que respecta

al interés público de conservación y los derechos concedidos a las explotaciones mineras, este debe inclinarse a favor del interés general de conservación. (Jimenez , Natalia , & Astrid , 2011).

Cabe resaltar además un documento desarrollado y publicado por el centro de investigaciones interdisciplinarias en ciencias y humanidades de la Universidad Autónoma de México, coordinado por Gian Carlo Delgado Ramos, que se titula *Ecología política de la minería en América Latina* el cual reúne 15 investigaciones y artículos científicos relacionados con el ejercicio de la minería en los países latinoamericanos. En este documento, se encuentran estudios completos y variados en torno a los efectos del ejercicio minero y la regulación del mismo en algunos de los países centro y suramericanos; estudio que permitió concluir que desde los años noventa se ha ampliado el espectro de participación y protección ambiental en los países de la región, unos en mayor medida que otros y que estas regulaciones ofrecen oportunidades de injerencia de abajo-arriba en los procesos centralizados y poco participativos como lo es la minería (2010).

Ahora bien, en Colombia, la Corte Constitucional ha creado precedentes jurisprudenciales que han sido analizados por Paola Becerra, Ángela García y Lina Sánchez. En su artículo llamado *La empresa como función social, libertad y ecológica*, las autoras hicieron un análisis muy importante de diferenciación de la libertad de empresa y la libertad económica, lo que les permitió concluir que:

La Corte Constitucional no ha hecho una diferenciación expresa entre los conceptos de libertad económica y libertad de empresa, lo que hizo necesario un esfuerzo interpretativo para concluir que la libertad económica es el género al cual pertenece la libre empresa con el ingrediente adicional de la iniciativa privada. De ahí que los límites aplicables a la libertad económica le son aplicables a la libre empresa. Sin embargo, resulta sorprendente evidenciar del estudio jurisprudencial que los límites que la Corte ha fijado para la libre empresa son los límites que

la Constitución ha establecido para la libertad económica. Cabe recordar que los límites expuestos por la Corte para la libertad de empresa son los fines propios de la intervención del Estado en la economía fijados constitucionalmente y la ley, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (2002, pág. 47).

Por otra parte, han surgido ideas de investigación con el fin de analizar y recopilar la legislación minera en el transcurrir del tiempo. Respondiendo a esta inquietud, Angelika Rettberg, Juan Felipe Ortiz Riomalo y Sandra Yañez Quintero realizaron su trabajo titulado: *Legislando minas: Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 – 2001)*, en el efectuaron una recopilación amplia y completa, a partir de 1829 cuando Simón Bolívar expidió el decreto sobre minas, hasta el código de minas de 2001, que actualmente rige en algunas de sus disposiciones luego de declararse inexecutable el código de minas de 2010. Esta revisión les permite afirmar que:

Hacia adelante, en primer lugar, cabría complementar en detalle la historia de la legislación en sus diferentes temas, teniendo en cuenta tanto aquellos aquí ya incluidos (ambiente, comunidades étnicas, formalización y legalización) como temas no incluidos (la historia en detalle y comparada de las características de los títulos mineros y de sus requisitos, obligaciones y procedimientos asociados; la historia de los impuestos, regalías y otras compensaciones económicas establecidas en el sector minero), y considerando el modo cómo se han desarrollado en el nivel sub-nacional. (Ortiz, Yañez, & Rettberg, 2014, pág. 77)

Tras el surgimiento de la problemática derivada de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010, por no aplicar la debida consulta previa a las comunidades indígenas, y en busca de dar una solución a este problema, se han presentado proyectos de ley que han sido objeto de análisis por parte de entidades como el Foro Nacional Ambiental, quien publicó un examen realizado por Sebastián Rubiano Galvis a uno de estos proyectos de ley que reformaría el código de minas, en cual sostiene que:

En términos generales, el proyecto es débil pues no fortalece la regulación de los aspectos ambientales y sociales de la minería. Es necesario abrir espacios de participación y debate para discutir la conveniencia de las medidas que propone el proyecto. Una gran limitación que enfrenta la propuesta es el desbalance y la asimetría que hay entre la intención minera del Gobierno y el estado de avance del ordenamiento ambiental del territorio nacional. (pág. 14).

Alfonso Avellaneda Cusarí, titula llamativamente su artículo *Petróleo sin gente, una estrategia que es necesario modificar dentro de un estado social de derecho* el cual, “parte de una revisión de lo que ha sido la actividad petrolera en Colombia en los últimos cien años, caracterizada como una actividad de invasión de territorios ancestrales indígenas y campesinos, y plantea una reflexión sobre lo que debería ser el papel de la ingeniería en la humanización de dicha actividad, con el objetivo de respetar los patrones territoriales y culturales de las poblaciones y la gente que habita en las zonas de influencia de los proyectos de hidrocarburos, siendo esta una condición indispensable para la búsqueda y construcción de la sustentabilidad ambiental ”Hace referencia además a la necesidad de “democratizar la vida económica y social de los pobladores en las zonas petroleras y definir reglas claras -respeto al derecho, la justicia ambiental, la transparencia, información, consulta previa, presencia de mediadores, definición de un código de conducta- que todos acaten” (Cusarí, 2014, pág. 61).

Ahora bien, el derecho a la libertad de empresa como una variable fundamental de esta investigación, requiere una noción clara y completa de lo que abarca este derecho. Debido a esto, el trabajo de Luis Fernando Sabogal Bernal, llamado *Nociones Generales de la libertad de empresa* revisa una concepción del derecho a la libertad de empresa como un derecho fundamental, así como su contenido, las facultades que este derecho le otorga a los empresarios y por otro lado, establece una serie de límites que se le han impuesto a las empresas para ejercer sus actividades. Finaliza con un análisis bastante llamativo y que es acertado desarrollar más adelante sobre la libertad de

empresa como fundamento de la autonomía privada. Claro está que el derecho a la libertad de empresa no se consagra como tal en la normas fundamental colombiana, no obstante el autor señala que pese a “la omisión textual del principio de libertad de empresa en la Constitución Política de 1991, éste es un derecho que se mantiene vigente en la estructura jurídica colombiana por desarrollo jurisprudencial y doctrinal” y que “la libertad de empresa, si bien es un derecho que en Colombia no tiene el carácter de fundamental, sí es una institución jurídica que se erige como baluarte de las organizaciones empresariales, de allí que sea de singular importancia analizar su contenido y limitaciones con aplicación de la teoría del núcleo esencial como método de hermenéutica en el derecho nacional, para de esa manera permitir a los empresarios visualizar el marco de libertad que tienen en ejercicio de su actividad empresarial” (Bernal, 2005, pág. 17).

Por último, Margarita Flórez, en su artículo “Elementos para determinar la Relación Comercio y Medio Ambiente” presenta algunas consideraciones alrededor de la relación entre comercio y medio ambiente a la luz de las repercusiones que podría tener, para la normatividad e institucionalidad ambiental, un Tratado de Libre Comercio. Bajo esta perspectiva, la primera parte del artículo examina las implicaciones de la extensión de los derechos de propiedad intelectual al caso específico de la diversidad biológica. En la segunda, se adelantan algunas observaciones acerca de la vigencia y el trámite de los acuerdos multilaterales de medio ambiente. Finalmente, la tercera parte expone la relación entre la institucionalidad ambiental y la participación ciudadana en materia ambiental. Afirma la autora que:

Frente a la relación medio ambiente y comercio, se hace necesario aumentar los esfuerzos para resolver profundos conflictos, sin asumir, como punto de partida, una inusitada sensación de compatibilidad que está lejos de alcanzarse en la realidad. Aceptar esto equivale a someter la agenda ambiental a las presiones del libre comercio. (Florez, 2005, pág. 111).

Con todo lo anterior, se puede sostener que, en Colombia, como en los demás países de América Latina, se ha respondido por medio de normas a la necesidad de proteger el medio ambiente, de salvaguardar la salubridad y preservación los recursos naturales frente a las actividades industriales tales como las explotaciones mineras. Sin embargo, es necesaria la revisión de las facultades que tienen las empresas al hacer ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica y estructurar un análisis que muestre hasta qué punto se limita la libertad de la empresa minera cuando se protege el medio ambiente.

Por otro lado, se encuentra también que la protección ambiental en Colombia, desde la órbita constitucional y legal, ha trascendido y avanzado en respuesta y concordancia con principios como el de desarrollo sostenible y precaución, por los cuales se ha motivado un progreso ambiental en el ordenamiento jurídico que pretende salvaguardar el medio con el fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y corresponder al interés general.

Es así como la protección de zonas ecológicas en Colombia se ha extendido a través de pronunciamientos jurisprudenciales, leyes y resoluciones de la autoridad ambiental; al punto de llegar al debate y estudio jurídico y de impacto social sobre la protección de los páramos, tras las consecuencias observadas por la ejecución de explotaciones de recursos naturales en los mismos, las cuales se amparan en los títulos mineros otorgados por la autoridad competente.

Esta situación, ha sido también un motivo de investigación jurídica y socio jurídica, de estudio y análisis desde la óptica legal, periodística, biológica y social, con el fin de estructurar los impactos, los beneficios, los daños y el Estado del ecosistema. Sin dejar a un lado los estudios jurídicos en relación con los derechos que tienen los multinacionales que han invertido en explotaciones en territorios pertenecientes a los páramos. Y, por otro lado, de suma importancia, el análisis de la responsabilidad internacional del Estado en relación a las facultades adquiridas por

los inversionistas y la imposibilidad posterior de continuar ejecutando sus labores de explotación por la delimitación de los páramos y su prohibición de explotación.

Con respecto al tema en estudio se encuentran artículos sobre la protección de los páramos en Colombia y la explotación de recursos naturales en los mismos; Sin embargo, bajo argumentos jurídicos se consolidan tesis en favor de los derechos adquiridos por los inversionistas extranjeros y las controversias surgidas entre estos y el Estado.

De esta manera, se evidencia la preocupación de muchos por la protección de los páramos, tal como lo muestra Leonardo Güiza Suarez, en su artículo “Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia”, en el cual resalta el impacto desfavorable que deja la minera tanto legal como ilegal en el ecosistema colombiano, el papel el Estado respecto de la reparación de los daños ambientales y hace un análisis de la minería en los páramos y la forma en que éste tiene directa incidencia en afectar el derecho al agua.

Es de suma importancia tomar datos que expone el autor al señalar que “Según Morales, Otero, Van Der Hammen, Torres, Cadena, Pedraza, et al. (2007), Colombia posee el 49% de los páramos del planeta con una superficie aproximada de 1’932.987 hectáreas, el 1.7% de su territorio continental, distribuidos en 34 sistemas identificados” (Suarez, 2011, pág. 130), lo cual llama la atención sobre el peligro que representa para el interés general la exploración y explotación de recursos en los páramos.

Por otro lado, se encuentra la posición de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, la cual, en un artículo titulado “Interés público de minería vs interés público de protección ambiental: un debate constitucional”, expone la situación de los derechos adquiridos en el contexto del derecho público, previniendo primero que los derechos adquiridos son referentes a facultades de exploración y explotación más no conceden propiedad alguna, ante lo cual señalan las autoras que:

Frente a los recursos naturales existe un régimen de permisos surgidos de la capacidad y competencia institucional, que constituyen y hacen efectivo el derecho que se deriva como consecuencia de dichos permisos. Este derecho no tiene la calidad de un título originario concebido en los términos de la propiedad civil. Para el caso que nos ocupa, el derecho derivado del título minero es el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables. A través de la licencia ambiental, se obtiene el derecho de apropiárselos mediante su extracción o captación, y de aprovechar los recursos renovables que estén relacionados.

Las relaciones de acceso y apropiación de los recursos naturales no son las propias “del ámbito de los derechos patrimoniales” sino que corresponden al “contexto de las relaciones entre el Estado y los particulares, en el cual se aplican las normas y principios del derecho público”. Tal como lo señaló la Corte “en materia de derecho público, la noción de derechos adquiridos tiende a diluirse, pues esta noción, admitida universalmente se refiere sustancialmente a los derechos que regulan las leyes civiles”. A la misma conclusión ha llegado el Consejo de Estado colombiano al decir que: “Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos” (Marcela Jimenez, 2012, pág. 14).

Respecto de la protección del inversionista extranjero en Colombia, cabe resaltar que esta se maneja desde parámetros internacionales y con figuras en el ordenamiento jurídico interno, encontrándose en la doctrina una posición encaminada a dar estabilidad a los inversionistas extranjeros. Juliana Castaño y Paola Galeano, en su trabajo “Los Contratos de Estabilidad ¿Una

verdadera herramienta para la protección Jurídica en Colombia: de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano?”, muestran los instrumentos de estabilización jurídica para el inversionista extranjero, los cuales son entendidos como “todos los mecanismos, contractuales o de otro tipo, que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionar el contrato”. (Juliana Castaño, 2011, pág. 71).

En dicho documento, las autoras hacen un análisis del clausulado que conforma este tipo de contrato que se celebra entre el Estado y un inversionista extranjero. Asimismo, hacen un análisis de la validez de dicho documento en el ordenamiento interno e internacional, sin dejar a un lado el examen de la ley 963 de 2005 por medio de la cual se permitió la celebración de estos acuerdos en Colombia. Sin embargo, en el juicio valorativo que realizan las autoras, afirman “que estos últimos evidencian varios defectos que les impiden ser verdaderos instrumentos para proteger los intereses del inversionista, y a su vez salvaguardar la soberanía del Estado colombiano y su capacidad para regular temas de interés general” (Juliana Castaño, 2011).

No obstante, con la sentencia C-320 de 2006 se cerró la discusión sobre la validez de los CEJ, sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que el Estado conserva sus poderes regulatorios en todo momento a pesar de que haya una garantía de inmodificabilidad de sus leyes. Con dicha providencia, el alto tribunal, en aras de proteger el interés general, le resta confiabilidad a los CEJ y, por tanto, se observa que el compromiso que contrae el gobierno en los CEJ es ante todo una política tendiente a promover la inversión antes que una verdadera restricción a la modificación de sus normas. (Juliana Castaño, 2011).

Pero no se debe desconocer que, el inversionista tendría derecho a una indemnización ante un eventual cambio de legislación y esta podría generar un reequilibrio del contrato.

De forma general, las controversias que surgen entre el Estado y los inversionistas son resueltas en su mayoría por tribunales arbitrales y, sobre esto, la comisión económica para América Latina y el Caribe, consolidó por medio de Michael Mortimore un estudio titulado “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe”. En este, se expone la forma como se desarrolla el tema de inversión extranjera y el trato que se les da a las controversias surgidas en la misma. Llama la atención una de las afirmaciones a las cuales llega el autor, relativa al manejo de litigios y señala “aunque la inversión extranjera puede ser un importante elemento para superar la crisis, las experiencias de arbitraje internacional para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado han mostrado que es necesario ser prudentes respecto de los riesgos asociados a esas controversias. Puede que sea el momento de tener en cuenta otras opciones, como la creación de un tribunal internacional de inversión extranjera permanente ante el cual se puedan apelar las decisiones arbitrales ad hoc” (CEPAL, 2009), a la cual llega tras realizar una profunda evaluación de casos en concreto, del desarrollo del arbitraje y las garantías a los inversionistas.

En los Acuerdos Internacionales de Inversión, Tratados y Convenios Internacionales se han desarrollado conceptos y principios de derecho internacional de gran envergadura con el fin de garantizar los derechos de los inversionistas y que los Estados respeten esos mínimos niveles de protección, es así como se han consolidado estudios relacionados a determinar la importancia de estos principios en el derecho internacional, como el artículo titulado “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo” realizado por Hernán Valencia Restrepo en el cual indica que los principios de derecho internacional son fuente formal del ordenamiento internacional y afirma que estos tienen tres funciones principales como lo son las de: crear, interpretar e integrar el ordenamiento internacional.

Y en relación a los conceptos desarrollados para dar seguridad a los inversionistas en la estructuración de AIIs, y de Tratados Internacionales se encuentran: el trato nacional, el trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación. Estos conceptos han tenido profundo desarrollo y utilización tanto en convenios de inversión como en la solución de controversias de carácter internacional y Ana Ampuero Miranda realizó un estudio titulado “Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión” en el cual desarrolla cada uno de estos y señala la importancia que revisten al considerar que “estas instituciones del Derecho Internacional de las Inversiones brinda a los funcionarios de cualquier Estado, encargados de la definición y ejecución de políticas en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, la oportunidad de consolidar marcos estables, previsibles y garantías a largo plazo para los inversionistas y sus inversiones” (Ampuero Miranda, Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión, 2008, pág. 348).

Con todo lo anterior se afirma que la búsqueda por parte del Estado de generar mejores condiciones y una estabilidad a los inversionistas extranjeros ha llevado a implementar medidas en su favor y a integrar instituciones y conceptos de derecho internacional. Sin embargo, para Colombia es aún un reto conciliar la protección del inversionista extranjero en materia minera frente a los límites constitucionales a los derechos de estos sujetos que son por el Estado para salvaguardar el medio ambiente.

2.3 Marco legal

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación en materia de protección ambiental tomó mayor importancia desde la constitución de 1991, lo cual sería gran logro en este ámbito del

derecho pues pasó a ser el origen de una amplia regulación ambiental con la cual cuenta el Estado Colombia. Así, en la constitución se encuentran un marco constitucional de la salvaguarda ambiental en los artículos 8, 58, 79 y 80; de acuerdo con éstos, se protegen las riquezas ambientales de la nación, la propiedad tiene función social con implicación de obligaciones y el Estado debe prevenir los factores que incidan en el deterioro ambiental, además de aplicar las respectivas sanciones legales y exigir la reparación de los daños. (Bernal, 2005).

En lo que concierne a la normatividad internacional la Declaración de la conferencia de las naciones unidas sobre el medio humano (Estocolmo, 1972) en donde se examinó la necesidad de una visión y de principios comunes para inspirar y guiar a los pueblos del mundo en la preservación y mejora del medio ambiente humano y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro, 1992) la cual tiene por objeto establecer una alianza mundial equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental son dos de los más importantes instrumentos internacionales en materia ambiental, los cuales determinan principios de derecho ambiental internacional y direccionan el desarrollo de la normatividad ambiental interna de los Estados.

En el ámbito de la normatividad colombiana, algunas de las normas que integran el sistema nacional ambiental son las siguientes: en un primer momento, la normatividad básica se encuentra contenida en algunos artículos del Código Civil Art 669 que define lo que es el dominio, art 677 sobre el dominio de las aguas, art 769 y siguientes, sobre la accesión por aluvión, los artículos 892 y 918 sobre derechos de los propietarios riberaños, el art 994 sobre la imposibilidad de adquirir el derecho a contaminar por el modo de la prescripción y los artículos 1005 y 2359 sobre las acciones populares para proteger el ambiente.

Asimismo, a partir de la constitución de 1991 se crea la Ley 99 de 1993 que regula el Sistema Nacional Ambiental donde se encargó de crear el Ministerio del Medio Ambiente, reordenar el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, además de organizar el Sistema Nacional Ambiental, SINA. A continuación, el Decreto 2150 de 1995 reglamentó la licencia ambiental.

Después, el código de minas (Ley 685 de 2001) estableció una amplia regulación sobre el ambiente. Seguido a este, vino el decreto 0276 de 2015, referente a las medidas relacionadas con el registro único de comercializadores con el fin del control de la comercialización de minerales.

Sin embargo, el esfuerzo por obtener la protección de otras áreas de importancia ecológicas se ha logrado en los últimos años gracias al esfuerzo de una parte del gobierno y a la presión social, verbigracias, la protección ambiental de los páramos la cual no se logró con la expedición de leyes como el código de minas, sino que, fue hasta la ley 1450 de 2011, la cual promulgaba el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2010-2014, la cual consagraría por primera vez que no se podrían adelantar actividades de exploración y explotación petrolera en los páramos.

Por otro lado, en lo relacionado a la libertad de empresa, el marco y reconocimiento constitucional se encuentra en el artículo 333 de la constitución política, el cual ha tenido su desarrollo más importante en la jurisprudencia de la Corte, como en la sentencia C-263 del 2011.

En lo que respecta a la protección y promoción de las inversiones extranjeras en el territorio colombiano, se han pactado diferentes instrumentos internacionales como Tratados de Libre Comercio como el convenido con Canadá y aprobado mediante la ley 1363 de 2009, el tratado de libre comercio entre Colombia y Venezuela, el TLC Colombia y Estados Unidos, el Acuerdo de Complementación económica con UNASUR, el Tratado con la Comunidad Andina de Naciones, el TLC Colombia y Corea del Norte, el TLC entre Colombia y la Unión Europea, el EFTA, la Alianza del Pacífico, el Caricom, TLC de Colombia con México, TLC entre Colombia y Chile,

TLC entre Colombia y Cuba, TLC entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras y finalmente el TLC entre Colombia y Costa Rica.

Asimismo, se encuentra el decreto 2080 del año 2000, en el cual se consagró el “Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior”, y la ley 963 de 2005 por la cual se instaura un régimen de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, esta protección de los inversionistas fue avalada por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-320 de 2006, afirmando la constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica contenidos en la ley 963 de 2005.

En materia de minería, se expidió el Decreto Ley 2655 de 1988 que reunió los cambios de la Ley 20 de 1969 y el Estatuto Minero. En concordancia con la Constitución Política de 1886, se puso fin a la dualidad existente, definiendo a la Nación como única propietaria de las minas del país —respetando los derechos adquiridos por terceros— y en adelante este concepto de propiedad estatal fue reafirmado, consolidado y ampliado: ya no son propiedad del Estado solo las minas sino todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo, incluyendo la sal, los materiales de construcción, y los recursos disponibles en el espacio marino.

El Código de Minas de 1988 declaró de utilidad pública y de interés social la industria minera, involucrando además las actividades conexas. En consecuencia, reguló la expropiación de bienes y derechos necesarios para el ejercicio de la minería o su eficiente desarrollo, y facultó al Gobierno para decretar expropiaciones de minas del suelo y subsuelo cuando se requería integrar esos bienes o derechos a un proyecto de gran minería de importancia para la economía del país. De esta manera, se extinguieron los numerosos títulos mineros en manos de particulares, recuperando los minerales en beneficio de la Nación.

A continuación, se adoptó la Ley 685 de 2001, donde se reafirmó que los minerales, de cualquier clase y ubicación, son de exclusiva propiedad del Estado, teniendo en cuenta la minería

marina. También quedaron a salvo los derechos de los particulares obtenidos con leyes anteriores y además se garantizó que la propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible, por lo que el derecho a explorarlos y explotarlos se adquiere mediante el otorgamiento de títulos mineros, a través del contrato de concesión que involucra la licencia ambiental y además se reconoció la utilidad pública y el interés social de la industria minera en todas sus ramas y fases. Por último se expidió la Ley 1382 DE 2010 que modificó el Código de Minas de 2001, pero fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 de 2011. (Ortiz, Yañez, & Rettberg, 2014).

En cuanto a la protección ambiental de los páramos, esta no se logró con la expedición de leyes como el código de minas, sino que, fue hasta la ley 1450 de 2011, que promulgaba el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2010-2014, la cual consagraría por primera vez que no se podrían adelantar actividades de exploración y explotación petrolera en las zonas de páramo.

Seguidamente la ley 1753 de 2015 la cual contiene el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2014-2018, mantuvo la protección de los páramos en Colombia, sin embargo, modificó la ley 1450 de 2011 en este aspecto; sin embargo, finalmente la protección de los páramos se reafirmó a través de la sentencia de constitucionalidad C-035 de 2016. Cabe mencionar que se encuentra también la resolución 2090 de 2011, por medio de la cual se delimita el páramo de Santurbán, como primera resolución de delimitación de páramos en Colombia.

Finalmente, en lo relativo a la solución de controversias que puedan surgir entre los inversionistas y el Estado, se encuentran la ley 267 del 29 de enero de 1995 por medio de la cual se ratifica que Colombia hace parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, ley que fue avalada por la Corte Constitucional tras un análisis hecho en la sentencia C 442 de 1996.

2.4 Marco conceptual

Con el fin de que se obtenga una correcta comprensión de las ideas a desarrollar a lo largo del presente trabajo investigativo se esbozan a continuación los conceptos requeridos para la interpretación ideal del tema.

✓ **Libertad de empresa**

La libertad de empresa es un derecho que se reconoce a los ciudadanos facultades para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte. (Bernal, 2005)

La Corte Constitucional, la define como sinónimo de la libertad económica, en los siguientes términos: “Es la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. (Bernal, 2005)

✓ **Medio ambiente:** Se entiende por medioambiente o medio ambiente:

Al entorno que afecta y condiciona especialmente las circunstancias de vida de las personas o la sociedad en su conjunto. Comprende el conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y un momento determinado, que influyen en la vida del hombre y en las generaciones venideras. Es decir, no se trata sólo del espacio en el que se desarrolla la vida, sino que también abarca seres vivos, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos, así como elementos tan intangibles como la cultura. (Cifuentes Sandoval, 2008)

- ✓ **Medio ambiente sano:** según la corte constitucional, el derecho al medio ambiente sano se configura:

Como un derecho del cual son titulares todas las personas - quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera”. (Sentencia T-154, 2013)

- ✓ **Minería**

La minería es el conjunto de técnicas que el hombre utiliza para extraer los minerales, combustibles y otros materiales de la corteza terrestre. Los depósitos de minerales pueden estar casi en la superficie o aparecer a gran profundidad. En función de la situación de los minerales en la corteza se utilizan distintos métodos de extracción: i) Minería por pozos de perforación, ii) Minas de superficie, iii) Minería subterránea, iv) Minería de roca blanda, como la del carbón, que emplea herramientas comunes, v) Minería de roca dura.

La minería está controlada por grandes corporaciones o compañías multinacionales. La mayor parte de las extracciones se realiza en los países subdesarrollados, pero se utiliza en los países

industrializados que son los principales importadores de metales y minerales. Estados Unidos es el mayor importador de metales y minerales (La minería, 2016).

Según la Agencia Nacional de Minería, se tiene que esta es:

Ciencia, técnicas y actividades que tienen que ver con el descubrimiento y la explotación de yacimientos minerales. Estrictamente hablando, el término se relaciona con los trabajos subterráneos encaminados al arranque y al tratamiento de una mena o la roca asociada. En la práctica, el término incluye las operaciones a cielo abierto, canteras, dragado aluvial y operaciones combinadas que incluyen el tratamiento y la transformación bajo tierra o en superficie. La minería es una de las actividades más antiguas de la humanidad, consiste en la obtención selectiva de minerales y otros materiales a partir de la corteza terrestre. Casi desde el principio de la Edad de Piedra, hace 2,5 millones de años o más, viene siendo la principal fuente de materiales para la fabricación de herramientas. Se puede decir que la minería surgió cuando los predecesores del Homo sapiens empezaron a recuperar determinados tipos de rocas para tallarlas y fabricar herramientas. Al principio, implicaba simplemente la actividad, muy rudimentaria, de desenterrar el sílex u otras rocas. A medida que se vaciaban los yacimientos de la superficie, las excavaciones se hacían más profundas, hasta que empezó la minería subterránea. La minería de superficie se remonta a épocas mucho más antiguas que la agricultura (Agencia Nacional de minería, 2003, pág. 108).

✓ **Contrato de concesión**

Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de

una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Sentencia C-983, 2002).

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia C-068 de 2009 ha definido sus elementos de la siguiente manera:

Implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

✓ **Licencia ambiental**

La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente (Sentencia C- 035, 2016).

De manera similar, se encuentra que las licencias ambientales:

Se establecen para responder a la necesidad de prevenir, mitigar, corregir, compensar, manejar y controlar los impactos al ambiente generados por la actividad humana, en aras de establecer la forma en que puedan ser gestionados de manera responsable con la protección del ambiente. El logro de este objetivo se fundamenta en la exigencia de la evaluación ambiental, que incluye diferentes estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos de un determinado proyecto, obra o actividad y en ella se proyectan los posibles impactos negativos y positivos, buscando generar un menor efecto sobre el ambiente (Foro Nacional Ambiental, 2011, pág. 2).

✓ **Límites a la libertad de empresa**

Los límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa de la ley, tienen como fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar al público, en su situación de debilidad contractual, frente al empresario. Por ello, generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas sobre: marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc. (Bernal, 2005).

✓ **Responsabilidad Internacional del Estado**

Existe responsabilidad internacional del Estado cuando este infringe un imperativo jurídico internacional, o cuando viola una obligación de carácter internacional, independientemente de su origen consuetudinario, convencional u otro. Eventos en los que se entiende que existe un hecho ilícito internacional que siendo imputable a un Estado da origen a su obligación de reparación al ver comprometida su responsabilidad internacional. Por tratarse de una persona moral, le es atribuible al Estado el hecho ilícito internacional, que, en violación de sus obligaciones, ha cometido a través de sus órganos o agentes por medio de los cuales actúa (Jimena Jofre, 2001).

Por otro lado, señala que Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider La responsabilidad internacional también es un principio firmemente establecido en materia arbitral desde inicios del siglo XX. Incluso tribunales regionales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han destacado esta obligación al señalar que “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”. Para que exista un incumplimiento internacional debe existir una conducta que sea atribuible al Estado y que constituya una violación de una obligación internacional. A esto cabe señalar que también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por hechos cometidos entre particulares, por ejemplo, cuando sus agentes tenían conocimiento de la situación y no tomaron medidas razonables para evitarla o cuando faltaron a su obligación de sancionarla (Aizenstatd Leistenschneider, 2012, pág. 7).

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C.823 de 2009 expuso que:

Lo esencial del cambio introducido por el artículo 90 de la Constitución radica entonces en que ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio,

es decir una conducta jurídicamente irregular, aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un daño antijurídico, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar. Este nuevo fundamento de la responsabilidad estatal, radicado ahora en la noción de daño antijurídico, ha sido considerado como acorde con los valores y principios que fundamentan la noción de Estado Social de Derecho, especialmente con la especial salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, a la que este modelo de Estado propende; también con la efectividad del principio de solidaridad y del de igualdad de todos ante las cargas públicas. La doctrina ha contribuido a la labor jurisprudencial, aportando definiciones de daño y precisando los elementos necesarios para que pueda hablarse de la obligación estatal de resarcirlo. En primer lugar, los tratadistas han puesto especial énfasis en mostrar que el daño es el elemento sine qua non de la responsabilidad estatal. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues, además de su existencia, es preciso que sea atribuible al Estado y que éste tenga la obligación de reparación. Ha dicho entonces la doctrina que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y (iii) debe ser antijurídico; no es antijurídico aquel daño que, en virtud de las normas legales, deba ser soportado por quien lo padece.

✓ Arbitraje internacional

Según la ley 1563 de 2012, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o

El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Asimismo, la Corte Constitucional, en la sentencia c-497 indicó:

Al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción. El arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

✓ **Acuerdo internacional de inversión**

Los Acuerdos Internacionales de Inversión-(AII) son tratados internacionales cuyo objetivo principal es atraer inversión extranjera y promover la inversión colombiana en el exterior. Para ello, mediante este tipo de Acuerdos se crean y se mantienen condiciones favorables para los inversionistas de un Estado en el territorio del otro Estado. Se trata de establecer un marco jurídico justo y transparente para la inversión incluyendo estándares reconocidos por el derecho internacional en materia de promoción y protección de las inversiones. En otras palabras, mediante estos tratados se establecen reglas de juego claras y previsibles para los inversionistas extranjeros

brindando protección, claridad, previsibilidad y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones (Ministerio de Comercio Industria y Turismo, sf).

✓ **Inversionista**

Según la Real Academia de Lengua Española inversionista es dicho de una persona natural o jurídica que hace una inversión de caudales.

✓ **Inversionista de una parte**

Significa una Parte o una empresa del Estado de su propiedad, o una empresa o un nacional de una Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión. Una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un ciudadano del Estado de su nacionalidad efectiva y dominante. Una persona natural que sea un ciudadano de una Parte y un residente permanente de la otra Parte se considerará como un nacional exclusivamente de la Parte de donde sea ciudadano.

✓ **Jurisprudencia internacional**

La jurisprudencia internacional constituye fuente primaria de conocimiento para el estudio y comprensión del Derecho Internacional Público, conjuntamente con las normas convencionales y consuetudinarias, la doctrina y la práctica (Caballero, 2005, pág. 1)

✓ **Laudo arbitral**

Según la ley 1563 de 2012, el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

✓ **Multinacional**

Las empresas multinacionales o empresas transnacionales son aquellas que no solo están establecidas en su país de origen, sino que también se constituyen en otros países para realizar sus actividades mercantiles tanto de venta y compra como de producción en los países donde se han establecido. Las multinacionales están en capacidad de expandir la producción y otras operaciones alrededor del mundo, así como de movilizar plantas industriales de un país a otro (UNNE, sf).

✓ **Tratado de libre comercio**

Es un acuerdo mediante el cual dos o más países reglamentan de manera comprehensiva sus relaciones comerciales, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, su nivel de desarrollo económico y social. Los TLCs contienen normas y procedimientos tendientes a garantizar que los flujos de bienes, servicios e inversiones entre los países que suscriben dichos tratados se realicen sin restricciones injustificadas y en condiciones transparentes y predecibles (Ministerio de Comercio Industria y Turismo, sf).

✓ **Páramo**

Son ecosistemas de una singular riqueza cultural y biótica, y con un alto grado de especies de flora y fauna endémicas de inmenso valor, que constituyen un factor indispensable para el equilibrio

ecosistémico, el manejo de la biodiversidad y el patrimonio natural del país. De igual manera, es un ecosistema de alta montaña, ubicado entre el límite superior del bosque andino y, si se da el caso, con el límite inferior de los glaciares o nieves perpetuas, en el cual domina una vegetación herbácea y de pajonales, frecuentemente frailejones y pueden haber formaciones de bosques bajos y arbustivos y presentar humedales como los ríos, quebradas, arroyos, turberas, pantanos, lagos y lagunas (Resolución 769, 2002).

Desde el punto de vista funcional (vegetación) y biogeográfico, Cuatrecasas J., hace más de cuarenta años, estableció que los páramos son extensas regiones desarboladas que coronan las sumidas de las cordilleras por encima del bosque andino, desde 3800 m.s.n.m (localmente 3200 m.s.n.m) y que pueden dividirse en los subpisos: subpáramo, páramo propiamente dicho y superpáramo.

Sin embargo, los límites altitudinales en que se ubican estos ecosistemas en las cordilleras no se deben generalizar a nivel nacional, debido a la diversidad de geoformas y topografía que se presentan en los Andes. Además, es complejo definirlos sin llevar a cabo una verificación de campo. Así, la cordillera Central presenta una gran cantidad de volcanes y relieve abrupto de contrastes topográficos, donde los páramos se inician aproximadamente entre los 3000 y 3400 m.s.n.m., mientras la cordillera Oriental, considerada el centro de los páramos húmedos de los Andes, es de topografía ondulada, con presencia de páramos entre 3200 -3600 m.s.n.m. En la cordillera Occidental las grandes áreas de páramo en su mayoría son escasas y pequeñas, sin embargo, se presentan algunos páramos representativos, cuyos límites superiores alcanzan los 3960 y 4200 m.s.n.m.

De manera contundente Guhl (1982) describió que los páramos no son iguales, aunque presentan características biofísicas comunes como los suelos ácidos, baja presión atmosférica, sequedad y humedad del aire, a la vez, bajas temperaturas con fuertes oscilaciones diurnas.

Pombo et. al. (1989), consideró al páramo como una unidad ecológica de gran importancia para la regulación de los flujos de agua, pues debido a su constitución es capaz de retener en sus suelos hidromórficos grandes volúmenes de agua y controlar su flujo a través de las cuencas hidrográficas.

Según Rangel (2000), una definición integradora quizás pueda resumirse así: "la región de vida paramuna comprende las extensas zonas que coronan las cordilleras entre el bosque andino y el límite inferior de las nieves perpetuas. Está definida como región natural por la relación entre el suelo, el clima, la biota y la influencia humana" (Ministerio de Medio Ambiente, sf)

2. Metodología

La presente investigación detenta un carácter jurídico dogmático, ya que se pretende realizar una revisión de la normatividad, jurisprudencia nacional e internacional y tratados, relacionados con la delimitación del páramo de Santurbán, como zona excluida de minería en Colombia, y la protección a las empresas mineras extranjeras que invierten en el Estado colombiano.

3.1 Hipótesis

La Responsabilidad Internacional del Estado colombiano no se configura frente a los inversionistas extranjeros cuando toma medidas administrativas o judiciales que restrinjan la libertad de empresa en procura de proteger el medio ambiente.

✓ Hipótesis nula

El Estado colombiano es responsable internacionalmente frente a los inversionistas extranjeros cuando toma medidas administrativas o judiciales que restrinjan la libertad de empresa en procura de proteger el medio ambiente.

3.2 Enfoque

El presente trabajo de investigación cuenta con un enfoque cualitativo, teniendo como fundamento la definición de Hernández Fernández y Baptista (2006) en su libro Metodología de la Investigación, en la cual se indica que el enfoque cualitativo se utiliza para descubrir y refinar preguntas de investigación. “En el cual a veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin mediciones numéricas, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y este es flexible, se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría”. De igual manera, el propósito de este enfoque consiste en reconstruir la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido. Y que los estudios cualitativos se fundamentan más en un proceso inductivo, los cuales exploran y describen, luego generan perspectivas teóricas de lo particular a lo general.

El enfoque cualitativo de esta investigación busca profundizar en el conocimiento de unas instituciones jurídicas y contiene estudios de casos, revisión de jurisprudencia y de la normatividad.

A su vez, se desarrolló el problema de investigación planteado, revisando primero la normatividad y jurisprudencia relativas a la protección del medio ambiente tanto nacional como internacional y, a su vez, los instrumentos internacionales y la legislación interna que protegen y promueven la libertad de empresa y la salvaguarda de los inversionistas extranjeros en Colombia.

Asimismo, se planteó una revisión de normativa, jurisprudencial laudos arbitrales y jurisprudencia internacional relativa a conflictos entre libertad de empresa, protección del inversionista extranjero y la salvaguarda del medio ambiente.

Y, por último, se realizó un análisis de todo lo anterior, para de esta manera establecer la responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente, frente a la protección jurídica del inversionista extranjero (caso Santurbán).

3.3 Tipo de investigación

Según la autora Elizabeth Ramírez Llanera en su libro la Investigación socio-jurídica, el tipo de investigación descriptivo es aquel que “comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual del derecho, que estudia los fenómenos jurídicos. El enfoque se hace sobre conclusiones jurídicas dominantes o sobre una ley que afecta a la comunidad que funciona en lo presente” (Pág. 14).

Por ello, el tipo de investigación descriptivo es el que se desarrolló a lo largo del presente trabajo, ya que se recopiló información acerca del fenómeno jurídico que se presenta en la confrontación respecto de la salvaguarda ambiental y la libertad de empresa como derecho de los inversionistas extranjeros en atención de las implicaciones jurídicas de los acuerdos de inversión.

También, el trabajo de investigación orientó sus objetivos a la búsqueda de jurisprudencia, leyes, acuerdos, expone figuras jurídicas, posiciones doctrinales y teorías del derecho para llegar a la conclusión.

3.4 Métodos de investigación y del derecho

✓ Método de investigación: Método inductivo

El método de investigación inductivo fue el aplicado a la presente investigación en relación con el enfoque cualitativo que caracteriza la misma. En este orden de ideas, “las investigaciones cualitativas se fundamentan más en un proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general” (Hernandez Sampieri, Fernandez, & Baptista, 2006, pág. 8).

Según la definición mencionada, y teniendo en cuenta la estructura de la presente investigación, se buscó llegar desde el análisis y estudio de casos particulares y de la situación a establecer de manera general la confluencia de los límites constitucionales a la libertad de empresa por la protección del medio ambiente en lo respectivo al inversionista extranjero minero y la eventual responsabilidad del Estado frente a los inversionistas por la limitación de sus derechos en razón de la protección del medio ambiente.

✓ Método de investigación del derecho

Según Jaime Giraldo Ángel (2012), el método sociológico es “la interpretación de las normas teniendo en cuenta la realidad social, o el fin pragmático que se busca alcanzar con ellas, y las condiciones situacionales en que el Derecho se debe realizar.” (pág. 228).

De igual manera indica que:

En el método sociológico, las normas son interpretadas al interior de la realidad social, ya sea porque el contenido de cada uno de sus términos, o el alcance mismo de las normas, se desentrañen en función de las condiciones sociales concretas en donde la norma se debe aplicar,

o porque se considere la norma como mecanismo instrumental para alcanzar los fines políticos que se propone el Estado en un momento histórico determinado (Giraldo Angel, 2012, pág. 113).

Tomando la definición del método de investigación sociológico del derecho, se evidencia la amplia adecuación que este tiene con relación a la presente investigación debido a que en los objetivos de la misma se planteó realizar un análisis de la normatividad vigente en materia de protección constitucional del medio ambiente y de la libertad de empresa y la regulación de los acuerdos internacionales de inversión, en aplicación de la realidad jurídica y las implicaciones sociológicas de la protección del medio ambiente sano como derecho constitucional de los colombianos y el aparente compromiso que envuelve la responsabilidad internacional de Estado frente a las inversiones extranjeras por la progresión de la protección ecológica y como efecto la restricción de la libertad de empresa.

3.5 Fuentes de información y técnicas de recolección de datos

Durante el proceso de investigación, se utilizarán las fuentes secundarias, estas fuentes según los autores son, resúmenes, libros, artículos de investigación, y literatura de la cual se puede obtener información que han consolidado otros autores (Hernandez Sampieri, Fernandez, & Baptista, 2006).

Por lo tanto, para la investigación se recopiló información a través de jurisprudencia de la Corte Constitucional, jurisprudencia internacional, laudos arbitrales, sentencias, tratados y convenios internacionales, acuerdos internacionales de inversión, revisando lo pactado por las partes, lo acordado en materia ambiental, las posiciones doctrinales y las teorías aplicadas en la resolución de conflictos, entre otros, analizando la información, reorganizándola y haciendo la extracción de

la misma. De igual forma, se recurrió a artículos científicos y tesis de grado, relacionados con el tema a tratar, que contaban con un aporte para el integro progreso del presente trabajo.

3.6 Población y muestra

La población es entendida como conjunto finito o infinito de personas, animales u objetos los cuales cuentan con unas características o aspectos comunes. Por lo anterior, se encuentra que como foco principal (población) para el desarrollo de la presente investigación se tiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la jurisprudencia internacional comprendida por los laudos arbitrales referentes a conflictos ambientales y de inversionistas extranjeros emitidos por el CIADI, la normatividad constitucional relativa a la protección del medio ambiente y la libertad económica, la normatividad internacional en materia ambiental y de inversionistas extranjeros.

En lo que concierne a las muestras de esta población, se tiene que respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la normatividad constitucional se analizará lo referente a la protección constitucional del medio ambiente y de la libertad de empresa, en lo que versa a la jurisprudencia internacional se estudian laudos arbitrales que resuelven conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros y aquellos que versan sobre conflictos que involucran la protección ambiental. En lo relativo a la normatividad internacional, se analizaron los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por Colombia y los instrumentos internacionales que brindan y amplían la protección a los inversionistas extranjeros en Colombia.

3.7 Plan de trabajo

La presente investigación tuvo su inicio con la revisión bibliográfica para la escogencia del tema y las posibles fuentes y bases de información. En segundo lugar, se planteó para su desarrollo, revisar

los antecedentes, el contexto de la investigación y tesis, trabajos de grados y demás documentos que se relacionan con el tema escogido los cuales servirán como base para el desarrollo del marco teórico. Asimismo, se realizó la revisión conceptual para tener claras las temáticas a desarrollar en la investigación junto a su significado.

Posteriormente, para el desarrollo de los objetivos se realizó la correspondiente revisión de normatividad y jurisprudencia relacionadas con los límites constitucionales en procura de proteger y salvaguardar el medio ambiente y el ejercicio de la libertad de empresa de las industrias dedicadas a la explotación minera. Seguidamente, se analizaron los laudos arbitrales y la jurisprudencia internacional relativa a la protección de los ecosistemas páramos como zonas excluidas de la actividad minera, frente a los derechos adquiridos por industrias mineras extranjeras para la exploración y explotación de los mismos, para dar solución al segundo objetivo y de esta manera, establecer una eventual responsabilidad del Estado Colombiano, en razón a la delimitación. Con el análisis de los anteriores objetivos se proyectó la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente, frente a la protección jurídica del inversionista extranjero (caso Santurbán).

A su vez, se tuvo en cuenta todo el desarrollo metodológico planteando, el cual otorgó claridad al momento de la estructuración del trabajo y servirá de guía para la búsqueda adecuada de la información.

Por último, se realizaron las conclusiones del trabajo donde se hizo un barrido de toda la información recolectada y una posición frente al conflicto estudiado, basada en el análisis de cada capítulo. Todo esto con la asesoría tanto temática como metodológica para la estructuración correcta del trabajo.

3. Resultados de la investigación

4.1 Límites constitucionales ambientales al derecho de la libertad de empresa en la industria minera

El desarrollo del presente planteamiento jurídico, parte del establecimiento de los límites constitucionales a la libertad de empresa especialmente los impuestos a la industria minera, configurados en el cuerpo normativo constitucional y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional; por ende, para comenzar, en este capítulo se identificarán las limitaciones en mención, partiendo primero del análisis del derecho a la libertad económica, luego revisando la protección del medio ambiente y su importancia en la constitución, seguidamente se expone la necesidad de limitar el derecho a la libertad de empresa y finalmente se realiza una revisión del texto constitucional y de las sentencias de la Corte Constitucional que estructuran o consolidan límites al derecho a la libertad de empresa.

4.1.1 El derecho constitucional a la libertad de empresa. El análisis del derecho a la libertad de empresa se fundamenta en el estudio del artículo 333 de la constitución política en el cual se consagra la libertad económica, dentro del acápite general del régimen económico y de hacienda pública, el cual se relaciona con los principios constitucionales y la función del Estado Social de Derecho.

Claudia Rojas Quiñones resalta en su libro *Limitaciones ambientales a libertad de empresa en el derecho colombiano* que, aunque en el artículo 333 no se habla expresamente de *libertad de empresa*, sino de la libertad de competencia económica como un derecho que pueden ejercer todos y que no beneficia a un grupo particular de personas. Esto, por consiguiente, lleva a plantear si la

libertad de empresa y la libertad de libre competencia son sinónimos, a lo que concluye la autora que, tras un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deduce que “la libertad económica constituye una amplia libertad dentro de la cual queda incluida la libertad de empresa”.

Ejemplo de la anterior afirmación se evidencia en la sentencia C-263 de 2011 que señala:

En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad. Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, este derecho o garantía comprende unos aspectos particulares tales como: (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio

con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. (Sentencia C-263, 2011).

Dada la importancia que reúne el derecho a la libertad de empresa, han surgido dudas acerca de un posible tratamiento especial que se le pueda otorgar a este derecho constitucional, colocándolo en un grado superior de protección al que ya tendría con el solo hecho de ser un derecho constitucional; por lo que señala en su obra Claudia Rojas que en un principio la Corte habría tenido una inclinación por reconocer la fundamentalidad de este derecho, sin embargo, posteriormente se cambió la concepción por parte de esta, afirmando que ese derecho es de carácter económico y no alcanza a ostentar el carácter de derecho fundamental.

Luego la autora destaca la “conducta ecléctica de la Corte, según la cual el derecho a la libertad de empresa no es un principio o derecho fundamental, pero es susceptible de protección mediante acción de tutela en cuanto se pruebe su conexidad con otros derechos que si tengan el carácter de fundamentales” (Rojas, 2013, pág. 54).

Así, se puede afirmar que, si bien el derecho a la libertad económica es constitucional, no cuenta con un estatus de derecho absoluto y puede entonces ponderarse frente a otros derechos, lo cual no desconoce que la conexidad de la vulneración de este derecho con la afectación de derechos fundamentales pueda generar la protección por vía de tutela de la garantía del artículo 333 de la Carta Política.

4.1.2 La protección del medio ambiente en el contexto constitucional. La Corte Constitucional en sus providencias ha resaltado la importancia del medio ambiente y la inminente necesidad de su protección en marco del ordenamiento jurídico colombiano.

En diferentes providencias del alto tribunal en mención se ha conceptualizado, explicado y reiterado el alcance de la protección de los ecosistemas, especialmente en aquellas actividades

económicas que requieren su uso o generan un impacto en el medio ambiente. Estos daños según la Corte Constitucional son:

i) en niveles peligrosos de contaminación de agua, aire, tierra y seres vivos, (ii) agotamiento de la capa de ozono, (iii) calentamiento global, (iv) degradación de hábitats y deforestación, (v) destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y, con ello, (vi) graves deficiencias en el ambiente que resultan nocivas para la salud física, mental y social del hombre (Sentencia C-632, 2011).

La Corte Constitucional indica que históricamente la protección del medio ambiente se dio en dos momentos: inicialmente desde el plano interno de los países y en segundo lugar en un entorno internacionalista. Respecto del escenario interno, “para permitir a los países enfrentar y contrarrestar la degradación creciente y las amenazas de una degradación futura” (Sentencia C-263, 2011) y en el entorno internacional se consolidó en atención a que el cuidado ambiental no se puede considerar como asuntos de carácter interno de los países porque el ambiente es y tiene un interés universal y su protección y conservación concierne a todos los Estados, argumento que llevó a la consolidación de relaciones ecológicas internacionales que produjeron la estructuración de instrumentos internacionales en favor de la salvaguarda ambiental.

Los instrumentos internacionales son importantes dentro un ordenamiento jurídico ya que estos irradian, direccionan y alimentan el desarrollo de la normatividad interna de cada país. En materia ambiental la internacionalización de las relaciones ecológicas ha llevado a que los países aumenten su marco jurídico ambiental con el fin de estar en armonía con el progreso pro ambiente.

En Colombia, la Corte Constitucional ha utilizado muchos de los instrumentos internacionales para alimentar sus decisiones, para explicar, crear, consolidar y fortalecer principios de derecho ambiental, asimismo se han utilizado para avanzar en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Dentro de los instrumentos internacionales con más relevancia constitucional en materia ambiental, se encuentran el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) que establece un enfoque biocultural al reconocer la especial vinculación de los modos de vida de los pueblos indígenas y tribales con los territorios y sus recursos. En particular, el artículo 13 impone a los Estados respetar la importancia especial y los valores espirituales que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios (Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989).

Un segundo instrumento es el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) celebrado en marco de la cumbre de la tierra de Río de 1992, ratificado mediante la Ley 165 de 1994. Sin duda, este es el tratado que por excelencia ha abordado los derechos bioculturales, no solo desde una perspectiva científica de la diversidad biológica, sino que, también lo hace en relación con las poblaciones que interactúan con la misma. Este tratado tiene tres 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.

Este tratado cubre la diversidad biológica a todos los niveles: ecosistemas, especies y recursos. Además, cubre todos los posibles dominios que están directa o indirectamente relacionados con la diversidad biológica y su papel en el desarrollo, desde la ciencia, la política y la educación a la agricultura, los negocios, la cultura entre otros (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992).

También, La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, adoptada en Ramsar, Irán el 2 de febrero de 1971 (modificada según el Protocolo de París de 1982 y las Enmiendas de Regina de 1987) fue ratificado por Colombia mediante la ley 357 de 1997. Se considera el primer tratado global para la conservación y uso racional de los recursos naturales, además de ser el único que se ocupa de un ecosistema

específico, constituyendo el marco para la colaboración internacional en la conservación y uso racional de los humedales. Aparte, reconoce la importancia de los humedales en la regulación de los ciclos hidrológicos y como hábitat de flora y fauna (Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, 1971).

Con gran importancia, el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de San Salvador", el cual fue aprobado a través de la ley 319 del 20 de septiembre de 1996 y declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-251-97, en su artículo 11 consagra el derecho a un medio ambiente sano y la obligación de los Estados de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", 1988).

Entre otros instrumentos internacionales adoptados por Colombia se encuentran (i) la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; (ii) la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982; (iii) el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en 1987; (iv) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997; (v) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000; y (vi) el Acuerdo de Copenhague de 2009.

En este punto es acorde señalar que si bien, en materia ambiental se han ratificado varios tratados con miras de proteger y regular las actividades que involucran el medio ambiente, en lo referente a la minería no se encuentra una regulación internacional específica. Por ello, de la normatividad internacional que ha adoptado Colombia y que por su contenido irradia las diferentes actividades

comerciales que involucran el medio ambiente se han extraído principios y parámetros para complementar la protección interna del medio ambiente.

También, cabe advertir que los tratados y convenios de protección ambiental según la sentencia C-443 del 2009 no se considera que hagan parte del bloque de constitucionalidad, puesto que la Corte se reservó la facultad de analizar en particular cada instrumento para ser este órgano quien lo avale para ser parte del bloque de constitucional, ya que según el alto tribunal, al ser relativos a derechos económicos sociales y culturales no hacen parte directa del bloque de constitucionalidad, como por el contrario si lo hacen las declaraciones de derechos humanos (Sentencia C-488 , 2009). No obstante, como se refirió anteriormente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional estos instrumentos revisten gran importancia evidenciada de la siguiente manera:

No sobra recordar que para la definición de los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad es menester que la Corte proceda a decidirlo de manera específica -caso por caso-, atendiendo las materias que tratan como otros criterios objetivos y bajo los presupuestos del artículo 93 superior. Puede así concluirse que si bien la Corte ha denotado la importancia que reviste la doctrina internacional sobre el PIDESC, nunca le ha reconocido expresamente el alcance de hacer parte integrante del bloque de constitucionalidad *estricto ni lato sensu*. De esta forma, no existe un nuevo contexto de valoración normativa. Menos puede señalarse que se está frente a un cambio del parámetro normativo que justifica un nuevo examen de constitucionalidad (Sentencia C-257, 2008).

Así, con todas las herramientas tanto normativas nacionales como internacionales y los argumentos técnicos y científicos la Corte Constitucional conceptúa en la sentencia T-204 de 2014 al medio ambiente como:

Un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones:

(i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la

obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección. (Sentencia T 204 de 2014).

Siendo este, un concepto progresista del medio ambiente, el cual responde a los principios de derecho ambiental, a los lineamientos internacionales, y a las necesidades básicas de salvaguarda legal como garantía de subsistencia de la humanidad para las generaciones presentes y futuras.

En suma, todo el progreso en materia de protección del medio ambiente ha llevado a consolidar cuerpos normativos sólidos en lo relativo a la protección de los ecosistemas como lo es el Sistema Nacional Ambiental, el Sistema de Áreas de Importancia Ecológica, la delimitación de las zonas o ecosistemas páramos, entre otros.

4.1.3 La necesidad de limitar el derecho a la libertad de empresa. La Constitución Política de 1991 estableció ciertos parámetros y principios de protección ambiental, y como se evidenció en el acápite anterior, la protección en materia ambiental ha aumentado y se ha extendido a medida que pasa el tiempo. Sin embargo, el progreso en este tema no pasa desapercibido puesto que su progresividad colisiona con otros derechos constitucionales.

Lo anterior es el caso de la libertad económica o libertad de empresa, derecho de carácter constitucional el cual es uno de los que más se afecta con la progresividad normativa de protección ambiental. En razón a que garantizar la salvaguarda de los ecosistemas obliga a que el Estado realice acciones tales como: i) restringir zonas para la actividad industrial y comercial, ii) efectuar planes de uso sostenible del medio ambiente los cuales deben ser acatados por las empresas, iii) vigilar las actividades que involucren el uso del medio ambiente, vi) sancionar a quienes no cumplan los parámetros para el uso adecuado de los recursos naturales, etc.

La tesis expuesta se sustenta en lo que señala la Corte Constitucional en sus providencias como la necesidad y legitimación del Estado para restringir el ejercicio de la libertad económica de la siguiente manera:

La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas (Sentencia C-153, 2003).

Así, se busca garantizar que el progreso económico se traduzca en la realidad en beneficios que se distribuyen al interior de la sociedad para garantizar la igualdad de oportunidades, por lo que la misma Constitución le impone al Estado el deber de dirigir la economía, y le atribuye amplias funciones de regulación del mercado, tanto de manera general, como sectorial. Sin embargo, la Corte ha explicado que si bien las libertades económicas no son absolutas, estas deben imponerse conforme a derecho y cuando sean necesarias, en la sentencia C 352 de 2009, se expone:

Las libertades económicas no son absolutas. De ahí que, por expreso mandato constitucional, el Estado pueda limitar sus alcances “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”, así como intervenir en la economía para garantizar el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución (Art. 334). En este sentido, se reitera que para efectos de determinar la constitucionalidad de una medida que restrinja dichas libertades, se debe tener en cuenta que los límites en comento sólo pueden ser impuestos en virtud de la ley y obedecer a importantes propósitos constitucionales y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no será constitucionalmente admisible la limitación que las anule completamente o las haga nugatorias (Sentencia C-352, 2009).

No obstante, la facultad de intervención del Estado no es desmedida, ya que según lo que Alto tribunal constitucional expone, el alcance de la potestad de intervención del Estado está determinada por la función social específica de la actividad económica que se desarrolle, y estas no pueden ser arbitrarias y por el contrario deben:

(i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada; (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-130, 2004).

En el mismo orden de ideas, adicional a los deberes que le impone la Constitución al Estado en materia de regulación de las actividades económicas, las actividades extractivas de recursos

naturales no renovables presuponen la explotación de recursos que son de propiedad del Estado e intervenciones de gran impacto en el ecosistema “en esa medida, al tratarse de bienes de propiedad del Estado, esta actividad económica está sujeta a unos parámetros constitucionales especiales, correspondientes con los fines mismos del Estado” (Sentencia C- 035, 2016).

Todo lo anterior según la Corte Constitucional, en uno de sus recientes pronunciamientos se refleja ampliamente en la imposición de “una serie de limitaciones y condicionamientos al ejercicio de la libertad de la actividad económica, que buscan hacer compatibles de una manera más justa el desarrollo económico con la necesidad e interés superior de mantener y preservar un ambiente sano” (Sentencia C- 035, 2016).

Siendo esto un indicador de que las limitaciones ambientales a la libertad económica son razonables y se legitiman en la misma constitución, al evidenciarse según la Corte, en la misma Carta Política ciertos límites al ejercicio de la libertad económica y de empresa. Lo cual se refleja en que estas libertades, como la económica “deben ejercerse dentro de los límites del bien común y de conformidad con los alcances que fije la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente, y el patrimonio cultural de la Nación” (Sentencia C- 035, 2016).

4.1.4 Límites constitucionales a la libertad de empresa por la salvaguarda ambiental. Los límites ambientales a la libertad de empresa por la salvaguarda del medio ambiente parten del articulado constitucional y según la Corte Constitucional, se evidencia en la carta política en los artículos que establecen los diferentes principios y derechos en materia ambiental, los cuales al momento de aplicarles colisionan con el ejercicio de la libertad económica, ocasionándose así una limitación a esta última.

En la Carta Política de 1991, con el objeto de dar cumplimiento a los fines del nascente Estado social de derecho, especialmente en lo que se refiere a la protección ambiental, se establecieron

unos principios, los cuales son una herramienta clave para la interpretación íntegra de las normas constitucionales y sirven como instrumento para la solución de conflictos tanto normativos como de casos concretos.

Esto conlleva a revisar los principios constitucionales que irradian el ejercicio a la libertad de empresa y de actividades que involucran el medio ambiente, los cuales son deducibles de los principios fundamentales que se encuentran en los primeros 10 artículos de la Constitución Política.

El artículo 8 de la Constitución de 1991 establece la obligación de proteger las riquezas naturales y culturales de la Nación, con lo cual se manifiesta el derecho al ambiente sano y las demás disposiciones en las que se manifiesta la denominada “Constitución verde, ambiental o ecológica”. Esto se refleja, por ejemplo, en la definición de los parques nacionales naturales y todo el sistema que lo conforma, en la medida en que dichas áreas están sometidas a estrictas finalidades previstas en el ordenamiento jurídico.

No obstante, no es el único principio de la protección ambiental, puesto que con el análisis que se desarrollará más adelante de la normatividad internacional y de las sentencias de la Corte Constitucional, se relacionan los demás principios y su ámbito de aplicación.

Por otro lado, en la Carta Política se estipularon y reconocieron los derechos colectivos y del medio ambiente, los cuales dieron paso a llamar a dicha carta como la *constitución ecológica*. Esto implica unos derechos que se adquieren para beneficio de la sociedad frente al medio ambiente, así como unas obligaciones para el Estado y los particulares de realizar un adecuado uso de este; ejemplo de esto es el derecho a *un medio ambiente sano*, que posteriormente viene a ser analizado por la Corte Constitucional y que será estudiado en el siguiente capítulo.

Por su parte, el art 79 de la Constitución Política consagra en su tenor literal que:

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. 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.

Es por esto que el Estado deberá proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro del mejoramiento de la calidad de vida de la población, siendo el objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y agua potable (artículos 79 y 366 de la Constitución Nacional).

El saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado, por lo que le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Deberá entonces el Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Artículos 49 y 80 de la Constitución Nacional).

La propiedad también juega un papel importante en este análisis de los derechos constitucionales de protección ambiental. Según el artículo 58 de la Constitución la propiedad debe cumplir una función ecológica, inherente a la función social, con lo que ejercer el dominio sobre un bien conlleva ciertas responsabilidades ambientales.

Seguidamente, en el artículo 80 el constituyente impone al Estado la obligación de planificar el aprovechamiento de los recursos naturales, con el fin de garantizar tres situaciones diferentes las cuales son: la conservación del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la restauración o sustitución. En este mismo artículo se faculta al Estado para implementar medidas que coaccionen el cumplimiento de los preceptos que están en favor del medio ambiente, para lo cual deberá imponer sanciones legales y exigir la reparación del daño. Finalmente, promueve la cooperación internacional, con el objeto de llegar a acuerdos que contribuyan a cuidar el medio ambiente y los ecosistemas fronterizos.

Para la protección de los derechos ambientales de los cuales es titular la colectividad, se consagra la acción popular como uno de los mecanismos de defensa, también se crean en el artículo 80 de la carta política mecanismos de protección de derechos como la salubridad pública, la libertad de competencia, la libertad económica y otros similares.

Después, en los artículos que definen que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado, se estipularon reglas que limitan el ejercicio de la libertad consagrada en el artículo 333, por la necesidad de controlar el buen uso y aprovechamiento de estos.

A su vez, uno de los asuntos que más llaman la atención en la normativa constitucional y que además limita el artículo 333 es el artículo 360, pues en este, recordando que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son del Estado, si un particular desea realizar explotaciones de este tipo, generará en favor del Estado y en detrimento de los particulares una prestación económica que se entenderá como regalías.

Finalmente, el artículo 366 se refiere a la obligación del Estado de mantener el bienestar general y buscar un mejoramiento en la calidad de vida de su población. No obstante, cumplir esas obligaciones requiere que el objeto fundamental sea encaminar su actividad a la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Todo lo anterior refleja como los mandatos constitucionales al Estado y la protección del medio ambiente por medio de principios y derechos, son en suma estructuración de límites constitucionales a la libertad económica por la protección del medio ambiente, y también son el primer paso ya que, la Corte Constitucional en sus sentencias al analizar estas normas amplía los límites o crea nuevos de acuerdo a las necesidades sociales y culturales y a los paradigmas del derecho internacional en relación con la protección ambiental.

4.1.5 Salvaguarda constitucional del medio ambiente, como límite del derecho constitucional a la libertad de empresa a la luz de la jurisprudencia constitucional. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde el año 1992 se comenzó a estructurar una línea de interpretación y extensión de la protección del medio ambiente. En múltiples fallos de este tribunal en los cuales se analiza la protección del medio ambiente por vía de tutela o de análisis de exequibilidad de normas en materia ambiental y en materia económica, se termina por estructurar un nuevo concepto, un nuevo principio, por orientar o direccionar los lineamientos que deben seguir las entidades estatales encargadas de vigilar la utilización sostenible de los recursos naturales, por establecer el desarrollo de los principios de derecho ambiental, por dar la interpretación o incidencia de los instrumentos internacionales en materia ambiental, entre otras circunstancias, las cuales se adecuan a lo que se entiende por una limitación al derecho de la libertad económica.

Es importante mencionar que la constitucionalización del derecho a la libertad de empresa y de la protección ambiental es consecuencia de diferentes corrientes ideológicas. La libertad de empresa encuentra fundamento en el liberalismo, en el gigantismo de la libertad individual y las limitaciones del poder estatal. Por otro lado, la protección ambiental se enmarca en el ecologismo y en el constitucionalismo de la tradición social, ligada a conseguir fines de interés general y justicia material (Rojas, 2013).

Así, a continuación, se revisarán fallos de la Corte Constitucional acordes con el planteamiento de identificar cuales límites constitucionales a la libertad de empresa especialmente de la industria minera se han establecido por vía jurisprudencial de este alto tribunal.

4.1.5.1 Sentencia T-411 de 1992. Esta providencia es la primera en la que se afirma que el interés social debe primar sobre el interés particular en aspectos ambientales. La decisión tomada

en este sentencia se basa en que “los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa, gozan de especial protección, siempre que exista un estricto respeto de la función ecológica, esto es, el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente”, sin que importase que en la Constitución Política se consagra un tríptico económico, conformado por el trabajo (artículo 25), la propiedad privada (artículo 58) y la libertad de empresa (artículo 333), ya que este tiene una función social y por lo tanto debe promover la protección de los valores y derechos de carácter social donde se destacan la vida y la ecología.

Sostiene a su vez la Corte que este tríptico tiene una función ecológica, inherente a la función social, por lo cual prevalece el interés general sobre el interés particular, principio fundante del Estado colombiano.

La Corte trata de equiparar en su decisión los dos grupos de derechos que se están vulnerando, a saber: el crecimiento económico y el respeto por el medio ambiente a lo que arguye que la clave radica en “mantener el desarrollo económico, pero haciéndolo sostenible, esto es, de forma tal que responda a las necesidades tanto del hombre como de la naturaleza”, sin desbordarse o desconocer el contenido esencial de la ecología, quedando sometido el derecho a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia T- 411, 1992).

4.1.5.2 Sentencia T-536 de 1992. La Corte Constitucional centra su análisis del presente proveído en el carácter fundamental del derecho constitucional a un medio ambiente sano, argumentando que la violación a dicho derecho afecta de manera directa a la especie humana y como consecuencia de esta al derecho a la vida.

Indica el Alto tribunal que el derecho al medio ambiente sano se encuentra ligado al derecho fundamental a la salud, el cual dependiendo de las condiciones en las que se desarrolle, permite el crecimiento social y económico de los pueblos, ya que garantiza la supervivencia de estos. Es por

eso que, no se pueden permitir límites desmesurados de contaminación ya que al ser traspasados perjudican la vida y el medio ambiente, lo que se hace necesario la imposición de correctivos.

De igual forma, el Honorable Tribunal enuncia que el derecho a la libertad de empresa podrá ser limitado por motivos de interés general y el carácter de fundamental que por conexidad adquiere el derecho al medio ambiente sano argumentando:

La legislación ambiental en Colombia ha evolucionado de acuerdo a los cambios económicos, políticos y científicos que han ocurrido en la posición del hombre y de la sociedad frente al aprovechamiento y conservación de la naturaleza y del "hábitat" que ha construido. Para esta Corte, entonces, no cabe duda de que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho Constitucional fundamental, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia, con el derecho más fundamental del hombre: la vida (Sentencia T-536, 1992).

Por lo tanto, al ser el medio ambiente sano un derecho de interés general, los empresarios pueden ejercer su derecho a constituir y desarrollar sus actividades económicas, siempre y cuando las mismas no alteren las condiciones de vida de los seres humanos que habitan alrededor de sus industrias o no genere un impacto ambiental con consecuencias irreversibles, ya que, prima la protección del derecho a la salud, la vida y el medio ambiente sobre el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, en razón a la primacía del bienestar del hombre y el medio ambiente sano en el que él convive.

4.1.5.3 Sentencia T-092 de 1993. Por su parte la sentencia T-092 de 1993 constituye un punto importante en el análisis de la protección ambiental y de los derechos que tienen los ciudadanos para disfrutar del mismo.

El hombre en su afán de lucro personal ha ido sacrificando poco a poco el ambiente natural y de paso ha generado unas secuelas en la depreciación de las condiciones del ecosistema. La búsqueda de protagonismo de las potencias mundiales, que, por aparecer como las abanderadas de la tecnología, sacrifican sus recursos naturales, asimilándose la situación a la de los países subdesarrollados que, a cambio de su subsistencia, han acabado con el ambiente natural que por consiguiente ha degradado el medio o lo que se denomina el hábitat humano. Esta es una breve reseña de las causas que han llevado a los ecólogos a pensar seriamente en una legislación universal sobre la protección del medio ambiente, el ecosistema y a luchar contra la polución que agobia y tortura a la población universal.

Observa la Corte que, junto a derechos fundamentales, como el de la vida, libertad e igualdad, se hace necesario el disfrute del derecho al medio ambiente, el cual debe ajustarse a unos estándares de calidad, que hagan posible y factible la existencia de las personas, para que ellas puedan gozar a plenitud de todos los placeres que la naturaleza le prodiga a la humanidad.

Las consideraciones anteriores llevan a la Corte a manifestar que:

El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (Sentencia T-092, 1993).

4.1.5.4 Sentencia T-028 de 1994. En el presente proveído la Corte Constitucional amplía el análisis al derecho a la libertad de empresa estipulado en el artículo 333 de la Carta Magna, sosteniendo que la libertad económica y de empresa se puede ejercer a cabalidad, siempre y cuando no atenten contra las condiciones de la vida social mediante las cuales los hombres buscan el mejoramiento de su calidad de vida, a través del respeto y el acatamiento de los derechos y deberes de unos y otros.

Arguye igualmente que la preservación y conservación del ambiente es una responsabilidad que compromete la acción conjunta del Estado y de los particulares, adquiriendo más valor en aquellos casos en que se desarrolla una actividad económicamente productiva, ya sea en forma individual, en forma conjunta o asociada, porque la capacidad de la persona de ser titular de derechos patrimoniales, adquiridos mediante el libre ejercicio del derecho al trabajo, significa, a su vez, una sucesiva obligación social (Sentencia T-028, 1994).

Es por esto que reitera el Tribunal que el desarrollo de una labor productiva, así como la libre iniciativa privada, no pueden considerarse en términos absolutos, pues bien es sabido que la preservación del ambiente sano, además de ser un deber inalterable e incondicional, es eterno, pues recae sobre algo necesario: la dignidad de la vida humana. Es por eso que en el desarrollo de la actividad económica se imponen una serie de condicionamientos que hacen compatibles el desarrollo económico con la preservación del medio ambiente a través de diversos estatutos ambientales, los cuales, a su vez, subordinan el interés privado al interés público o social.

4.1.5.6 Sentencia T-046 de 1999. En esta providencia la corte constitucional analiza los diferentes aspectos que involucran la libertad de empresa y la protección ambiental. Para lo cual en primer lugar señala que para el Estado uno de sus fines esenciales es:

Promover la prosperidad y el bienestar general, así como el mejoramiento de la calidad de vida de la población, entre otras actuaciones, mediante la solución de las necesidades insatisfechas con la prestación de los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (Sentencia T-046, 1999).

Sin embargo, la responsabilidad que menciona la Corte es compartida entre el Estado y la comunidad, con el fin de lograr la conservación de un medio ambiente sano. Conforme a este planteamiento tiene entonces el Estado la obligación de invertir en actividades como director

general de la economía, como ocurre especialmente con la explotación de recursos naturales en aras de mantener un medio ambiente sano.

Respecto de las obligaciones estatales, se resalta el deber de protección de la diversidad y la integridad del medio ambiente, así como el deber de conservación de las áreas de especial importancia ecológica, involucrando una planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar el desarrollo sostenible, la conservación, restauración o sustitución, así como la prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

Seguidamente, estudia la Corte la compatibilidad entre la libertad de empresa y el derecho al ambiente sano, para ello, comienza por señalar que el ordenamiento constitucional como anteriormente se ha mencionado en el modelo económico que estipula, otorga un amplio margen al derecho de la libertad de empresa y la iniciativa privada. Sin embargo, estas facultades conservan una reserva legal en relación con la exigencia de permisos previos, licencias o requisitos adicionales que consientan el ejercicio de un derecho, el cual sería desarrollar una actividad.

De igual forma, se mantiene una reserva legal cuando se haga necesario delimitar el alcance de este derecho en procura del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. De esta forma, la empresa, como fundamento del desarrollo, se encuentra sujeta a una función social que implica obligaciones.

En este ámbito de libertad de acción, se observa que existe para los particulares una especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible lesión pueden derivarse amenazas a derechos de importante envergadura para las personas (Sentencia T-046, 1999).

Finalmente, y en lo que concierne al establecimiento de límites a libertad de empresa, la Corte Constitucional concluye que:

En la confrontación de derechos y de libertades, sin lugar a dudas prevalece el reconocimiento de la persona humana y su derecho a la existencia en condiciones dignas y saludables, sin injerencias que coarten sus libertades, así como a disfrutar de un medio ambiente sano; de manera que, resulta totalmente adecuada, en el caso que se examina, la decisión de impartir órdenes preventivas a fin de implementar los correctivos necesarios para reducir el efecto nocivo que está produciendo por la emisión de partículas de carbón durante la actividad que realiza la sociedad accionada, a fin de amparar los derechos fundamentales de los accionantes y demás personas afectadas, sin desconocer la protección a libertad de empresa de la sociedad demandada.

4.1.5.7 Sentencia C-339 de 2002. Las cuestiones ambientales deben ser analizadas según la Corte desde tres puntos de vista: el ético, el económico y el jurídico. El plano ético “construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valores”. Desde el punto económico, se observa como una limitante que “el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra, además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado”. En lo referente a la óptica jurídica, el ordenamiento jurídico y el Estado deben ser garantes no solo de la protección de la dignidad, la libertad y las amenazas que representan las explotaciones y el agotamiento de recursos naturales, sino que además se le debe otorgar un valor mayor a los valores colectivos frente a los individuales.

Respecto a la conservación de la biodiversidad frente a la actividad minera, la Corte resalta el trabajo hecho por el Ministerio del Medio Ambiente y el instituto Humboldt sobre las políticas nacionales de biodiversidad, en el cual se reconoce que la biodiversidad es vital para nuestra existencia, así como por los servicios ambientales que se derivan de ella y sus múltiples usos.

Se destaca la conservación de la biodiversidad como un objetivo esencial para la sociedad en general, siendo responsabilidad prioritaria de todas las instituciones del Estado armonizar su protección con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo de la actividad minera.

Es claro que la actividad minera produce una gran cantidad de desechos y desperdicios, ya que en el proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles se desechan forzosamente materiales residuales, que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas.

Sin embargo, esta situación conlleva la búsqueda de la armonización del grave impacto ambiental de la minería con la protección de la biodiversidad y el derecho a un medio ambiente sano, para que no se tenga que sacrificar uno sobre el otro. Y es aquí donde el desarrollo sostenible adquiere relevancia, entendido este como: “como un conjunto de instrumentos entre ellos los jurídicos, que harán factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza”. En consecuencia, al referirse al desarrollo tecnológico y económico se entiende que este no se opone al mejoramiento ambiental sino, por el contrario, debe ser compatible con la protección de este y la preservación de valores tanto históricos como culturales.

En esta providencia se hace un reconocimiento de las consecuencias que dejan las exploraciones y explotaciones petroleras las cuales van acompañadas de obras de infraestructura, como tendidos de transmisión energética, accesos viales o ferroviarios, además de la extracción de cantidades importantes de agua. Igualmente, puede impactar sobre los hábitos de la flora y la fauna a través del ruido, polvo y las emanaciones provenientes de los procesos de molienda.

De igual manera es relevante el análisis que hace la Corte sobre la constitucionalidad de la norma que estipula las zonas excluidas de actividades mineras y las zonas en la cuales se permite al exploración y explotación minera. La corte arguye que además de las zonas de especial

protección que se excluyen de actividades mineras por mandato de ley pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental. Lo anterior en atención a los principios constitucionales de protección ambiental y contenidos en los convenios y tratados internacionales adoptados por Colombia. Concluye la Corte sobre este aspecto que:

Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias (Sentencia C-339, 2002).

Finalmente, la Corte analiza otras zonas que, aunque no se enmarcan entre las tres de zonas excluidas de actividad minera, sí contienen un amparo constitucional como los ecosistemas integrados por vegetación original que no siempre forman parte de parques naturales. Entre las que se encuentran la selva amazónica, la vegetación herbácea arbustiva de cerros amazónicos, los bosques húmedos, los bosques del manglar, los bosques andinos, las sabanas del caribe, las sabanas llaneras, los bosques aluviales, los bosques secos o subhúmedos y bosques bajos y catingales. También resaltó el Alto Tribunal la poca protección con que contarían los afluentes hídricos a raíz de las normas del código de minas y recuerda las 5 grandes cuencas hidrográficas con las que cuenta Colombia y a las que se les debe brindar de igual forma atención y medios de protección en concordancia con los principios constitucionales ambientales, las cuales son: cuenca caribe oriental, del Orinoco, Amazónica, Caribe Occidental y la del Océano Pacífico.

4.1.5.8 Sentencia C-632 de 2011. La Corte Constitucional en esta sentencia analiza las medidas del régimen sancionatorio ambiental colombiano, las cuales son: las preventivas, las sancionatorias y las compensatorias. Sin embargo, en lo que concierne al planteamiento de los límites

constitucionales, se expone el estudio de las medidas compensatorias en materia ambiental, sobre las cuales se indica que no toda carga administrativa que se impone a los administrados constituye una sanción, siendo éste el caso de las medidas compensatorias, pues por su intermedio se persigue un fin reparatorio y no represivo, el cual busca el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al medio ambiente.

Se señala que, en la actualidad, la potestad administrativa sancionadora “constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”.

De las medidas compensatorias se entiende que son el conjunto de acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, “dirigidas a lograr la recuperación, rehabilitación o restauración” de los sistemas ecológicos que han sido degradados, dañados o destruidos como consecuencia de una infracción ambiental, y que le corresponde adelantar al infractor una vez ha quedado establecida su responsabilidad. Este concepto a juicio de la Corte se sustenta en que:

Las medidas compensatorias están enfocadas directamente a la protección de la naturaleza, en cuanto buscan el retorno de los recursos naturales o el ambiente a la situación previa al impacto ambiental, o en su defecto, a lograr que tales bienes o su entorno sean mejorados o recuperados sustancialmente. Y en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados (Sentencia C-632, 2011).

La Corte señala que las medidas compensatorias no pueden ser taxativas, toda vez que estas responden a conceptos técnicos de restauración, restitución o situación que si bien per se, puede tener coherencia medioambiental, no se puede dejar a un lado el hecho de que se crea una

incertidumbre para los titulares del derecho a la libertad de empresa, quienes no pueden de antemano tener claridad de las medidas compensatorias que en determinado momento y configurándose los aspectos fácticos que la norma señala deben soportar, creándose así un límite constitucional a la libertad de empresa.

Sin embargo, la Corte recordó que, al tratarse de medidas adoptadas por una autoridad técnica ambiental, éstas pueden ser sometidas a controles administrativos y jurisdiccionales, por parte de quienes se consideren injustamente afectados con ellas.

4.1.5.9 Sentencia T-154 de 2013. En materia ambiental, inicia la Corte Constitucional afirmando que a partir de la Carta Política de 1991 y la suscripción de diferentes tratados, la protección ambiental comenzó a ocupar un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico nacional, surgiendo el derecho al ambiente sano, el cual la misma Corte a través de sus pronunciamientos le ha dado el carácter de fundamental directamente y en conexidad con derechos como la vida y la salud, debido a los daños irreparables que genera en la vida de los seres humanos la mala utilización del medio ambiente, entre otras cosas.

Por otro lado, se enuncia en la sentencia que, aunque el aprovechamiento de los recursos naturales dentro del marco constitucional es permitido, no puede dar lugar a perjuicios en términos de salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad e integridad del ambiente, en razón al principio de desarrollo sostenible, en el cual la actividad productiva debe guiarse por los principios de conservación, restauración y sustitución. Por lo anterior, explica la Corte que, dicho principio, promueve y reconoce la importancia de la actividad económica privada y, además, admite la explotación medida de los recursos naturales, implicando una limitación de la actividad privada y la imposición de varias responsabilidades en cabeza de los particulares.

De esta manera la Corte resume este acápite afirmando que la conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud (Sentencia T-154, 2013).

La Corte reitera que Colombia contrajo el compromiso internacional de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica, adquiriendo la obligación, entre varias también reiteradas por otros instrumentos transnacionales, de explotar sus recursos naturales de manera que no se perjudique el equilibrio ecológico.

4.1.5.10 Sentencia T-204 de 2014. En el presente proveído se realiza un análisis importante para el desarrollo de esta investigación sobre la protección constitucional del medio ambiente y los recursos naturales. Se reitera el contenido verde de la Constitución de 1991, y la protección del medio ambiente, el cual se constituye como un factor trascendental en el ordenamiento constitucional, ya que, la norma contiene verdaderas disposiciones ecológicas, conformadas por todo el extenso articulado que regula la relación de la sociedad con la naturaleza y que pretende proteger el medio ambiente.

La llamada constitución ecológica contiene diferentes normas en su articulado que buscan proteger el medio ambiente y de las cuales se deduce que:

- i) el Estado colombiano debe proteger las riquezas naturales de la Nación, siendo propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; ii) el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado que busca garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida; iii) la propiedad privada debe ceder al interés público cuando resulte en

conflicto con motivos estatales de utilidad pública o interés social; iv) a la propiedad privada le es inherente una función social y ecológica; v) todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano; vi) el Estado debe proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; vii) El Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; viii) El Estado debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; ix) el goce de un ambiente sano constituye un derecho e interés colectivo; y x) la explotación de un recurso natural no renovable causa una contraprestación económica a título de regalía a favor del Estado (Sentencia T-204, 2014).

Adicionalmente menciona la sentencia T – 271 de 2010 la cual admitió la doble connotación del derecho constitucional al medio ambiente, como derecho colectivo y como derecho subjetivo.

El derecho a un ambiente sano sólo puede ser concebido como un derecho colectivo. Sin embargo, lo cierto es que la Corte Constitucional en su jurisprudencia le ha reconocido que el goce efectivo de muchos otros derechos individuales, como por ejemplo los derechos a la vida, a la salud y a la intimidad, depende de que se proteja y garantice el medio ambiente. En ese sentido, el derecho a un ambiente sano es también un derecho subjetivo de todo ser humano, en tanto se considera titular del derecho a vivir sanamente y sin injerencias indebidas.

Pasa seguidamente la Corte a revisar los principios de precaución y prevención, los cuales se comienzan a tratar a raíz de la internacionalización de las relaciones ambientales, tras la aprobación de tratados y convenios internacionales. Citando al respecto la sentencia C-293 de 2002 donde puntualizó, acudiendo al principio de precaución, que una autoridad ambiental puede proceder “a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo

motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta” (Sentencia T-204, 2014).

Continúa citando un apartado importante de la sentencia C-703 de 2010 en la cual se establece la aplicación de los principios de precaución y prevención de la siguiente manera:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.

Lo anterior establece un límite al ejercicio de la libertad de empresa al referir que a través del principio de precaución ya que se puede proceder a la suspensión de la obra o actividad económica que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva

daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta de tal daño. Siendo esto, una imposición a las empresas de vigilar y prevenir el posible daño que el desarrollo de su actividad pueda generar al medio ambiente y a las condiciones de salud y vida digna de los seres humanos.

4.1.5.11 Sentencia C-449 de 2015. Para la presente investigación es de gran importancia el análisis que realiza la Corte Constitucional en temas referentes a concepto y función del Sistema de Parques Nacionales Naturales y los mandatos constitucionales de protección, conservación y planificación relacionados con los recursos naturales de la Nación, al igual que la conceptualización y relevancia de los principios rectores del derecho ambiental.

En lo que se refiere a los principios rectores del derecho ambiental, comienza el alto tribunal desarrollando el principio de desarrollo sostenible arguyendo que en la balanza desarrollo económico – preservación del medio ambiente, ha cambiado de modo que se ha restringido la flexibilidad con que se miraba el “bienestar económico”, para inclinarse por la protección del medio ambiente, debido al impacto que tienen ciertas actividades sobre el entorno ecológico y sus componentes, además del desconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación; reflejándose en la imposición de una serie de limitaciones y condicionamientos al ejercicio de la libertad de la actividad económica, que buscan hacer compatibles de una manera más justa el desarrollo económico con la necesidad e interés superior de mantener y preservar un ambiente sano.

Continúa con el principio de quien contamina paga, el cual tiene su inicio en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992, al señalar que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe,

en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. En un comienzo el principio fue mal interpretado y se tomaba como una especie de transacción, donde quien tuviera las posibilidades económicas podía transgredir el medio ambiente, ya que tenía la capacidad económica para responder por el daño causado.

Actualmente, este principio de quien contamina paga debe encuadrarse según la Corte dentro del objetivo central de prevención del daño ambiental, buscando que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla, mitigarla y reducirla. Aclarando que no se trata solamente de reducir la polución, sino incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que reduzcan el impacto ambiental de las actividades industriales, mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias. De esta forma el principio va más allá del pago de una determinada cantidad de dinero, también ajusta efectivamente el comportamiento de los agentes públicos y privados para que respeten y protejan los recursos naturales.

De la misma forma trata los principios de prevención y precaución, explicando el primero de ellos como aquel que busca que las acciones de los Estados se encarrilen a evitar o minimizar los daños ambientales, a través de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprenden en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave, haciendo hincapié en que no basta con reparar, sino que es importante prevenir. El segundo de ellos siendo aquel que exige no solo una precaución en el ejercicio de las actividades y las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural.

Además, de manera concreta y desde la perspectiva constitucional, la Corte ha dejado claro que las instituciones mediante las cuales el Estado ejerce el principio constitucional de protección de

las riquezas naturales de la Nación son la licencia ambiental y el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

De forma que, este sistema de parques se rige por el mandato de inalienabilidad donde se estipula que: una vez se designe una cierta área de terreno como parque nacional, e integre así el Sistema de Parques Nacionales Naturales, la misma no puede ser sustraída de su régimen jurídico protector. Por lo tanto, supone igualmente una restricción al derecho de propiedad sobre Parques Nacionales Naturales, ya que a través de las decisiones de la Corte se ha establecido que los propietarios de estos no pueden transferir mediante venta su derecho, y que en el ejercicio de este deben “allanarse por completo a las finalidades del sistema de parques” y a “las actividades permitidas” en dichas áreas (Sentencia C-449 , 2015).

Respecto a la licencia ambiental, la Corte ha expresado lo siguiente: es el acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. La licencia ambiental es esencialmente revocable. Para ello, no se requiere del consentimiento expreso o escrito de su beneficiario, cuando no se estén cumpliendo las condiciones o exigencias establecidas en el acto de su expedición. También, la esencia de las licencias ambientales radica en la protección de los derechos individuales y colectivos. Por lo tanto, es a las autoridades públicas a quienes les corresponde velar por estos derechos, en particular cuando el riesgo de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas.

Por último, ha dejado claro de igual forma que a través del otorgamiento, denegación o cancelación de las licencias ambientales por parte del Estado se ejerce y da cumplimiento el deber de prevención y control del deterioro ambiental. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos

potenciales sobre el ecosistema, constituyéndose como un límite al ejercicio de la libertad de empresa, a través de la vigilancia por parte del Estado en pro de la conservación ambiental.

4.1.5.12 Sentencia T-606 de 2015. Esta providencia toma relevancia en el entendido de que se refiere al concepto de justicia ambiental y lo lleva a un aspecto de mayor relevancia como lo es la categorización de este como un principio. Sobre el concepto justicia ambiental la Corte Constitucional indica que este involucra que “ningún grupo de personas, incluyendo los raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel estatal, local o tribal”.

También, la justicia ambiental en su ámbito interno cuenta con un respaldo expreso de carácter constitucional, encontrándose en el artículo 91 el cual consagra el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano, aspecto que al ser interpretado a la luz del principio de igualdad, fundamenta “un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas públicas, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”.

En igual sentido, el deber de ofrecer una efectiva retribución y compensación por los daños ambientales que se derivan de una actividad lícita y orientada al logro del interés general encuentra fundamento en el restablecimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, que esta Corte ha sustentado en una interpretación sistemática de los principios de solidaridad (art. 1 CP), igualdad (art. 13 CP) y responsabilidad patrimonial por daño. En consecuencia, y en atención a que el derecho internacional ambiental también acuña los fundamentos de la participación pública afirma finalmente la Corte en la sentencia que:

Una de las maneras en las cuales se manifiesta el principio de justicia ambiental es garantizando la participación comunitaria de los grupos potencialmente afectados al ejecutar las políticas ambientales. En especial, si se tiene en cuenta que a lo largo de la historia las autoridades no han propiciado la participación de las personas y comunidades en las decisiones que de alguna manera los afectan (Sentencia T-606, 2015).

4.1.5.13 Sentencia T-445 de 2016. La Corte Constitucional en el ejercicio de revisión de fallos de tutela y en el análisis de la constitucionalidad de las normas, toma y alimenta sus estudios con conceptos internacionalistas que nutren el debate jurídico y son vanguardistas de los movimientos o fenómenos legales que están el debate global y en otras ocasiones es el legislador o el ejecutivo quien incluye estándares en las directrices de orden nacional con el objetivo de tener políticas acordes con los parámetros internacionales.

Tal es el caso del concepto de “crecimiento verde” el cual fue incluido por el gobierno, sin embargo, la Corte Constitucional refiere que no siempre que se introduce un concepto o estándar se entiende que al mismo se le debe dar aplicación sin revisión alguna. Por lo anterior en esta sentencia la Corte analiza el estándar del “crecimiento verde”, y este estudio conlleva a afirmar que en la actualidad la balanza en la cual se encuentra el desarrollo económico y la preservación del medio ambiente a juicio de la Corte se ha inclinado paulatinamente para el lado del cuidado del medio ambiente, situación que verbigracia se observa en “la imposición de una serie de limitaciones y condicionamientos al ejercicio de la libertad de la actividad económica, con la necesidad e interés superior de mantener y preservar un ambiente sano”.

De lo anterior se encuentra que el desarrollo sostenible como un principio transversal del derecho ambiental se ha ampliado para estar a la vanguardia de los avances ecologistas, en este orden de ideas, este principio y los nuevos modelos de protección ambiental que han surgido en la última década

“buscan mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad”. Lo cual conlleva a que:

(i) la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos, (ii) la sostenibilidad social pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad, (iii) la sostenibilidad cultural exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados, y (iv) la sostenibilidad económica pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y sea equitativo dentro y entre generaciones (Sentencia T-445, 2016).

Así, los avances en materia de protección jurídica ambiental como los parámetros descritos del principio de desarrollo sostenible se erigen en detrimento de la libertad de empresa.

Por otro lado, sin dejar el mismo sentido del establecimiento de límites constitucionales, se encuentra en esta providencia que la Corte recalcó que la adecuada participación en las decisiones que afectan a los habitantes de un municipio debe ser un imperativo necesario para dotar de legitimidad las decisiones de la administración sobre la materia. Situación que ejemplifica a juicio de la Corte el eje de acción de la justicia ambiental.

En este orden de ideas, esta providencia señaló que las consultas populares de carácter municipal son un mecanismo de participación por medio del cual las personas o los habitantes manifiestan su opinión sobre un aspecto en particular dentro del cual también caben aspectos ambientales. Así, a consideración de la Corte los municipios tienen competencia absoluta para regular el uso del suelo con el fin de garantizar la protección del medio ambiente, especialmente si en dicho ejercicio se acaba prohibiendo la actividad minera, precisándose que la posibilidad de excluir la actividad minera de un municipio es una competencia constitucional que surge de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales.

4.1.5.14 Sentencia T- 622 de 2016. En esta sentencia se analiza un nuevo concepto de derechos y su alcance, una nueva categoría de la cual se encaminan a la protección efectiva de la biodiversidad y la bioculturalidad, estos son los derechos bioculturales (biocultural rights).

Según la Corte los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, Hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente (Sentencia T-622 , 2016).

Ahora bien, se explica en esta providencia que los derechos bioculturales buscan integrar en una misma cláusula de protección las disposiciones dispersas en materia de derechos a los recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas, que en la Constitución están presentes en los artículos 7º, 8º, 79, 80, 330 y 55. En otras palabras, “ los derechos bioculturales no son nuevos derechos para las comunidades étnicas, en lugar de ello, son una categoría especial que unifica sus derechos a los recursos naturales y a la cultura, entendiéndolos integrados e interrelacionados”.

Entonces, estos derechos tienen importantes implicaciones dentro de las cuales se establecen que las comunidades deben mantener su herencia cultural distintiva, la cual sin duda alguna es esencial para el mantenimiento de la diversidad biológica y la diversidad cultural del planeta. Finalmente se señala en la providencia que estos derechos:

No son simplemente reclamaciones de propiedades en el sentido típico de la economía o del mercado, en el cual pueden ser un recurso alienable, conmensurable y transables; más bien los derechos bioculturales son los derechos colectivos de comunidades que llevan a cabo roles de administración tradicional de acuerdo con la naturaleza, tal como es concebido por las ontologías indígenas o tradicionales (Sentencia T-622 , 2016).

En suma, se tiene que si bien los derechos bioculturales son una agrupación de facultades con las cuales cuentan las comunidades étnicas, esta categoría según se evidencia de lo que considera la Corte va más allá, ya que busca mantener las tradiciones culturales de las etnias y conservar su herencia distintiva. Quizás por lo novedosos aún no tienen una trascendencia fuerte, no obstante, es el posible inicio para la consolidación de una protección efectiva de la diversidad cultural; siendo esta una limitante a la libertad de empresa ya que, es claro que mantener y preservar este tipo de riquezas conlleva a restringir, prohibir o delimitar actividades industriales en determinados territorios.

Por otro lado, en esta providencia se recuerda el alcance de los principios de prevención y precaución, los cuales han tenido su mayor desarrollo en las providencias de la Corte Constitucional, quien ha explicado la trascendencia, la diferencia y la forma de aplicación de estos principios.

En primer lugar, del principio de prevención se tiene que internacionalmente este se ha entendido como el principio el cual pretende que:

Las acciones de los Estados se dirijan a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave (Sentencia T-622 , 2016).

Así, se erige un principio con una importancia sobresaliente para el derecho del medio ambiente ya que encamina las políticas públicas y el ordenamiento jurídico hacia un modelo el cual “prepara y organiza las tareas necesarias para evitar que el daño se produzca, antes que, a un modelo curativo, pendiente de la sanción y la reparación”.

Entonces, el principio de prevención tiene aplicación en los casos en los que “es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca”, mientras que el principio de precaución opera en ausencia de la certeza científica absoluta.

Por su parte dar aplicación al principio de precaución se debe constatar el cumplimiento de los siguientes elementos:

1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado.

Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución (Sentencia T-622 , 2016).

El principio de precaución es en este orden de ideas es una herramienta trascendental en el derecho ambiental puesto que, responde a la incertidumbre técnica y científica que “muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales, por la inconmensurabilidad de algunos factores contaminantes, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo”. No obstante, partiendo de que ciertas afectaciones resultan irreversibles, este principio señala un derrotero de acción que “no sólo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”.

Finalmente, para la Corte no hay duda que el direccionamiento, el análisis o la aplicación rigurosa de los parámetros en los principios de derecho ambiental y todo lo que de ellos se desprende, responde a un criterio de mayor jerarquía como lo es el principio *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura* el cual consiste “en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja”, evidenciándose así otra limitante a la libertad económica en el entendido de que las tensiones que se puedan producir entre libertad económica y protección ambiental en aplicación de este último principio deberán propender a resolverse dando prevalencia a la interpretación más favorable para la naturaleza.

4.1.5.15 Sentencia C-035 de 2016. La sentencia C-035 de 2016, es una de las providencias más relevantes en materia de límites constitucionales impuestos a la industria minera toda vez que, por medio de esta la Corte Constitucional tomó drásticas decisiones las cuales más que restringir el derecho a la libertad de empresa de la industria minera, terminaron causando graves perjuicios a determinadas empresas de este sector.

En esta providencia se analizó la constitucionalidad de diferentes normas del plan nacional de desarrollo para el periodo 2014-2018 (ley 1753 de 2015), sin embargo, en concordancia con el tema en estudio, o en relación con los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera se tiene que dicha libertad “presupone la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con el fin de crear, mantener o incrementar su patrimonio”. No obstante, se recuerda en la providencia que “la libertad económica no es un derecho absoluto, pues en nuestro sistema constitucional tanto la propiedad (artículo 58) como la empresa (artículo 333) deben cumplir una función social que implica obligaciones”.

La Corte en esta providencia recordó que los contratos de concesión ya sean de servicios públicos o para la explotación de recursos del Estado tienen por objeto la prestación de un servicio público o la explotación de un bien que le pertenece al Estado “en concordancia con esta definición, la Corte ha señalado que la existencia de un contrato de concesión para explotar bienes que pertenecen al Estado no implica transferencia del dominio sobre los mismos”, explicándolo de la siguiente manera:

Por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como se evidencia, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo

lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley, pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión. Pero en todo caso es propio de la concesión que el Estado no transfiere el dominio al concesionario, ya que éste sigue siendo de titularidad pública (Sentencia C- 035, 2016).

Así, La obligación del Estado para con el concesionario se circunscribe a la entrega de una participación en la explotación del bien. Entonces, la sola existencia de un contrato de concesión no es motivo que impida al Estado “limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ello se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia constitucional”.

Y lo ejemplifica la Corte en esta sentencia al realizar la comparación cuando el Estado adquiere información nueva de que un medicamento, un alimento, o la explotación de un determinado material de construcción que tiene consecuencias nocivas para la salud señalando que “en tales casos, el Estado puede perfectamente prohibir la producción, transformación, distribución y comercialización del respectivo producto” lo que le permite al alto tribunal afirma que con mayor razón, el Estado puede prohibir la extracción de un recurso de su propiedad, siempre que exista una duda razonable sobre la afectación de bienes jurídicos objeto de protección constitucional, y reafirma que:

Aceptar una posición contraria, limitando la actividad del Legislador y del gobierno a la inexistencia de contratos de concesión equivaldría sujetar la actividad legislativa a intereses particulares, estancar la capacidad del ordenamiento de responder a los cambios sociales, e invertir la regla constitucional de prevalencia del interés general... Por lo tanto, el hecho de que en la primera hipótesis el Estado haya suscrito un contrato de concesión con el particular no le impide al Legislador prohibir la actividad respectiva, incluso durante la vigencia del contrato mismo.

Por otro lado, y respecto de las licencias ambientales como otro de los instrumentos fundamentales para el desarrollo de las actividades extractivas de recursos naturales no renovables, la Corte en esta sentencia refiere que:

La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente

De la misma manera, la Corte también ha expresado que el requerimiento de la licencia ambiental para el desarrollo de estas actividades es una de las formas en las que el Estado interviene en la economía y limita la libre iniciativa privada.

Con base en los argumentos precedentes, es posible deducir que el desarrollo de la actividad minera está sometido a decisiones políticas que escapan al ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares, debido a que “es la Administración, por mandato del legislador, quien define cuándo, en qué condiciones y bajo qué requisitos se debe realizar la explotación de los recursos naturales no renovables de su propiedad”.

En este orden de ideas, la actividad de explotación de recursos naturales se encuentra protegida por la Constitución, sin embargo, debe consultar al interés general, y por ello, “el margen de libertad de decisión de los particulares es significativamente menor que para el desarrollo de otras actividades económicas”. En otras palabras, en lo que concierne a actividad minera, es el estado quien, en palabras de la Corte,

Tiene la facultad, no la obligación, de determinar las condiciones para que se desarrollen dichas actividades. De tal modo, el hecho de que el Estado haya otorgado una licencia ambiental para

llevar a cabo una actividad extractiva no es óbice para que el mismo Estado prohíba la realización de tal actividad, con posterioridad a su expedición, como lo hizo el Legislador en el Código de Minas y en el anterior Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

Es entonces esta tesis un argumento contundente en favor de la administración y en detrimento de la libertad económica, toda vez que, el Alto tribunal reconoce las facultades especiales que tiene el Estado a la hora de regular y vigilar las actividades que involucran la explotación de recursos naturales.

Un claro ejemplo de esta facultad de la administración se evidencia en la posibilidad de sancionar con suspensión a las obras o actividades que ya cuente con una licencia ambiental y con un contrato de concesión, siempre que de ella “pueda derivarse un daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana”.

No obstante, el derecho al ambiente sano no es absoluto, ni es de aplicación irrestricta, toda vez que la Carta Política no adopta un modelo puramente conservacionista respecto del medio ambiente. De lo anterior se deduce que existe una tensión entre la protección del ambiente y el desarrollo económico, ya que se trata de bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución Política, cuyo contenido no es absoluto en ninguno de los dos casos. Consciente de dicha tensión, señala la Corte en esta sentencia que “al adoptarse el concepto de desarrollo sostenible, lo que el constituyente pretendía era que se armonizaran o conciliaran el derecho al ambiente sano con el derecho a la libertad económica”.

En este punto, también es necesario exaltar que la Corte señala que el equilibrio entre el bien jurídico de medio ambiente sano y la bien jurídico de libertad económica debe ser conciliado en cada caso particular, con el fin de evitar que en abstracto uno prevalezca sobre el otro.

Por otro lado, la Corte específicamente en lo que concierne al artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, y ponderando la facultad que en este artículo se otorgó a las empresas

mineras de continuar con las exploraciones y explotaciones que estuvieran amparadas en un título minero con fecha anterior al 9 de febrero de 2010 indica que “el sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos, como la calidad, continuidad y accesibilidad del agua, y los demás servicios ambientales que prestan los páramos resultan desproporcionados frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables”. Tratándose de un ecosistema tan vulnerable, frágil y poco adaptable como el de los páramos, su afectación tiende a ser de más largo plazo o permanente.

La segunda razón por la cual el carácter eventual de los daños producidos por las actividades mineras y de hidrocarburos no resulta aceptable en el presente caso es el déficit de protección de los páramos en el sistema constitucional colombiano. En efecto, la Corte constató que en la actualidad no existe un sistema de protección especial de dichos ecosistemas.

De igual manera, la Corte constitucional en esta sentencia evidencia que no hay duda en que las actividades mineras y de hidrocarburos pueden llevarse a cabo de manera responsable, previniendo, mitigando y corrigiendo al máximo los daños ambientales; sin embargo, considera 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 ecosistema”.

Por ende, considera el alto tribunal que las facultades otorgadas a las autoridades ambientales, de hidrocarburos y mineras para que ejerzan un “*control, seguimiento y revisión*” de las licencias, “*aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*” “no constituyen una garantía de protección ambiental con carácter vinculante”.

Así, llega a la conclusión la Corte de que es necesario y urgente crear un mecanismo que pueda garantizar la protección de los ecosistemas páramo toda vez que:

Aunque los páramos sean ecosistemas que de acuerdo con la ley requieren de protección especial, no por ello son *per se* áreas protegidas, toda vez que la categoría de “*área protegida*” está atada a un procedimiento de declaratoria y adopción por parte de las autoridades ambientales. Es decir que a pesar de que estos ecosistemas han sido concebidos como áreas que requieren de una protección especial, no se ha reglamentado una categoría de protección específica o automática para dichos biomas. En esa medida, en la actualidad existen zonas de páramo que han sido declaradas como áreas protegidas y otras que no lo han sido.

Entonces, se toma la decisión de “declarar la inconstitucionalidad de los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015” con el fin de proteger constitucionalmente los ecosistemas de páramo debido a su “fragilidad y a la ausencia de protección jurídica”.

Asimismo, estableció que las zonas a delimitar como páramos deben ceñirse a los criterios técnico que emita el Instituto Alejandro Von Humboldt, sin embargo, la Corte también permitió la autonomía del Ministerio de Ambiente en materia de delimitación de páramos, en palabras del Alto tribunal, el mecanismo de delimitación:

Debe preservar también la autonomía del Ministerio de Ambiente para apartarse de las áreas de referencia del IAvH. Sin embargo, esta decisión no puede obedecer al arbitrio del funcionario que lleva a cabo esta función, como quiera que, como todas las autoridades administrativas, las decisiones discrecionales no pueden confundirse con las decisiones arbitrarias, de tal forma que todas aquellas determinaciones que preservan márgenes amplios de valoración administrativa, de todas maneras, deben soportarse o apoyarse en criterios razonables y proporcionados explícitamente señalados.

Así, la Corte estableció una protección absoluta y rigurosa de los páramos en Colombia, materializada en la declaratoria de inexequibilidad de los incisos primero, segundo y tercero del

primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, con lo cual se estableció uno de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera más relevantes, al prohibirse la minería en los ecosistemas páramo incluso para aquellas empresas que ya contaban con títulos, mineros y licencias ambientales.

4.1.5.16 Sentencia T-730 de 2016. A partir de la acción de tutela interpuesta por el Resguardo Indígena Alto Lorenzo la Asociación del Consejo Regional del Pueblo Nasa del Putumayo-Kwe'sx Ksxa'W con el objeto de que les protegieran sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la integridad personal, la consulta previa, la participación y libre determinación de los pueblos indígenas, mínimo vital y petición, los cuales estimaron vulnerados al haberse concedido licencias para el inicio de un proyecto petrolero en el territorio donde se encuentra ubicada la comunidad sin haber realizado las correspondientes consultas previas. De igual forma se vieron afectados por la explotación de hidrocarburos y la contaminación que esta generaba.

La Corte Constitucional reconoce la importancia de la Consulta Previa, como mecanismo que se lleva a cabo a través de la puesta en conocimiento a los integrantes de las comunidades étnicas de las medidas que se van a adoptar y sus implicaciones, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales, promoviendo la participación de los mismos respetando su libertad a opinar y expresarse respecto del proyecto a desarrollar o de medidas legislativas o administrativas que deriven en una afectación directa a sus intereses.

Por lo tanto, reitera la Corte que no basta con la simple notificación o comunicación de la medida o proyecto a realizarse, ya que es necesario generar espacios de divulgación y conversación con la comunidad étnica que se ve implicada. La misma debe realizarse con anterioridad al desarrollo del

proyecto o a la toma de la decisión normativa concerniente, ya que actuaciones posteriores no subsanan el vicio de haber omitido la consulta previa.

Finalmente, establece la Corporación que:

Si adelantada la consulta de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que causen con las medidas, a fin de implementar al programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio” (Sentencia T-730, 2016).

Por consiguiente, la Consulta Previa puede instituirse como un límite a la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, toda vez que al realizarse proyectos o tomar decisiones que puedan afectar a las comunidades étnicas, debe tenerse presente su opinión, aportando suficiente información y sobre todo, debe realizarse con anterioridad al desarrollo del mismo, puesto que hacerlo de forma posterior no tiene validez y genera un vicio al cumplimiento de sus requisitos, pudiendo generar retraso y obstáculos a la materialización del proyecto.

4.1.5.17 Sentencia C-041 de 2017. La trascendencia del derecho a un medio ambiente sano ha llevado a considerar que este cuenta con una triple dimensión en la normatividad colombiana, la cual es consecuencia de la incidencia de la declaración interamericana de derechos humanos y se entiende por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

La defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho. Bien jurídico constitucional que presenta una triple dimensión, toda vez que: (i) es un *principio* que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; (ii) es un *derecho*

constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y (iii) es una *obligación* en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución establece el “*saneamiento ambiental*” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (arts. 49 y 366 Superiores) (Sentencia C-041 , 2017).

Lo anterior brinda garantías a los ciudadanos en un claro detrimento del derecho a la libertad de empresa toda vez que con esta triple dimensión la ponderación entre la libertad de empresa frente al medio ambiente se hace desde el análisis o la consideración del medio ambiente sano como un derecho constitucional, un principio, derecho y obligación constitucional en cabeza de diferentes sujetos.

4.1.5.18 Sentencia T-361 de 2017. El derecho a la participación en materia ambiental ha sido uno de los límites tradicionales a la libertad de empresa, no obstante este ha sufrido una significativa evolución, la cual desde la óptica constitucional, y del derecho internacional, permite que actualmente sea considerado un principio de derecho ambiental; asimismo la aplicación del derecho o principio de participación ambiental en medio de procesos económicos, administrativos, industriales o empresariales ha sido ampliada en gran medida, situación que se evidencia y muestra su mayor cúspide en lo conceptuado por la Corte Constitucional en la sentencia T-361 de 2017.

El derecho y principio a la participación en materia ambiental encuentra según la Corte Constitucional su fundamento en que:

La participación de la sociedad en materia ambiental es un elemento central para la obtención de un orden justo, puesto que la intervención de las personas es una condición imprescindible para alcanzar la sostenibilidad de los ecosistemas y la distribución equitativa de recursos naturales. El futuro del planeta no puede quedar de manera exclusiva en manos de las personas

que se concentran en explotar económicamente el ambiente o en quienes soslayan el carácter finito de este. En realidad, ese destino debe incluir a la comunidad que se ve afectada por ese uso colectivo que debe concientizarse de la conservación de los recursos naturales (Sentencia T-361 , 2017).

En esta providencia, la Corte analizó si las mesas de concertación que implementó el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en marco del proceso de delimitación del páramo de Santurbán correspondieron al principio de participación o si por el contrario fueron insuficientes y por ende este derecho fue vulnerado a las personas de los sectores aledaños al páramo.

Dentro del análisis que realiza la Corte en esta providencia, evidenció que la participación del pueblo en asuntos ambientales se ha vuelto un elemento central e indispensable para la materialización del desarrollo sostenible y una “adecuada distribución de cargas del ecosistema”. Asimismo, señala la Corte que la intervención de la comunidad se ha transformado hoy por hoy en un derecho en cabeza de las personas y en una obligación de los Estados en todos los ámbitos ya sean escenarios políticos, judiciales y administrativos, o de reglamentación o planificación.

La Constitución en armonía con los diferentes instrumentos internacionales permiten para la Corte determinar los elementos esenciales que encierra el derecho a la participación en materia ambiental, como son: i) el acceso a la información; ii) la participación pública y deliberada de la comunidad. Inclusive, se reconoció el respeto de las opiniones de los ciudadanos, de modo que el Estado debe tener en cuenta esos aportes al momento de decidir; y iii) la existencia de mecanismos administrativos y judiciales para la defensa de los anteriores contenidos normativos.

En el análisis que hace el Alto tribunal respecto de los parámetros de aplicación del derecho a la participación en materia ambiental, se encuentra también que la participación debe ser eficaz y efectiva lo cual se debe entender en que la administración genere “verdaderos espacios de diálogo con la población, escenarios en que busque su consentimiento libre e informado”. Por ende, la

participación no se garantiza solo con generar espacios de socialización de la información con las comunidades toda vez que el fin de la participación es generar la construcción de un consenso razonado independiente del espacio en el que se esté generando. Asimismo, y con gran importancia, se señala en esta providencia que el alcance de esta garantía se evidencia en el acto administrativo que resulta al final de los procesos en los cuales se dan espacios de participación toda vez que “el acto administrativo debe evidenciar que se evaluaron las razones de la comunidad y que se motivó su apartamiento, en casos en que se hubiesen desechado las opiniones o juicios de la colectividad”.

Asimismo, la participación ambiental debe vincular a todos los afectados con la decisión administrativa, “ya sea por impactos en los ecosistemas o en las condiciones de vida”. Para garantizar la anterior obligación, las autoridades deben “asumir una actitud proactiva, de modo que convoquen e inviten a las comunidades interesadas”.

En el mismo sentido, en lo que refiere al escenario minero, las autoridades deben garantizar la participación de la comunidad en el proceso de otorgamiento de una concesión de título minero (Sentencia C-389 de 2016). A su vez, el acto administrativo que autoriza la cesión de un título minero debe ser objeto de participación, cuando ese acto jurídico afecta a la comunidad o a una parte de ésta (Sentencia SU-133 de 2017).

Ahora, la Corte específicamente en lo que concierne a la delimitación de páramos señaló:

El procedimiento de delimitación de páramos debe iniciar con una convocatoria amplia, pública y abierta de la comunidad en general para que ésta participe. Ese llamamiento debe realizarse por diferentes medios de comunicación. Además, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene la obligación de establecer criterios para identificar los actores sociales que deben estar presentes en el proceso de participación, en razón de que serán afectados por la delimitación o tienen un interés en ella (Sentencia T-361 , 2017).

En el mismo orden de ideas, en la providencia se advirtió que la participación en el procedimiento de delimitación de páramos debe ser “previa, amplia, deliberativa, consciente, responsable y eficaz. Además, debe ser abordada desde una perspectiva local. La gestión ambiental tiene la obligación de garantizar las condiciones para que los distintos actores intervengan en igualdad de oportunidades”.

Finalmente, es relevante indicar que esta providencia, crea un nuevo parámetro en el derecho a la participación en materia ambiental el cual va en detrimento de la libertad económica, especialmente en los procedimientos de delimitación de páramos, ya que, en la sentencia la Sala Octava de la Corte, exige que durante el procedimiento administrativo de delimitación de páramos sea necesario contar con el “*consentimiento previo, libre e informado*” de la comunidad, es decir, establece para la participación ambiental la consecuencia excepcional que la jurisprudencia constitucional ha previsto solo para supuestos límites en el caso de la consulta previa, siendo este último un contexto totalmente diferente al derecho a la participación ambiental. Lo anterior en razón de que, el estándar cualificado del consentimiento previo libre e informado es una garantía particular de la consulta previa, en razón de “la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación” y solo opera ante afectaciones graves al territorio ancestral. Y tal como lo señala el salvamento de voto el magistrado Carlos Bernal Pulido, “el caso concreto bajo examen versa sobre un aspecto netamente técnico y científico, como es el de la delimitación de los páramos”.

En suma, se puede afirmar que con lo establecido en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, y con lo desarrollado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, la protección del ambiente prevalece “frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución

para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana”. (Sentencia C- 035, 2016).

4.2 Protección nacional e internacional del Inversionista Extranjero.

En este capítulo, se revisará la protección del inversionista extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano y en contexto internacional, para lo cual se expondrán los diferentes tipos de instrumentos internacionales que se usan para brindar garantías al inversionista extranjero y los mecanismos de protección en la legislación colombiana.

Colombia ha adoptado medidas con el fin de implementar y desarrollar un esquema de protección al inversionista extranjero y así aumentar la inversión de estos, en el marco de una política de integración económica que a su vez busca dar cumplimiento a los parámetros constitucionales, reduciendo así los riesgos a favor del inversionista.

Las medidas de protección del inversionista extranjero se encuentran en los Acuerdos Internacionales de Inversión y en los Instrumentos y Convenios Internacionales adoptados por Colombia. Sin dejar a un lado que en la legislación interna se encuentra un régimen de protección al inversionista extranjero, el cual ha sido analizado por la Corte Constitucional, la cual señaló que las garantías otorgadas por Colombia a este tipo de inversión son acordes a la constitución.

4.2.1 Acuerdos Internacionales de Inversión. Dada la importancia que revisten los Acuerdos Internacionales de Inversión, Colombia ha implementado políticas de negociación y celebración de este tipo de acuerdos para brindar mayor seguridad al inversionista, entre los que se encuentran: i) los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs), ii) los tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión y iii) los acuerdos de doble tributación.

De estos tipos de acuerdos internacionales, se hará hincapié en aquellos que hacen énfasis en la seguridad de la inversión que se realiza en Colombia, dentro de los que se encuentran los APPRI entendidos como “tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte” (Comercio, s.f.).

El objetivo de este tipo de acuerdos consiste en proporcionar un espacio estable y favorable al inversionista y, de esta manera, reducir la incertidumbre jurídica que pueda llegar a afectar negativamente el desarrollo o la ejecución de proyectos. La cobertura de protección otorgada por los APPRI se aplica a la fase del post-establecimiento⁴³ de la inversión, una vez que la misma se ha realizado de conformidad con la legislación del país receptor. Sin embargo, es necesario resaltar que:

Aunque los APPRI no tienen carácter multilateral, otorgan seguridad a una inversión extranjera del país con el que se haya suscrito dicho acuerdo. Para lograr lo anterior, estos acuerdos definen los activos que se protegen, estipulan los estándares de protección que se reflejan en principios de derecho internacional como los de igualdad de trato, trato justo y equitativo, plena seguridad y garantías y, por último, establecen las reglas para la solución de controversias mediante diferentes herramientas, entre ellas el arbitraje internacional Inversionista-Estado (Pro Colombia, s.f.).

Colombia ha suscrito este tipo de acuerdos con países como China, India y Reino Unido, estando vigentes así mismo acuerdos de este tipo con Perú, Suiza y España.

Por otra parte, los Tratados de Libre Comercio (TLCs) son un acuerdo mediante los cuales dos o más países reglamentan de manera comprehensiva sus relaciones comerciales, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, su nivel de desarrollo económico y social. Los TLCs contienen normas y procedimientos tendientes a garantizar que los flujos de

bienes, servicios e inversiones entre los países que suscriben dichos tratados se realicen sin restricciones injustificadas y en condiciones transparentes y predecibles. (Min. Comercio Industria y Turismo, 2004). Asimismo, los Tratados de libre comercio, son un instrumento de gran utilidad y al cual se recurre con frecuencia, ya que, en ellos, si bien se pactan entre países, se acuerdan y negocian garantías para sus inversionistas cuando para cuando estos realicen inversiones en algún país que suscribe el tratado diferente del cual es nacional.

Colombia ha suscrito y tiene en vigencia TLCs con Chile, Canadá, México, con EL Salvador, Guatemala y Honduras, con Estados Unidos, con Cuba, Corea, Costa Rica, asimismo, suscribió los tratados de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el del Mercado Común del Sur (Mercosur), la Alianza del Pacífico, Acuerdo de Alcance Parcial sobre comercio y cooperación económica y técnica entre la República de Colombia y la Comunidad del Caribe (CARICOM), Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA), y el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

4.2.2 Instrumentos o convenios Internacionales suscritos por Colombia en favor del inversionista extranjero. El Estado colombiano ha suscrito instrumentos internacionales que dan seguridad a los inversionistas extranjeros en relación con las garantías de estabilidad jurídica y solución de controversias. Entre estos se encuentra el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), el cual es un organismo del banco mundial, así como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Corporación de Inversión Privada en el Extranjero (OPIC, por sus siglas en inglés).

El OMGI fue creado en 1988, y tiene como meta facilitar la corriente de inversión de capitales privados con fines productivos en países en desarrollo. Para ello, otorga garantías a los inversionistas contra pérdidas ocasionadas por riesgos no comerciales,

como expropiación, inconvertibilidad de moneda, transferencias cambiarias, guerra civil o disturbios. Asimismo, se encarga de otorgar asistencia a los países con el fin de que estos difundan información sobre las oportunidades de inversión.

Adicionalmente, el OMGI, ofrece un acuerdo de disuasión contra las acciones gubernamentales que pudieran impedir las inversiones. En caso de conflictos, el OMGI solicita la participación de su programa de resolución de conflictos, para ayudar tanto a los gobiernos como a los inversionistas a resolver sus diferencias, sin la necesidad de emprender costos procedimientos de arbitraje. Este programa atiende dos necesidades: mantiene la inversión y ayuda al país a conservar su reputación como un destino estable para las inversiones. La exclusiva capacidad del OMGI para desempeñarse como un agente honesto, mejora la confianza de los inversionistas respecto de la seguridad de una inversión destinada a los países en desarrollo.

Por su parte, el CIADI es la principal institución en materia de arreglo de diferencias relativas a inversiones, este se creó en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Es un tratado multilateral internacional y entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y al 30 de junio de 2015, el CIADI contaba con 159 Estados signatarios del Convenio y con 151 Estados Contratantes que lo habían ratificado. La finalidad primordial de este es brindar instalaciones y servicios de soporte para conciliación y arbitraje en diferencias relativas a inversiones internacionales. El arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio son totalmente voluntarios y para recurrir a ellos se requiere el consentimiento del inversionista y del Estado de que se trate; una vez prestado dicho consentimiento no puede retirarse unilateralmente y se convierte en un compromiso vinculante.

El CIADI es una organización imparcial y no decide los casos, por lo que los árbitros y conciliadores son independientes y nombrados para cada proceso, estos examinan las pruebas y deciden el resultado de las diferencias que se les hayan sometido. (CIADI, Sf)

Este convenio fue adoptado e implementado en Colombia mediante la ley 267 del 29 de enero de 1995 y sobre el cual la Corte Constitucional señaló en la sentencia C 442 de 1996 lo siguiente:

El establecimiento de mecanismos alternativos dirigidos a la resolución de conflictos relativos a inversiones internacionales es coincidente con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. La Constitución colombiana, al establecer que la paz es uno de los valores fundantes del orden jurídico-político y un derecho de obligatorio cumplimiento, promueve la viabilidad de aquellos mecanismos que contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos. La resolución de los conflictos que lleguen a presentarse por causa de las mencionadas inversiones puede ser mucho más eficiente y rápida y la decisión adoptada mucho más justa y equitativa, que, si fueran los tribunales nacionales, a través de las vías judiciales o administrativas internas, quienes resolvieran este tipo de conflictos.

Y, por último, La OPIC por su parte, tiene como objeto la promoción y fomento de las inversiones desde los Estados Unidos de América hacia los países en desarrollo. Para lograr este fin, la OPIC brinda seguridad y financiación a proyectos de inversión contra riesgos políticos, entre otros (Pro Colombia, 2015).

4.2.3 El inversionista extranjero en la legislación colombiana. En Colombia, se promulgó en el año 2000 el decreto 2080, en el cual se consagró el “Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior”. El título tres de este decreto aborda los Regímenes Especiales de las inversiones de Capital del exterior y su capítulo II consagra el régimen especial en el sector de hidrocarburos y minería, estableciendo que: “Las inversiones de capitales del exterior para la exploración y explotación de petróleo y gas natural, para proyectos de refinación, transporte y distribución de hidrocarburos y para la exploración, explotación,

beneficio y transformación de minerales, estarán sujetas al cumplimiento de las normas que regulan dichas actividades en especial y, cuando a ello hubiere lugar, las previstas en el contrato respectivo entre ECOPETROL y el inversionista del exterior” (Artículo 21).

Aunque los acuerdos internacionales de inversión anteriormente mencionado son los más utilizados por los Estados, Colombia particularmente cuenta con otra forma de dar seguridad al inversionista extranjero en el país, a través de los contratos de estabilidad desarrollados e implementados con la ley 963 de 2005, en la cual se estipula que la manera de otorgar garantías al inversionista que lo suscriba con el Estado Colombiano es:

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

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

Este tipo de contratos fue analizado a su vez por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-320 de 2006 y en este fallo se señaló que:

Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas

en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar; (iii), en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; (iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y (vi) cumplir *"con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley."*

Así se corrobora como este mecanismo que favorece la seguridad jurídica del inversionista extranjero está vigente y avalado en el ordenamiento jurídico colombiano y listo para ser implementado.

4.2.4 Estándares de protección del inversionista extranjero en el contexto jurídico internacional. En la regulación internacional en materia de Inversiones, se encuentran estándares creados como limitantes a las facultades administrativas y judiciales con las cuales cuentan los

Estados en favor de la promoción de las inversiones extranjeras. Estos estándares se han desarrollado en diferentes instrumentos internacionales de inversión y en la jurisprudencia internacional al aplicarlos en conflictos entre inversionista-Estado. Los estándares más importantes y reconocidos por el derecho internacional consuetudinario son: el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas y la figura de la expropiación indirecta.

Debido a lo anterior, es acertado con el fin de analizar la Responsabilidad Internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros revisar el tratamiento y desarrollo de estos conceptos en los diferentes laudos arbitrales y en la doctrina internacional.

Sin embargo, es necesario primero recordar la diferencia que guardan las reglas y los estándares con el fin de tener mayor claridad en lo que respecta a la concepción de lo que es un “estándar”:

Los estándares son una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del ‘legislador’ al ‘juzgador’, mientras que la regla contiene una hipótesis que, debe realizarse, de conformidad con el principio de causalidad (González de Cossio, 2009, pág. 279).

De esta manera, y luego de revisado el concepto de estándar, se expondrá en primer lugar la figura de la expropiación indirecta, su desarrollo doctrinal y aplicación por parte de los tribunales arbitrales del CIADI; seguidamente, se analizará el estándar del trato justo y equitativo y por último se revisará el estándar de protección y seguridad plenas siguiendo la misma metodología de análisis de la figura de la expropiación indirecta.

4.2.4.1 La figura de la expropiación indirecta. La expropiación es una figura que otorga la facultad al Estado de poder adquirir, de carácter forzoso, la propiedad de los particulares por medio de un acto jurídico y realizando una respectiva indemnización. La expropiación opera

justificándose en la utilidad pública o el interés común, en Colombia el artículo 58 de la Constitución Política, reconoce el derecho a la propiedad privada y señala que, por motivos de utilidad pública o interés social, definidos por el legislador, se puede realizar expropiación mediante sentencia judicial o por vía administrativa y con la indemnización respectiva. Esta expropiación es conocida como expropiación directa. Según la sentencia T-153/94 la expropiación puede ser entonces definida “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”.

Aunque la figura de la expropiación directa ha sido desarrollada y tratada tradicionalmente, tanto por tribunales internacionales como por doctrinantes, en los últimos años se ha venido implementando la figura de la expropiación indirecta o de facto, de la cual se debe advertir que no goza de un consenso mayoritario que permita establecer un significado concreto de la misma, sin embargo, esta consiste según el CIADI en una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa.

La figura de la expropiación indirecta recientemente ha sido pactada en los diferentes tratados de libre comercio, acuerdos internacionales de inversión y tratados bilaterales de inversión, con el fin de otorgarles garantías y seguridad a los inversionistas extranjeros; asimismo, en aras de proteger al capital extranjero de los posibles inconvenientes derivados en el país receptor e incentivar la colocación de flujos de capital a la manera de inversión, han incluido en sus textos cláusulas que permiten que, entre Estados, o entre inversores y Estados, se diriman las controversias mediante el recursos presentados ante tribunales internacionales de arbitramento (Márquez Escobar, 2008).

Ahora bien, no toda privación de la propiedad mediante medidas “indirectas” constituye expropiación; así lo ha dicho la doctrina:

Las medidas estatales, a primera vista un ejercicio legítimo de los poderes de la administración, pueden afectar considerablemente intereses extranjeros sin que por ello se constituyan en expropiación. Así, los activos extranjeros y su uso se pueden sujetar a impuestos, restricciones comerciales que implican licencias y los contingentes, o a medidas de devaluación. Mientras que algunos hechos especiales pueden afectar los casos, en principio tales medidas no son ilegales y no constituyen expropiación (Márquez Escobar, 2008).

Es importante señalar que esta figura de la expropiación indirecta no ha sido desarrollada por los tribunales colombianos y en la doctrina no se encuentra un pronunciamiento unánime sobre el tema, por ello es necesario remitirse a los tribunales internacionales que través de casos concretos han desarrollado y conceptualizado la aplicación y configuración de este tipo de expropiación, en especial el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI), organismo perteneciente al Banco Mundial, el cual es el más recurrido en casos de conflictos de inversión, al ser esta su especialidad. Así, seguidamente se relacionan casos concretos del CIADI acerca de la expropiación indirecta, su concepto y configuración.

4.2.4.1.1 Caso Metaclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos (2000). La controversia surge de las actividades de Metaclad Corporation (compañía estadounidense), en el municipio Guadalcázar localizado en el Estado mexicano de San Luis Potosí. La empresa Coterin obtuvo el 23 de enero de 1993, del Instituto Nacional de Ecología un permiso federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos, Metalclad tres meses después compró la empresa junto con sus derechos de construcción del confinamiento; y se obtuvieron todos los permisos para el funcionamiento de este. La construcción del confinamiento, en 1994 fue interrumpida por las

autoridades municipales por no contar con autorización del municipio, a pesar de tener el concepto federal favorable. Sin embargo, luego se solicitó el permiso y fue terminada la obra, sin embargo, se presentaron más inconvenientes puesto que Metaclad obtenía los permisos del Instituto Nacional de Ecología, pero el municipio interrumpía sustentando que no contaba con lo de la autoridad municipal, finalmente el 1995 y estando casi lista la obra el municipio negó el permiso. En 1997, el gobernador del Estado federal emitió un decreto ecológico para salvaguardar una especie de cactus, área que comprendía el confinamiento y quedaría de esa manera restringido el funcionamiento de este.

Alega Metaclad que el Demandado, los Estados Unidos Mexicanos a través de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad reclama que esa interferencia es una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. En particular, Metalclad alega violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, sobre los estándares mínimos de trato, y (ii) artículo 1110, sobre la prohibición de expropiación excepto por utilidad pública, atendiendo la legalidad y otorgando una indemnización. A lo cual México se opone.

En lo relativo a la expropiación indirecta, el tribunal arbitral señala que el artículo 1110 del tratado conceptúa como expropiación a una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

Y específicamente de la conducta del municipio, considera el tribunal que a pesar de que negó el permiso local de construcción, en parte, por la percepción adversa del Municipio hacia los efectos ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar

para el confinamiento, el municipio actuó fuera de su autoridad. La negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, juntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento.

Lo anterior, como consecuencia del análisis La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 de México, la cual es clara al señalar que la competencia de autorizar la construcción y operación de confinamiento de residuos peligrosos como es el caso corresponde a la autoridad federal y a la autoridad municipal le deja la competencia respecto de los confinamientos de residuos no peligrosos.

Adicionalmente, la negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, juntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsecuentes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la demandante del confinamiento. De lo cual el tribunal concluye que se llevó a cabo una expropiación indirecta, porque todas las circunstancias tenían el efecto de causar una suspensión irreparable de los trabajos en el proyecto.

Finalmente, el Tribunal indica que:

No necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación (Caso Metaclad Corporation Vs Estados Unidos Mexicanos, 2000).

4.2.4.1.2 *Caso Marvin Feldman Vs México (2002)*. El conflicto se generó en relación con la aplicación de ciertas leyes tributarias de los Estados Unidos Mexicanos sobre la exportación de productos tabacaleros de la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. CEMSA, una compañía constituida en virtud de las leyes de México, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano de los Estados Unidos de América. El Demandante, inició el proceso como inversionista único en representación de CEMSA, alegando que la negativa de México a devolver los impuestos internos que gravan los cigarros exportados por CEMSA y su continuo rechazo del derecho de CEMSA a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituyen una violación de las obligaciones de México conforme al Capítulo XI, Sección A del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Específicamente, el señor Feldman alega que se han violado los estándares mínimos de trato, la prohibición de Expropiación y busca el reconocimiento de una indemnización. Por su parte México niega tales afirmaciones.

El argumento de la demanda se basa en que presuntamente se le negaron los beneficios de una ley que permitía ciertas devoluciones de impuestos a los exportadores. Feldman dueño de la empresa CEMSA, afirma que hubo expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN sobre la base de la negativa de México para poner en práctica la decisión de 1993 del Tribunal Supremo de México a favor de CEMSA la cual pedía un reembolso de impuestos pagados, y los impuestos sobre los cigarrillos que CEMSA exportó en 1997.

El demandado afirma que como tal y a la luz del TLCAN, no hay inversión de la cual se haya apropiado o sobre la cual se haya adjudicado el control el Estado Mexicano.

La cuestión clave, tanto en términos generales como en el caso en cuestión, es si los actos del Demandado constituyen una expropiación a la luz del artículo 1110 del TLCAN.

Inicialmente realiza el tribunal un análisis sobre la expropiación indirecta con el fin de revisar aquellas acciones que se puedan considerar como una de estas de la siguiente manera:

Potencialmente, engloba una variedad de actividades regulatorias gubernamentales que pueden interferir significativamente con los derechos de propiedad de un inversionista. El Tribunal considera que, desde un punto de vista funcional, ambas expresiones tienen un alcance equivalente. Se reconoce que la expropiación directa es relativamente fácil: las autoridades gubernamentales toman el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control. Sin embargo, es mucho menos claro determinar cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad definidos en forma amplia —una “inversión” de conformidad con el Artículo 1139 del TLCAN— dejan de ser una reglamentación válida y se transforman en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización, y es justo reconocer que nadie ha podido trazar en forma satisfactoria una clara línea divisoria entre ambos conceptos (Caso Marvin Feldman Vs México, 2002).

Señala el Tribunal que la misma naturaleza de las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación y tienen tal efecto, serán indirectas y tendrán un efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Así como si estas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación”

En última instancia, las decisiones acerca de cuándo las medidas regulatorias se tornan indemnizables conforme al Artículo 1110 y las disposiciones similares en otros acuerdos se toman, al parecer, sobre la base de los hechos presentados en casos específicos, para lo cual indica que si bien existen medidas consideradas expropiatorias por parte de los Estados, al mismo tiempo, los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la

protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia.

Así mismo, un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios.

Recuerda el tribunal que no todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta conforme al Artículo 1110, o una denegación del principio de legalidad o de un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1110.

En síntesis, señala el tribunal que:

Los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta.

Respecto de la situación fiscal en específico, el tribunal señaló que, en la mayoría de los regímenes fiscales, las leyes fiscales se utilizan como instrumentos de política pública, así como

de política fiscal, y mientras que ciertos contribuyentes se ven inevitablemente favorecidos, otros se ven menos favorecidos o incluso perjudicados.

Y, por otro lado, de los hechos en concretos se tiene que los requisitos exigidos por el Artículo 4 han sido incorporados a la Ley del IEPS al menos desde 1987, es decir, al menos tres años antes de que CEMSA se registrara por primera vez como una empresa exportadora en 1991, por lo cual deberían ser conocidos por estas misma y cumplidos para los fines que se pretendían.

Por otro lado, en ese laudo se encuentra un análisis de lo que puede considerarse como utilidad pública, y se indicó que en el caso existen razones válidas de política pública para exigir que en las facturas conste trasladado expreso y por separado el IEPS como una condición para recibir las devoluciones, o, en otras palabras, para impedir solicitudes excesivas o inexactas de devoluciones, pues se buscaba entre otros combatir la ilegalidad en el mercado de los cigarrillos.

En razón a lo anterior, no se encontró que se configurara una expropiación indirecta en el caso concreto ya que no se demostró que los requisitos que eran exigidos en relación a las facturas por el artículo 4 Ley del Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS), fueran inconsistentes con los derechos que la empresa tenía en virtud especialmente del artículo 1110 del TLCAN, ya que existen razones válidas de política pública para exigir que en las facturas conste trasladado expreso y por separado el IEPS como una condición para recibir las devoluciones, o en otras palabras, para impedir solicitudes excesivas o inexactas de devoluciones y aunque los funcionarios del gobierno mexicano no cumplieron con un acuerdo por el cual ellos presuntamente dispensaron la observancia de un requisito explícito de una ley fiscal, aun cuando existieron ciertas pruebas, no era suficiente para la configuración de la expropiación indirecta por parte del Estado. sin embargo, reconoce el reembolso de unas sumas de dinero correspondiente a las devoluciones, de las cuales si tenía derecho la parte demandante.

4.2.4.1.3 Caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Vs Estados Unidos Mexicanos* (2003).

Tecmed es una empresa española, la cual opera en el sector medioambiental en España y es una de las más destacadas a nivel internacional en relación con la gestión integral de los residuos sólidos y de aprovechamiento del biogás.

Esta firma tiene presencia en el México, allí adquirió la empresa Cytar S.A. ubicada a seis kilómetros de la ciudad de Hermosillo Sonora y la cual contaba con autorización para operar con confinamiento de residuos peligrosos desde el año de 1987. El 13 de diciembre de 1996 se reformó la ley general de equilibrio ecológico y la protección al ambiente y la reglamentación de esta en materia de residuos peligrosos, una de las reformas que se incluyeron fue la distancia mínima que debería presentarse entre los confinamientos y los centros poblados la cual pasó a ser de 25 kilómetros.

Ante la reforma se extendieron solicitudes respecto de la empresa Tecmed al violar esta norma con el confinamiento cerca de Hermosillo. Sin embargo, en un principio no procedieron puesto que se consideró que la norma no existía al momento de este haberse creado. A lo anterior se agrega que en razón de la cercanía del confinamiento al centro poblado se propuso una reubicación de este, pero esta no se concretó. No obstante, el 18 de noviembre de 1998, el Instituto Nacional de Ecología decidió suspender las actividades del confinamiento puesto que la decisión de SEMARNAT fue no otorgar renovación a la autorización de operaciones primeramente otorgada. En consecuencia, decide Tecmed demandar a los Estados Unidos Mexicanos.

Del análisis que se hace del caso por parte del tribunal arbitral, en lo relacionado a la expropiación, es importante señalar en primera medida que el demandante considera que la no renovación de la autorización como una medida expropiatoria de inversión y frente a este cargo, la parte demandada sostiene que la no autorización de la renovación tiene un sustento, no solo legal en relación a la reforma que se mencionó anteriormente, sino que adicionalmente Cytrar había

presentado una serie de irregularidades en su funcionamiento y la oposición social a que este continuara con sus operaciones era de gran magnitud, al punto de presentarse diferentes manifestaciones sociales, motivadas en la inconformidad de que la empresa estaba incumpliendo sus obligaciones ambientales y perjudicando la salud y salubridad pública. Para lo cual la solución que se encontró por parte de las autoridades fue la reubicación del confinamiento, y a finales de 1997 comenzaron las conversaciones para la reubicación y cierre del confinamiento en el sector conocido como las víboras en Hermosillo.

Ahora bien, en relación con lo que se puede considerar expropiación se señala en este laudo que:

Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado.

En este orden de ideas, se entiende que las medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que « ...toda manera de explotarlos... » ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. Corte Europea de Derechos Humanos, *In the case of Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*.

Por otro lado, en lo relativo a la facultad reguladora de los Estados recuerda que “Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna”. También lo es que

en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales deberán apreciarse en qué medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuáles son los límites que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad.

Siguiendo con las consideraciones respecto de la facultad reguladora, el tribunal en la revisión doctrinaria relaciona que las medidas ambientales expropiatorias -aunque sean loables y benéficas para la sociedad en su conjunto- son, a este respecto, similares a cualquier otra medida expropiatoria que un Estado pueda adoptar para aplicar sus políticas: cuando la propiedad se expropia, incluso con fines ambientales, Nacional o internacional, la obligación del Estado de pagar una indemnización sigue.

Ahora bien, en la revisión de dicha medida se encuentra que más allá de referirse a infracciones de condicionantes de la autorización y una escueta alusión al compromiso de Cytrar de reubicarse, la resolución no explicita las razones de orden, interés, utilidad o emergencia públicos que la motivan. Sin embargo, la resolución reunía las características señaladas para su validez y no cabe duda de que ha dispuesto la no renovación de la Autorización y el cierre del Confinamiento de manera permanente e irreversible.

En concreto, para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo:

Es necesario determinar según el tribunal, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta – por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación - hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las

bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos.

Y finalmente, concluye el tribunal que:

Si bien la Resolución se basó en algunas de esas infracciones para denegar la renovación de la Autorización, ateniéndose aparentemente a una lectura literal y estricta de las condiciones bajo las cuales ésta última fue emitida, sería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del Acuerdo, y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla, particularmente cuando dicha Resolución no se encuentra acompañada de indemnización en cumplimiento del artículo 5 del Acuerdo. El Tribunal Arbitral disiente con la postura de la Demandada que niega que, al momento de la realización de la inversión de la Demandante, ésta tuviese expectativas legítimas a que la operación del Confinamiento se continuaría por largo plazo, por lo cual fue condenado el Estado Mexicano debido a la expropiación indirecta de los derechos de la empresa demandante.

4.2.4.1.4 Caso CMS GAS Transmission Company V La República de Argentina (2005). CMS era una corporación estadounidense, poseía una participación de 30% de TGN, compañía de transporte. En el momento de hacer la inversión, Argentina otorgó TGN el derecho a calcular las tarifas en dólares estadounidenses y luego convertirlas a el tipo de cambio vigente, y ajustar las

tarifas cada seis meses para reflejar inflación. Estos derechos fueron consagrados en la ley argentina y en la Licencia Concedido a TNG por el período de 35 años (hasta 2027).

En el momento de una grave crisis económica, Argentina le suspendió a CMS temporalmente los derechos y posteriormente, terminó de manera permanente tanto el derecho de TGN a calcular las tarifas en dólares estadounidenses como a realizar ajustes inflacionarios. El peso fue depreciado con una tasa efectiva de 3,6 pesos por un dólar, mientras que los aranceles se red denominaron a una tasa de un peso por dólar. Esto condujo a la pérdida de valor de la TGN como empresa. CMS alegó que las medidas en cuestión violaban varias de las disposiciones y obligaciones en virtud del TBI Argentina-Estados Unidos y solicitó una indemnización.

El Demandante afirma que como consecuencia ya no cuenta con las condiciones básicas que fueron determinantes de su decisión de emprender el proyecto; que el valor de sus activos ha sido anulado; y que ya no puede disfrutar de los beneficios económicos que eran razonablemente esperados de la inversión.

El Gobierno argentino alegó que los aspectos que deben tenerse en cuenta para establecer la existencia de privación sustancial, según se estableció en ese caso, no se encuentran presentes en esta controversia. En efecto, el Demandado explicó que el inversionista ejerce el control de la inversión; pero el Gobierno indica que no administra las operaciones diarias de la empresa; y el inversionista tiene la plena propiedad y el control de la inversión.

En razón del argumento de la parte demanda, el Tribunal sostiene que en este caso no se configura una expropiación indirecta, y que se debe llevar el análisis de este a determinar si se vulnera el trato justo y equitativo, lo cual en efecto se comprobó y por ende se condena a este Estado a realizar una indemnización en favor de la empresa demandante.

4.2.4.1.5 *Caso Azurix Corp. y la República de Argentina (2006)*. El 19 de septiembre de 2001, Azurix presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra la República Argentina. Azurix sostenía que Argentina violó, respecto de Azurix, sus obligaciones bajo el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 (“TBI”), el derecho internacional y la legislación argentina en relación con las inversiones de Azurix en una sociedad de servicios públicos que distribuía agua potable y realizaba el tratamiento y la eliminación de aguas en la provincia argentina de Buenos Aires. Azurix argumentaba que Argentina incurrió en los referidos incumplimientos por omisión propia y a través de los actos y omisiones de sus subdivisiones y dependencias políticas. Igualmente, Azurix alega que su inversión, el contrato de concesión, fue expropiada como resultado de la aplicación de “medidas que equivalen a una expropiación”.

Aunque en el caso concreto no se condenó al Estado por expropiación sino por infringir el estándar de trato justo y equitativo y el de protección y seguridad plenas en la inversión, dentro del análisis que realiza el Tribunal, se pueden encontrar varios tópicos que contribuyen al análisis y entendimiento de la expropiación, dentro de los cuales se encuentran:

La diferencia de expropiar un derecho emanado de un contrato con el incumplimiento del mismo:

Una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato.

El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación. En la expropiación es necesario demostrar la privación efectiva

de un derecho, privación no reparada por ningún recurso, lo que tiene el efecto de impedir completamente el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial. Es por eso que

El Tribunal reconoce que los incumplimientos contractuales de un Estado parte o de uno de sus organismos normalmente no constituirían expropiación, que uno o varios de dichos incumplimientos puedan considerarse medidas equivalentes a una expropiación dependerá de si

el Estado o un organismo suyo ha incumplido el contrato en el ejercicio de su autoridad soberana, o como parte en un contrato.

Posteriormente, al tratar el tema de la función pública, como uno de los requisitos para poder realizar la expropiación, el tribunal establece que, en el ejercicio de la función pública, los gobiernos adoptan toda clase de medidas que pueden afectar el valor económico de las inversiones, sin que dichas medidas den lugar a la necesidad de pagar una indemnización.

Por último, surge el análisis de una expropiación progresiva y el establecimiento de la fecha concreta desde la cual se configuró, se ha establecido que el tiempo para que una medida pueda considerarse expropiatoria, no se encuentra estipulado puesto que en el derecho internacional no existe un plazo concreto para que las medidas que constituyen una expropiación gradual produzcan tal efecto, ello dependerá de las circunstancias específicas del caso. En estas circunstancias, cuando ocurre una expropiación gradual o progresiva, la fecha de la expropiación es “el día en que la interferencia se convirtió en una privación más o menos irreversible de la propiedad, y no la fecha de iniciación de la secuencia de hechos”.

4.2.4.1.6 Caso Fireman's Fund Insurance Company y Los Estados Unidos Mexicanos (2006).

El caso involucra la compra por Fireman's (una empresa de seguros) de obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones al Grupo Financiero Bancrecer S.A. de C.V. (GF Bancrecer). Debido al deterioro del Banco y del GF Bancrecer, Fireman's solicitó a GF Bancrecer que recomprara las obligaciones de Fireman's a lo cual el Banco de México negó la autorización debido a la precaria situación financiera en que se encontraba el Grupo Financiero y el Banco.

Por lo tanto, Fireman's Fund demanda que el Gobierno de México expropió su inversión, en Grupo Financiero BanCreceer, S.A. de C.V., en violación del Artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN, el cual establece la prohibición de expropiar salvo causales de utilidad pública, bases no discriminatorias, bajo el principio de legalidad y a través de

una indemnización. Sostiene que el Gobierno de México privó a Fireman's Fund del uso y valor de su inversión, y lo hizo de una manera discriminatoria y arbitraria. Más aún, según Fireman's Fund, el Gobierno de México fracasó en compensar a Fireman's Fund por el valor justo de mercado de dicha inversión, según lo requiere el Artículo 1110. Al actuar de esa manera, el Gobierno de México violó sus obligaciones conforme al Artículo 1110.

Al realizar el análisis de la expropiación el Tribunal establece que el artículo 1110 del TLCAN (normatividad aplicable al caso) puede variar en diversas ocasiones y es por eso por lo que sustrae 11 elementos a cerca del mismo:

- (a) La expropiación requiere la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de un autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN.
- (b) La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.
- (c) La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (Vg., se acerca al daño total).
- (d) La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal.
- (e) La toma generalmente implica la transferencia de propiedad en favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero eso no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos (Vg., la destrucción total de una inversión debido a medidas tomadas por la autoridad gubernamental, sin transmisión de derechos).
- (f) Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si existe o no una expropiación.
- (g) La toma puede ser de jure o de facto
- (h) La toma puede ser "directa" o "indirecta."

(i) La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo de tiempo (llamada “expropiación en etapas” [“creeping expropriation”]).

(j) Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor, los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.

(k) Las razonables “presunciones fundadas” del inversionista pudieran ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido (Caso Fireman’s Fund Insurance Company y Los Estados Unidos Mexicanos , 2003).

Al resolver el caso, el Tribunal aduce que no se configuró una expropiación, puesto que Fireman’s Fund realizó una inversión que era riesgosa tanto por las condiciones económicas en México en ese momento, como por las condiciones específicas en las que se encontraba la institución financiera que emitió las Obligaciones en Dólares que Fireman’s Fund adquirió. El TLCAN, al igual que otros tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, no provee un seguro en contra del tipo de riesgos que Fireman’s Fund asumió. Simplemente se presentó un daño, es decir, una pérdida de la inversión, pero esto no es suficiente para configurar una expropiación.

4.2.4.1.7 Caso Sempra Energy International V la República de Argentina (2007). En el presente caso, Sempra Energy International es una compañía de gas estadounidense, la cual tiene presencia en Argentina desde la década de 1990. El conflicto se generó desde el año 2000, por las medidas tomadas por el gobierno de Argentina especialmente las emitidas en el año 2002 en la ley de

emergencia, puesto que la compañía contaba con su licencia para poder operar en este país. Sin embargo, en razón y como consecuencia de una crisis profunda que se presentó se tomaron una serie de medidas en este país.

La Demandante afirma que las medidas adoptadas por la Demandada han redundado en la expropiación directa de los derechos que se le otorgaran por ley y por contrato, puesto que todos estos derechos fueron repudiados por la Ley de Emergencia. Las medidas que se señalan fueron no solamente a voz de la demandante de control día a día de la inversión, sino que llegaron a la derogación y el repudio de los derechos de estabilidad que les habían otorgado en las licencias.

El gobierno de Argentina sostuvo que las medidas tomadas fueron adoptadas en virtud del poder de policía del Estado y que estas fueron proporcionales a las necesidades de interés público.

Este conflicto se analiza en marco del clausulado del tratado bilateral de inversiones de 1991 entre los Estados Unidos de América y la República Argentina.

El tribunal al analizar la responsabilidad en virtud del tratado revisa la expropiación como una de las figuras violadas por parte del gobierno y para determinar la responsabilidad del Estado respecto de esta figura explica las circunstancias para que esta sea constituida y las diferencias entre la expropiación directa e indirecta cuando hay interferencia en los derechos de los inversionistas así:

La interferencia con los derechos contractuales puede en determinadas circunstancias ser equivalente a una expropiación. Sin embargo, el Tribunal no está convencido de que en el presente caso tal haya sido el resultado de las medidas adoptadas. A pesar de todas las dificultades que han experimentado las Licenciatarias y los inversores, las que han afectado sin duda alguna la administración racional del negocio, ellos continúan siendo los legítimos propietarios de las empresas y de sus actividades. Nadie más ha reclamado ni podría reclamar legalmente ninguno de esos derechos. Mientras que los efectos adversos señalados pueden dar

lugar al pago de indemnización, ellos no pueden hacerlo en relación con una expropiación directa. Lo mismo sucede respecto del incumplimiento de las cláusulas de estabilidad previstas en el contrato, que, si bien puede ocasionar daños y perjuicios, debe ampararse y en última instancia indemnizarse en virtud de otra garantía del Tratado y no por concepto de una expropiación (Caso Sempra Energy International V La República de Argentina, 2007).

De igual manera, recuerda que si bien los daños que se causan así sean sin una intención y con ellos se logra determinar una atribución de responsabilidad, darán lugar una indemnización.

Respecto de la expropiación directa en lo concerniente a la transferencia de la propiedad y titularidad exige una intención positiva y no en razón a que sea un requisito, sino que se encamina a la identificación de un vínculo causal entre las medidas que se toman y la afectación del título de propiedad.

Y seguidamente, indica el tribunal que la expropiación directa o progresiva es aún más estricta en razón a que esta puede ser causada por gran variedad de medidas y no como en la expropiación directa. Las medidas que podrían colocarse a consideración como expropiación indirecta son las mismas que los tribunales arbitrales han venido reconociendo como generadoras de este, razón por la cual se encuentran en variedad. Y respecto de las medidas en el caso en cuestión se indica:

Muchas de las medidas discutidas en este caso han tenido un efecto muy adverso en el manejo del negocio afectado. Sin embargo, esta nuevamente es una situación que el Tratado considera en el contexto de otras salvaguardas para proteger al inversor. Para decidir que se trata de una expropiación indirecta harían falta más que efectos adversos. Sería preciso que el inversor ya no tuviera el control del funcionamiento de su empresa, o que el valor de la empresa se hubiera prácticamente destruido, pero este no es el caso.

Las expectativas legítimas también constituyen un aspecto discutido por las Partes, que es objeto de protección en virtud de estándares concebidos ampliamente bajo tratados y el derecho

internacional. Ello no significa, sin embargo, que este derecho haga menos exigente la prueba de la expropiación indirecta.

Sin embargo, en el presente caso el tribunal si consideró que las medidas fueron violatorias del trato justo y equitativo, por lo cual fue condenada la República de Argentina. Puesto que el tribunal tuvo en cuenta que, si bien se produjo en realidad una gran crisis, estos desafortunados eventos no constituyen por sí mismos una excusa jurídica, tampoco sería razonable que la Demandante considerara que no se vería de manera alguna afectada por ellos y el equilibrio económico de la licencia se vio altamente afectado. A su vez, acentúa que “es poco razonable que las licenciatarias soporten toda la carga de ese cambio de circunstancias, tampoco sería razonable que ellas consideraran que nada ha sucedido en Argentina desde el momento en que se aprobó la Licencia”.

No obstante, del laudo arbitral se solicitó la anulación por parte de la República de Argentina y en efecto, este fue anulado ya que según el comité que conoció de la misma, el tribunal arbitral no consideró como apropiada una cláusula del tratado en la cual se permite al gobierno de Argentina promulgar políticas para mantener el orden público y la seguridad más exactamente el tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta de sus facultades al no haber aplicado el artículo XI del TBI. El cual sostiene “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”. (Caso Sempra Energy International V La República de Argentina, 2007).

De igual forma, sostuvo este comité que “cuando el TBI establece el lenguaje relevante del tratado, es primero menester aplicar las disposiciones de este TBI. En efecto, las Partes concuerdan que el TBI constituye el derecho aplicable al caso”.

4.2.4.1.8 *Caso Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company y República del Ecuador (OEPC) (2012)*. La controversia se suscitó debido a supuestos incumplimientos por parte de Ecuador conforme a la legislación interna y al derecho internacional, especialmente bajo el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “Tratado” o el “TBI”). Además, las Demandantes fundan su reclamo en un acuerdo denominado “Contrato de Participación”, de fecha 21 de mayo de 1999, celebrado entre OEPC, Ecuador y PetroEcuador en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos en lo que se ha denominado “Bloque 15” en la Amazonía ecuatoriana. Posteriormente, 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.

El origen del decreto de caducidad radicó en que se encontraba prohibida la transferencia total o parcial de derechos y obligaciones derivados de un contrato a favor de terceros, sin previa autorización del ministerio y OEPC transfirió un interés económico y a su vez, conformaron un consorcio con Alberta Energy Corporation (AEC).

Como consecuencia a lo anterior, la demandante argumentó que el decreto de caducidad constituyó una expropiación ilícita de la inversión, violando el artículo 3 del tratado, que establecía que:

Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes

de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente (Caso Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company y República del Ecuador , 2015).

Es por eso que fue considerada una “medida equivalente” a la expropiación, ya que según el Tribunal esta se presenta como aquella interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

De esta manera, el tribunal concluye que se presentó una expropiación a raíz de la privación por parte de la demandada de la inversión de las demandantes mediante dicha sanción administrativa que declaró la caducidad del contrato y, por lo tanto, se violó el artículo 3 del tratado.

4.2.4.1.9 Caso El Paso Energy International Company V La República Argentina (2011). El conflicto en el presente caso se da debido a que, CAPSA produce petróleo y, a través de CAPEX, genera energía eléctrica en la Argentina; también comercializa propano, butano y gasolina. Desde diciembre de 2001 en adelante, el GA adoptó una serie de medidas que de acuerdo con la Demandante, le provocaron un daño considerable, en violación de los compromisos asumidos por el Estado Demandado al momento en que se realizaron las inversiones, destruyeron el valor de las inversiones, especialmente aquellas realizadas en CAPSA y CAPEX, y les impidió a dichas empresas operar en forma independiente. El alegato es que estas medidas violaron las disposiciones

del TBI de 1991, a saber, aquellas disposiciones sobre expropiación, trato discriminatorio, trato justo y equitativo y plena protección y seguridad.

Estas afirmaciones fueron rechazadas enfáticamente por el Gobierno, alegando que las medidas adoptadas, incluso si hubieran violado las disposiciones del TBI de 1991, se encontraban justificadas al amparo del Artículo XI del Tratado, que autoriza a los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad

En el análisis que realiza el tribunal comienza por señalar respecto de la expropiación indirecta y su configuración que:

Algunas normas de carácter general pueden constituir expropiación indirecta a. En principio, las normas de carácter general no constituyen expropiación indirecta.

b. En algunos casos excepcionales, las normas de carácter general pueden constituir expropiación indirecta.

2. Es condición necesaria para la expropiación que se vea neutralizado el uso de la inversión

a. Esto significa que debe haber desaparecido al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad.

b. Por contraposición, esto significaría que la simple reducción del valor de la inversión, incluso si fuera significativa, no constituye expropiación indirecta.

Seguidamente se realiza un análisis relativo a determinar si las normas de carácter general pueden constituir expropiación indirecta, en el cual el Tribunal considera que el enfoque más apropiado es admitir que, en principio, una norma de carácter general –cuyo objeto no es la apropiación misma, como sucede en el caso de la expropiación directa– no constituye expropiación

indirecta y sostiene que esta afirmación encuentra su base en la práctica de los estados, en la doctrina y en la jurisprudencia arbitral .

En consecuencia, un Estado:

No es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de Buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios.

El tribunal retoma las consideraciones de diferentes laudos arbitrales en los cuales se ha tratado la expropiación indirecta, y es contundente al traer el caso Saluka en el cual se estimó la exoneración de las responsabilidades de los Estado en pago de indemnizaciones a los inversionistas de la siguiente manera:

Existe hoy consenso en el derecho internacional en el sentido de que los Estados no son responsables por el pago de indemnización a un inversor extranjero cuando en ejercicio de sus facultades regulatorias ordinarias, adoptan una norma no discriminatoria de buena fe que persigue el bienestar general.

Con lo cual el tribunal sostiene su postura de que:

Las normas o medidas de carácter general son actos legítimos y no constituyen expropiación si no es discriminatoria si la misma está encaminada en búsqueda del interés público y si se adopta con el debido proceso. Por lo cual, en principio, una norma de carácter general no discriminatoria, dictada de conformidad con el principio de buena fe y el debido proceso no da lugar a indemnización.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que las normas de carácter general irrazonables pueden constituir expropiación indirecta, es decir, arbitrarias, discriminatorias, desproporcionadas o

injustas, por el motivo que fuera, puede considerarse que constituyen expropiación indirecta si provocan la neutralización de los derechos de propiedad del inversor extranjero.

En ese orden de ideas, también indica en lo concerniente al poder del Estado para dictar sus políticas o expedir su reglamentación que “el Estado tiene el derecho de dictar medidas con un propósito social o de bienestar general”. En este caso, las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar.

Así mismo, del recuento que realizó el tribunal es importante retomar la posición que afirma que:

Una norma intencionalmente discriminatoria contra un inversor extranjero cumple con un requisito clave para determinar que ha existido expropiación. Pero en cuanto al derecho internacional general, una norma no discriminatoria que cumple un fin público, redactada de conformidad con el debido proceso y que afecta, entre otros, a un inversor o una inversión extranjera, no se considera expropiatoria y no da lugar a indemnización salvo que se hayan violado compromisos específicos asumidos por el gobierno frente al inversor extranjero putativo respecto de la inversión que el gobierno debió eximir de dicha regulación.

En este laudo, se realiza uno de los análisis más completos de la figura de la expropiación directa, y se tratan las condiciones necesarias para constituirse una expropiación de lo cual se tiene en primer lugar:

Según amplio consenso en el derecho internacional que un elemento determinante en la expropiación indirecta es la “*pérdida de control*” sobre la inversión extranjera, a falta de apropiación física. Así para que exista expropiación es necesario que se presente una privación y que dicha privación ocurra cuando el inversor se ve forzado a perder el control sobre la inversión. Si las medidas no interfieren con el control sobre la propiedad, no puede existir

expropiación. Al respecto, en un caso en contra de la República de Argentina se señaló que da lugar a expropiación indirecta: limitaciones y obstáculos al goce de la propiedad no consistentes en supresión o privación directa, que afecten a uno o más atributos clave de la propiedad, tales como administración, goce, transferibilidad, que se consideran como equivalentes a la expropiación porque afectan sustancialmente al ejercicio efectivo del derecho de propiedad.

En segundo lugar, se tiene que la simple pérdida de valor de la inversión, incluso si es significativa, no constituye expropiación indirecta, puesto que perder beneficios, o expectativas no constituye un criterio suficiente para dar lugar a una expropiación, sin embargo el tribunal no es ajeno a que hay casos en los cuales se ha considerado y han habido declaraciones generales que parecerían respaldar la idea de que la privación sustancial del valor de la inversión también puede considerarse expropiación, sin embargo no se constituye un sustento suficiente.

Con lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia imperante, el Tribunal concluye que para que se produzca expropiación debe privarse al inversor sustancialmente no sólo de los beneficios, sino también del uso de su inversión. La simple reducción del valor de la inversión que no fuera provocada por la interferencia con el control o el uso de la inversión no constituye expropiación indirecta.

Tras el análisis realizado de los hechos se afirma que, el reclamo de El Paso no surge de un cambio en la ley sino de un cambio en las circunstancias económicas y en concordancia con los aspectos que configuran una expropiación indirecta, es claro que en el caso bajo examen esta no se configura. No obstante, el tribunal constató que se vulneró el estándar del trato justo y equitativo y condenó al pago de la indemnización correspondiente.

4.3.1.10 Caso Pac Rim Cayman Llc y La República de El Salvador: (2016). Entre abril de 2002 y 2008 la empresa minera canadiense pacific rim (Pac Rim) invirtió en el Salvador en un proyecto denominado El Dorado, actuando bajo el régimen legal vigente en el momento, principalmente

para desarrollar una explotación mineral activa y posteriormente el Salvador reglamentó una prohibición de facto, a criterio de la demandante. Igualmente sostiene que dicha prohibición fue ilegal y violó las obligaciones en virtud tanto de la Ley de Inversiones como del derecho internacional. Por lo tanto, reclama daños y perjuicios monetarios por 284 millones de dólares estadounidenses.

Contrario a esto, el demandado argumenta que la empresa minera canadiense compró derechos de explotación en su territorio cuando restaba poco tiempo para solicitar una concesión de explotación minera. Es decir, sabía que las dos licencias de exploración que tenían sus predecesoras en el Proyecto El Dorado (Dayton Mining y Kinross), otorgadas en 1996, estaban próximas a cumplir el límite normativo de ocho años y que no serían extendidas más allá del 1 de enero de 2005, según el derecho salvadoreño. Esto implicaba que Pac Rim solo tenía dos años y medio para realizar el trabajo de exploración necesario para elaborar una solicitud de concesión de explotación minera dentro de dicha área. Solicitud que presentó incompleta y a pesar de la ayuda que le otorgaron funcionarios del gobierno para su modificación y no las realizó. Por último, sostiene que Pac Rim reclamaba la compensación en función de la teoría de que adquirió derechos de propiedad sobre yacimientos no recuperados de minerales que aún permanecen bajo tierra, en áreas de exploración vencida, aun cuando Pac Rim nunca elaboró una solicitud de concesión de explotación minera que fuera admisible o admitida, ni mucho menos aprobada, para permitir su extracción de conformidad con la Ley de Minería.

En el análisis del caso la demandante alegaba que, de conformidad con la Ley de Inversiones, al no otorgar la concesión de explotación para El Dorado, la demandante sostiene que la demandada incumplió:

- (i) el derecho a un procedimiento legal eficiente (ii) el derecho a trato adecuado (iii) la prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias (iv) la prohibición de expropiación sin

compensación (v) el derecho a la protección de la propiedad. Cuestiones que quedaron sin fundamento, puesto que no habían derechos adquiridos por parte de la demandante por falta de los requisitos legales y por lo tanto, no habría paso a la configuración de una expropiación y de esta manera hacerse acreedora a una indemnización por parte de el Salvador, además dentro de la ley vigente en materia de minería en el Salvador no se encontraba contemplada la figura de la expropiación y a su vez, la demandada no invocó ningún reclamo por daños y perjuicios en virtud de la Ley de Inversiones o el derecho consuetudinario internacional, para de esta manera poderse alegar la figura de la expropiación (Caso Pac Rim Cayman LLC Vs La República del Salvador, 2016).

Por lo tanto, se puede extraer que para que se pueda alegar una expropiación por medidas tomadas por parte de un Estado, es necesario ser titular de derechos adquiridos vigentes y que estos se hayan vulnerado por la regulación del Estado de forma arbitraria y de esta manera se perjudique al inversionista extranjero.

Del análisis de los diferentes casos resueltos por los tribunales arbitrales del CIADI, se puede constatar que la expropiación indirecta se configura cuando existe una deprivación sustancial en el impedir al inversor el control de la inversión, la administración del día a día de las operaciones de la empresa, el arresto y detención de funcionarios o empleados de la empresa, la supervisión del trabajo de funcionarios, la interferencia en la administración, el impedir la distribución de dividendos, la injerencia en la designación de funcionarios o gerentes, o la privación de que puede ser objeto la empresa de su propiedad o control en forma total o parcial. La lista de medidas podría ampliarse considerablemente teniendo en cuenta las decisiones de muchos otros tribunales, aunque tendría que cumplir siempre con el estándar de tener como resultado una privación sustancial de derechos.

A su vez, Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States, doctrinante que ha sido retomado en el desarrollo de los diferentes laudos emitidos por el CIADI, ha estipulado que se debe tener en cuenta que si se paga la indemnización que corresponde por una expropiación, el hecho de que la confiscación no sea por causa de utilidad pública y haya sido discriminatoria “podría incluso no dar lugar a una impugnación con resultado favorable”. Un comentario señala, quizá de manera un tanto inconsistente, que “los daños económicos son generalmente ilegales por ser discriminatorios o arbitrarios”. Igualmente ha señalado que un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios.

Finalmente es relevante resaltar que, los actos gubernamentales (legislativos, administrativos o judiciales) si son discriminatorios o arbitrarios (o tal vez injustos o inequitativos), en general pueden ser considerados expropiatorios, lo cual confiere un grado de circularidad a la dicotomía entre expropiación y reglamentación la cual será revisada más adelante para determinar la eventual responsabilidad del Estado colombiano.

4.2.4.2 El estándar de trato justo y equitativo. El concepto del estándar de trato justo y equitativo cuenta con una construcción que tiene como base lo conceptuado por las partes en los diferentes Instrumentos Internacionales, especialmente los AIIs y como complemento la doctrina utilizada y aplicada en la jurisprudencia internacional.

El trato justo y equitativo es un estándar que establece un tratamiento a ser acordado en términos cuyo exacto significado debe ser determinado en referencia a circunstancias específicas de aplicación; y aunque se puede considerar como estándar absoluto, requiere de una interpretación aunada a los hechos para ser materializado y aplicado (Márquez & Villegas, 2009).

La UNCTAD por su parte (United Nations Conference on Trade and Development) en el documento titulado “Fair and Equitable Treatment” y publicado en el 2012 indicó [traducción libre] que el estándar de trato justo y equitativo es un elemento clave en los acuerdos internacionales de inversión (AII) contemporáneos, el cual, se ha convertido en el más invocado y exitoso estándar base para las reclamaciones de los inversionistas.

De igual forma la UNCTAD, señaló que este estándar protege a los inversionistas frente a los graves casos de conducta arbitraria, discriminatoria o abusiva de los Estados. Pero, por otro lado, la redacción vaga y amplia de la obligación lleva un riesgo de una extralimitación en su aplicación. Sin embargo, el estándar de trato justo y equitativo es una norma absoluta de protección que se aplica a las inversiones en una situación dada sin referencia a la forma en que otras inversiones o entidades son tratados por el Estado anfitrión.

Entonces, el propósito e intención original detrás de las cláusulas es proteger contra las situaciones injustas que puedan presentarse en marco de las inversiones extranjeras, tales como, por ejemplo, una cancelación arbitraria de licencias, el acoso de los inversionistas a través de multas y sanciones injustificadas o la creación de obstáculos con el fin de interrumpir un negocio.

Por otro lado, el contenido y alcance del trato justo y equitativo ha sido altamente controvertido como consecuencia de la misma subjetividad que permite este estándar y sobre este aspecto Marques y Villegas afirman que:

Dos elementos del estándar de trato justo y equitativo han quedado claros en la doctrina y jurisprudencia internacional: a) su contenido depende del derecho común internacional y del lenguaje usado en el TBI o TLC que lo incorpora y b) su alcance normalmente se determina caso a caso, siendo una herramienta subsidiaria muy potente en la limitación de la acción del Estado. Ahora bien, debe ser claro que el contenido y alcance del estándar de trato justo y equitativo está sujeto a interpretación (Márquez & Villegas, 2009, pág. 171).

Este estándar, en esencia, indica cierta voluntad del Estado de entregar al capital extranjero en términos que toman en cuenta los intereses del inversor en justicia y equidad (UNCTAD, 2012).

De igual manera la UNCTAD, refiere que el trato justo y equitativo, se puede observar como i) un estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario, ii) como un estándar exigible con relación al Derecho Internacional y iii) como estándar independiente pactado en diferentes instrumentos internacionales como los AIIs.

Como un estándar exigible con relación al derecho internacional consuetudinario se encuentra según De La Cerda y Goldenberg (2007) que los estándares mínimos internacionales son normas de derecho internacional consuetudinario las cuales establecen un trato de pleno respeto, en relación y correspondiendo a un conjunto de principios mínimos a los cuales los Estados, tienen el deber de someter sus acciones relativas al tratamiento de los inversionistas extranjeros y su propiedad, respetando también su propia legislación y costumbre interna.

No obstante, se afirma que el trato justo y equitativo “es un estándar compuesto por todas las fuentes del derecho internacional, incluyendo en primer lugar los principios generales de derecho internacional, los tratados internacionales suscritos en el último tiempo y otras obligaciones convencionales entre Estados” (De la Cerda & Goldenberg, 2007, pág. 29).

Y el trato justo se evidencia como un estándar independiente el cual es pactado en diferentes Instrumentos Internacionales, aspecto que se corrobora en un estudio realizado por la OECD llamado *Intergovernmental Agreements Relating to Investment In Developing Countries*, [traducción libre] en el cual se concluye que con el fin de otorgar garantías a los inversionistas, es un común denominador pactar el estándar de trato justo y equitativo dentro del clausulado de los AIIs y demás Instrumentos Internacionales.

Por otra parte, y teniendo en cuenta los tópicos anteriormente descritos, el CIADI ha desarrollado de una manera más amplia y en diferentes laudos arbitrales los parámetros para

comprender y dar aplicación al estándar de trato justo y equitativo, el cual en sí mismo es general y abstracto sin embargo adquiere trascendencia al utilizarlos en los casos concretos.

De los diferentes casos que ha resuelto el CIADI, (teniendo en cuenta que este es uno de los órganos internacionales que más conoce de los conflictos relativos a inversión), se encuentra el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra Los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se determina si la decisión de los Estados Unidos Mexicanos respecto de no renovar una autorización para un confinamiento de la firma Tecmed el cual estaba en proceso de ser reubicado vulnerara el estándar del trato justo y equitativo sobre lo cual el Tribunal señala que “la garantía de tratamiento justo y equitativo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional y para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe”. Y adicionalmente expuso:

Como parte de tales expectativas, el inversionista cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen.

El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación

económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación (Caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Vs Estados Unidos Mexicanos, 2009).

En el caso se considera que, si bien se habían presentado irregularidades e incumplimientos por parte de Cytrar (Tecmed), no era lo justo negar la renovación de la autorización puesto que tampoco se tomaron las medidas correspondientes a los incumplimientos y estaba en curso un proceso de reubicación del confinamiento al cual había accedido la empresa, de lo anterior señala el laudo:

Brindar tal oportunidad a Cytrar era tanto más razonable y equitativo cuando en todo momento se consideró que ésta habría de reubicar la operación del Confinamiento en otro sitio, tal reubicación y la necesidad de que el Confinamiento siguiese operando en Las Víboras (nombre de lugar) hasta que aquélla se materializase había sido objeto de correspondencia reciente, y no había disenso en cuanto a que la reubicación no podía ser instantánea y demandaría esfuerzos continuados por muchos meses, muy probablemente más de un año.

Además, por un lado, en la resolución se deniega la renovación de la Autorización a Cytrar, sin compensación por la pérdida del valor económico y comercial de la inversión realizada; pero, por el otro, tal denegación se presenta como un medio de presión sobre Cytrar para inducirla a asumir una operación similar en otro sitio, con las erogaciones económicas y riesgos propios.

Así, se estima pues que los medios de presión que se presentaron en contra de Cytrar, desencadenan aspectos que no son acordes y por lo tanto irreconciliables con el estándar de trato justo y equitativo.

En ese mismo orden, en el caso *Azurix Corp V Argentina* (2006), se plantea por parte del demandado que el estándar fue vulnerado puesto que la inversión realizada por la empresa quedó

sujeta a las acciones de la Provincia, en particular, la negativa de suministrar la información necesaria, verificación y toma de desviaciones, la imposición de sanciones en contra de la empresa y multas en razón de que “la Provincia necesitaba dinero para contrarrestar el déficit presupuestario y no estaba dispuesta a permitir un incremento en las tarifas del servicio de agua porque implicaría un problema político para el nuevo gobierno provincia” .

De este caso, es importante retomar los planteamientos del Tribunal al analizar el estándar de trato justo y equitativo, en primer lugar revisa las implicaciones de este en relación con el derecho internacional consuetudinario y asegura que [traducción libre] “del sentido ordinario y común de las condiciones justas y equitativas y la finalidad y objeto del AII es que justo y equitativo debe ser entendido como el tratamiento de una manera ecuánime y justa, de manera que se contribuya a fomentar la promoción de la inversión extranjera” (pág. 130). Y respecto del TBI bajo examen, el tribunal señaló que este refleja una actitud positiva hacia la inversión con palabras tales como "promover" y "estimular". Y, por otra parte, las partes en el TBI reconocen el papel que el trato justo y equitativo juega en el mantenimiento de "un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de recursos económicos”.

Por otro lado, recuerda el tribunal que no es un elemento del trato justo y equitativo la demostración de la mala fe o una intensión dolosa por parte del Estado, esto recordando un laudo arbitral de uno de los casos del CIADI en el cual se señaló que el “Estado puede dar un trato injusto e inicuo a una inversión extranjera sin que esté actuando necesariamente de mala fe”.

En ese mismo orden de ideas, se recuerda que, conforme al derecho internacional, a saber, “el trato justo y equitativo es un nivel mínimo internacional independiente del derecho nacional pero que es, de hecho, un nivel mínimo”. Por lo cual, para que se viole dicho nivel, la conducta del Estado debería denotar "negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, insuficiencia en las actuaciones muy por debajo de los niveles internacionales, o incluso mala fe subjetiva”.

Así, concluye el tribunal que, en este caso, se violó el estándar por la politización de la Concesión con la cual contaba Azurix, ejemplificada en los actos de las reiteradas exhortaciones dirigidas a los clientes para que no pagaran las facturas, enviadas por el Gobernador provincial y otros funcionarios, lo cual incluso bordea la mala fe en el caso.

En el Caso CMS GAS Transmission Company V La República de Argentina, el Estado fue condenado por vulnerar el estándar del trato justo y equitativo, ya que las medidas que se reclaman por la compañía en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial por lo que, a juicio del Tribunal, se demuestra de forma clara e inequívoca que los elementos iniciales ya no están presentes en el régimen que regula las actividades de negocios del demandante.

Y sobre el marco reglamentario del Estado explica que:

El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos.

Tras el análisis de los hechos y con fundamento en los anteriores argumentos el tribunal considera vulnerado el estándar y aclara que la vinculación del mismo respecto de la necesidad de estabilidad y previsibilidad del espacio empresarial no es diferente del estándar mínimo de derecho internacional y de la evolución en el marco del derecho internacional consuetudinario.

Por su parte, en el caso El Paso Energy International Company V La República Argentina, descrito anteriormente, el tribunal arbitral encontró vulnerado el trato justo y equitativo, de la siguiente manera.

El estándar de trato justo y equitativo no puede suponer la inmutabilidad del orden jurídico, el mundo económico y el universo social, y jugar el papel de una cláusula de estabilización

específicamente diseñada en beneficio de los inversores extranjeros con los que el Estado ha firmado acuerdos de inversión (Caso El Paso Energy International Company Vs. República de Argentina, 2011).

La anterior afirmación se encuentra aunada al hecho de que el Estado debe tener la posibilidad de realizar los cambios razonables que exigen las circunstancias y no se puede inferir que haya aceptado un congelamiento de la evolución de su sistema jurídico.

De igual forma, en este caso se asegura que el trato justo y equitativo implica que no se modifique el marco legal cuando se han asumido compromisos específicos en contrario frente al inversor. Y una consideración importante del tribunal refiere que las expectativas legítimas de cualquier inversor que ingresa al mercado de gas y petróleo debían contemplar la posibilidad real de que se instrumentaran cambios y modificaciones razonables en el marco legal por parte de las autoridades competentes, dentro de los límites de las facultades que les fueron conferidas por ley.

Y el tribunal termina por establecer que:

No se puede negar que en el caso planteado ante el Tribunal el efecto acumulativo de las medidas constituyó una absoluta alteración del entramado jurídico para las inversiones extranjeras, y que todos los elementos y garantías mencionados anteriormente se pueden analizar como compromiso especial de Argentina en el sentido de que no se produciría ninguna modificación de este tipo (Caso El Paso Energy International Company Vs. República de Argentina, 2011).

En conclusión, del trato justo y equitativo se afirma que, como en el caso no se puede hablar de *expropiación progresiva*, si se presentan violaciones progresivas del estándar de trato justo y equitativo y estas violaciones se entienden “como un proceso que se extiende en el tiempo y comprende una sucesión o acumulación de medidas que, analizadas por separado, no violarían el estándar, pero, al analizarse en su conjunto, producen ese resultado”. Por lo cual la acumulación de dichas medidas terminó por constituirse una violación del estándar de trato justo y equitativo.

Por otro lado, este estándar, no solo comprende las acciones que emanen de la autoridad administrativa, sino que es amplio en el sentido que se puede llegar a violentar el trato justo y equitativo también por acciones, decisiones u omisiones de todas las autoridades que represente al Estado internamente siempre que generen un incumplimiento a los AIIs, o al tratamiento que se le debe dar a los inversionistas extranjeros tal como ocurrió en el caso Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company contra La República del Ecuador, el cual fue sometido a las reglas de arbitraje de la United Nations Commission on International.

Dentro de este análisis es acertado revisar adicionalmente y de forma general lo que se considera como una medida arbitraria, o como arbitrariedad en marco del trato justo y equitativo, y es en el caso ELSI Estados Unidos vs Italia, en el cual la Corte Internacional de Justicia expresó que arbitrariedad “no es tanto algo opuesto a una regla de derecho, sino que es el desconocimiento deliberado del debido proceso legal, un acto que perturba, o por lo menos sorprende, el sentido de probidad judicial” (Schreuer , 2006).

Se puede también afirmar que los inversionistas extranjeros cuentan con la garantía de un nivel de trato el cual conlleva a que las conductas o decisiones de los Estados que contengan alguna restricción al tratamiento justo y equitativo desencadenan la configuración de la responsabilidad del Estado parte de un instrumento internacional. Lo anterior en razón a que el trato justo y equitativo ha sido reconocido entre otros como uno de los estándares mínimos de tratamiento que se le debe garantizar al inversionista extranjero y su propiedad según el derecho internacional tal como se expuso en el laudo arbitral del CIADI en el caso Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contra la República de Sri Lanka [Traducción libre]. Asimismo, las interpretaciones y ampliaciones que se realicen del mismo deben estar o mantener los límites estrictos como la razonabilidad del contexto y las circunstancias particulares (Sonarajah, 2010).

Por último, para saber lo que es justo y equitativo se está supeditado a los aspectos fácticos de cada caso en particular, y a la interpretación del árbitro o juez quien conozca de la problemática, tal como se afirmó en el caso *Waste Management vs. Estado Unidos Mexicanos* (2000) respecto de los estándares, los cuales se consideran flexibles y para su adaptación se requiere especial atención a las circunstancias de cada caso.

4.2.4.3 El estándar de protección y seguridad plenas. La protección y seguridad plenas es un estándar, aplicado como una cláusula de tratamiento incluida en los acuerdos internacionales, que busca mantener la seguridad jurídica y económica de los mismos, a su vez, busca restringir el uso de las prerrogativas de poder público cuando estas generen una modificación desventajosa de los derechos o la supresión de las expectativas legítimas del inversor. Según la doctrina se define como un principio por el cual se busca una obligación positiva, de hacer por parte del Estado que recibe la inversión extranjera, obligándose a ejercer la debida diligencia para la protección de aquella inversión. (Dorín, sf, pág. 4).

Bajo este principio, se configura violación al derecho internacional en el momento que exista ausencia de diligencia o falta de cuidado y por lo tanto, no hay necesidad de establecer el dolo en el actuar del Estado como parte del acuerdo (Arbitraje bajo el tratado entre los Estados Unidos de América y la república del Ecuador concerniente a la promoción y protección recíproca de inversiones (TBI) y normas de arbitraje de la CNUDMI, 2010). Con frecuencia este estándar involucra dificultades para proceder a transferencias de la propiedad ya que las califica comúnmente como expropiaciones, nacionalizaciones o medidas equivalentes, y en cualquier caso obliga a la indemnización por parte del Estado que incumple el acuerdo. (Ampuero Miranda, *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión*, 2016).

El CIADI se ha encargado de evidenciar la aplicación de este estándar a través de la emisión de laudos arbitrales por conflictos suscitados a partir del incumplimiento de los acuerdos internacionales de inversión, uno de estos casos es el surgido entre Técnicas Medioambientales TECMED S.A. Vs Estados Unidos Mexicanos mencionado anteriormente, en donde el tribunal se pronuncia al respecto señalando que la protección y seguridad plenas consiste en que cada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad a las inversiones efectuadas por inversores de la otra Parte Contratante, conforme al Derecho Internacional, y no obstaculizará, mediante medidas carentes de fundamento legal o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

En este caso concreto la demandante alegaba que:

Las autoridades mexicanas municipales y estatales alentaron unos movimientos sociales adversos al confinamiento y su operación por Tecmed o Cytrar, así como al transporte por Cytrar de los residuos de Alco Pacífico. También, que las autoridades mexicanas, incluidas las policiales y judiciales, no actuaron con suficiente celeridad, eficiencia y celo para evitar, prevenir o poner fin a las expresiones sociales adversas que se manifestaron en perturbaciones en la operación del Confinamiento o su acceso, o en la seguridad personal o libertad de movimientos de los integrantes de la dotación de Cytrar afectado al mismo y el tribunal se pronunció, considerando que respecto al conflicto que se estaba presentando no se habían aportado pruebas convincentes en apoyo del argumento que las autoridades mexicanas, ya sea municipales, estatales o federales, no habrían reaccionado razonablemente, conforme a los parámetros propios de un Estado democrático, a los movimientos de acción directa protagonizados por los adversarios a la construcción del confinamiento. Por lo tanto, no se vulneraba la protección y seguridad plenas, ya que de igual manera esta garantía no es absoluta

ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva (Técnicas medioambientales *TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, 2003).

Otro de los casos que ha sido referente en el tema, es el de *AZURIX CORP. Vs la República de Argentina*, en el cual la demandante alegaba que Argentina había incumplido el estándar de protección y seguridad plenas al no aplicar el marco regulatorio ni el Contrato de Concesión, con la consiguiente anulación de la seguridad que estos proporcionaban. Por lo tanto, al realizar el análisis, el Tribunal establece que la vulneración del estándar de protección y seguridad plenas no solo se refiere a la alteración física de la inversión, sino también cuando la inversión reciba un trato injusto e inicuo. Es decir, el estándar de trato justo y equitativo y el de protección y seguridad plenas se encuentran interrelacionados, a tal punto que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aun cuando no se produzca violencia física o daños materiales (*Caso Azurix Corp. Vs República de Argentina*, 2006).

Por último, se relaciona el caso de *El Paso Energy International Company Vs La república de Argentina*, mencionado anteriormente, en el cual el Tribunal considera que el estándar de plena protección y seguridad no es más que la obligación tradicional del derecho internacional consuetudinario de proteger a los extranjeros, y es una obligación residual reservada a aquellos casos en que los actos impugnados no pueden por sí atribuirse al Gobierno, sino a un tercero. Por lo general, existe consenso en la jurisprudencia y la doctrina de que este estándar impone una obligación de vigilancia y debida diligencia al gobierno.

A su vez, resalta el Tribunal que el estándar mínimo de vigilancia y cuidado que exige el derecho internacional conlleva el deber de prevención y el deber de represión. Un aspecto bien establecido del estándar internacional de trato es que los Estados deben emplear “debida diligencia” para evitar daños ilícitos a las personas o a los bienes de los extranjeros a manos de terceros dentro de su territorio y, si no lo logran, ejercer al menos “debida diligencia” para

castigar tales daños. Si un Estado no ejerce la debida diligencia para prevenir o castigar tales daños, es responsable por esta omisión y por el daño así provocado. Debe enfatizarse que la obligación de demostrar “debida diligencia” no significa que el Estado deba evitar todos y cada uno de los daños. En realidad, por lo general esta obligación se entiende como el deber del Estado de adoptar las medidas razonables dentro de sus posibilidades para evitar los daños o al menos debería saber que existe riesgo de que se produzca un daño. El grado preciso de cuidado, de lo que es “razonable” o “debido” depende en parte de las circunstancias (Caso El Paso Energy International Company Vs. República de Argentina, 2011, págs. 204 - 205)

De esta manera, se puede concluir que el estándar de protección y seguridad plenas se encuentra consagrado como aquel en el cual los Estados parte de un tratado bilateral de inversión (TBI) deben actuar con la debida diligencia para evitar daños ilícitos a los inversionistas extranjeros en su territorio, teniendo en cuenta que este daño va más allá de la alteración física que se pueda ejercer sobre la inversión, implicando que se adopten medidas legales que brinden seguridad a la inversión y de esa manera, evitando el cambio abrupto de las condiciones establecidas y por consiguiente garantizar el desarrollo, la utilización y el disfrute de tales inversiones.

A su vez, se evidencia que el estándar de protección y seguridad se encuentra relacionado con el de trato justo y equitativo a criterio del Tribunal, de acuerdo con el caso concreto y de la manera como se haya pactado en el instrumento internacional. También, en consideración de todo lo anterior se afirma que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas a un Estado parte aun cuando no se produzca violencia física o daños materiales.

4.3 Responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera extranjera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente (caso Santurbán)

Después de revisados los Límites constitucionales ambientales al derecho de la libertad de empresa en la industria minera y la Protección nacional e internacional del Inversionista Extranjero, se tienen las herramientas necesarias para realizar el análisis de la responsabilidad internacional del Estado derivada de los límites constitucionales a la libertad de empresa de la industria minera extranjera impuestos por la salvaguarda del medio ambiente específicamente en lo que concierne al caso del páramo de Santurbán.

Es importante aclarar que se realiza el análisis del caso del páramo de Santurbán, en razón a que esta problemática parte de los límites constitucionales impuestos en la sentencia C-035 de 2016, los cuales tienen una gran relevancia social, política y económica en el país. Adicional a ello, estos límites denotan una gran importancia jurídica, al ser la Corte Constitucional un órgano judicial, el que los estableció, y con esta determinación generó detrimentos económicos en las empresas dedicadas a la minería con títulos mineros en ecosistemas páramos.

Si bien es cierto, el avance en los principios de derecho ambiental, la creación de nuevas garantías vía jurisprudencial para el medio ambiente, el establecimiento de nuevos principios de derecho ambiental y demás límites vistos en el primer capítulo, van en detrimento de la libertad de empresa, ninguno de estos ha causado una contundente afectación al ejercicio del derecho a la libertad económica, como la prohibición absoluta de minería en páramos, aun cuando ya se contara con un título minero.

Por consiguiente, al tenerse claras y determinadas las afectaciones de un límite constitucional ambiental al derecho de la libertad de empresa en la industria minera, es más concreto realizar el

análisis de la responsabilidad internacional del Estado frente a los inversionistas extranjeros por decisiones judiciales.

Así, a continuación se estructura el análisis de la responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a uno de los inversionistas extranjeros afectados por la restricción del ejercicio de la minería en el páramo de Santurbán, el cual se realizará partiendo de señalar los aspectos facticos del conflicto, seguido de la revisión del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá como cuerpo jurídico aplicable a la problemática jurídica, en tercer lugar se encuentra la revisión de la facultad reguladora de los Estados y el análisis de los derechos adquiridos en el contexto jurídico colombiano, y, se expone la manera como se estructuran los análisis de responsabilidad internacional en materia de conflictos de inversión.

Finalmente, se tiene el examen estricto del caso concreto frente a las garantías y estándares de protección del inversionista extranjero partiendo del estudio de la posible configuración de responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a Eco oro Minerals por la posible configuración de una expropiación indirecta o por la vulneración de los estándares de protección del inversionista extranjero tales como el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas.

4.3.1 El caso Eco Oro Minerals en el páramo de Santurbán. Eco Oro Minerals Corp. (Eco Oro), es una corporación constituida bajo las leyes de Canadá, como una empresa de exploración y desarrollo de metales preciosos que cotiza en la bolsa de Toronto con un portafolio de proyectos en Colombia. Eco Oro está desarrollando un proyecto de extracción subterránea de oro y plata denominado "Angostura", ubicado en el Municipio de California, en el departamento de Santander al noreste de Colombia.

Dicha corporación solicitó la institución de un procedimiento de arbitraje contra la República de Colombia, de conformidad con el artículo 36 del Convenio sobre la Solución de Diferencias

Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI), de los cuales Colombia y Canadá son partes, de conformidad con el Artículo 819 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia (el Tratado), firmado en 21 de noviembre de 2008 y que entró en vigor el 15 de agosto de 2011.

La solicitud de arbitraje se presentó en relación con las medidas de protección que Colombia ha adoptado en pro de la conservación de los ecosistemas Páramo, toda vez que presuntamente dichas medidas, han destruido el valor de las inversiones de Eco Oro en el sector minero colombiano, y privó a la corporación de sus derechos en marco de su principal título minero, el cual en principio fue el permiso 3452 de 1994, y que se convirtió en el Contrato de Concesión número 3452 en 2007. Esta concesión comprende el depósito de oro y plata Angostura en el departamento de Santander.

La corporación Eco Oro ha invertido más de US \$250 millones para llevar a cabo el proyecto minero de Angostura completando más de 360,000 metros de perforación y aproximadamente 3.000 metros de desarrollo subterráneo. Como consecuencia de esto, declaró recursos para el depósito de Angostura, y duplicó esos recursos entre 1999 y 2015, declarando aproximadamente 3.25 millones de onzas de oro y 13.5 millones de onzas de plata (que comprende recursos medidos, indicados e inferidos), tal como lo afirma Eco Oro (Eco Oro Minerals, 2016).

Estas inversiones se hicieron en función de los compromisos específicos asumidos por Colombia bajo el Permiso 3452 y posteriormente el Contrato de Concesión 3452, incluyendo: (a) el derecho exclusivo de explorar y explotar recursos minerales en el totalidad del área de concesión; (b) el derecho de vender los recursos minerales que extraído en el mercado internacional sujeto al pago de regalías e impuestos; y (c) el derecho a un marco legal de minería estabilizado que solo aquellas leyes mineras nuevas y más favorables promulgadas después de la ejecución de El Contrato de Concesión 3452 en 2007 se aplicaría a su concesión (Eco Oro Minerals, 2016).

Al momento de realizar la inversión, los ecosistemas páramo no se encontraban delimitados ni protegidos por las leyes colombianas, salvo la ley 99 de 1993 en relación a los ecosistemas páramo. Posteriormente, declaró la Agencia Nacional de Minería el Proyecto Angostura como un Proyecto de Interés Nacional - una designación reservada para proyectos de especial importancia para el Estado en vista de su impacto económico, social y ambiental, permitiendo que esos proyectos sean acelerados y centralizados para sus permisos y procesamientos. Este proyecto fue designado en febrero 2011, y nuevamente en junio de 2013. Durante ese período, la autoridad nacional de licencias ambientales también otorgó los términos de referencia de Eco Oro para llevar a cabo la Evaluación del impacto ambiental que se requirió para construir y explotar la Mina subterránea de Angostura.

Posteriormente, a través de la resolución 2090 de 2014 se delimitó el ecosistema de Páramo de Santurbán en el área del Proyecto Angostura, por lo que el Gobierno colombiano trató de respetar las concesiones otorgadas, eximiendo el Contrato de Concesión 3452 de la prohibición minera resultante en áreas del páramo delimitadas. El Congreso colombiano posteriormente adoptó una ley consagrando esta exención en junio de 2015.

A pesar de que las disposiciones del Código de Minería se mantuvieron vigentes, a los inversionistas se les dijo que ampliar las concesiones más allá de su plazo inicial ya no sería posible, contrario a los términos de sus concesiones y reglas existentes, establecidos en los planes de gestión ambiental los cuales podrían cambiarse en un principio. De igual forma, las autoridades locales estaban siendo requeridas para preparar sus propias pautas ambientales que podrían imponer estándares ambientales más estrictos.

Luego, en febrero de 2016, a través de la sentencia C-035 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia emitió una decisión que anuló la excepción a la prohibición de la minería en ecosistemas de páramo que habría permitido a Eco Oro llevar a cabo su Proyecto Angostura. Sobre la base de

esta decisión, en agosto de 2016, la Agencia Nacional de Minería retiró a Eco Oro derechos mineros en relación al 50,73% del área del Contrato de Concesión 3452. Teniendo en cuenta que, la empresa Eco Oro no contaba con una licencia ambiental para la fase de explotación del proyecto, solicitándola posteriormente, a lo cual la ANLA informó que no está en condiciones de procesar una solicitud de otorgar una licencia ambiental para la explotación del Proyecto Angostura.

Es por eso que, como se hizo referencia anteriormente, la protección constitucional que se le dio a los páramos en Colombia generó inconformidad por parte de los inversionistas y empresas extranjeras, las cuales contaban con permisos y autorización para realizar exploraciones y explotaciones mineras en estos territorios. Según lo señalado por el periódico ámbito jurídico, el perjuicio de los inversores radica en:

Que solo 10 títulos mineros, de los 28 que hay en toda la zona, quedaron incluidos en la delimitación y no podrían ejercer la actividad minera. De estos, dos tienen licencia de plan ambiental, según la ministra de medio ambiente, la empresa más perjudicada será Eco Oro, pues una proporción considerable quedó incluida dentro del páramo (AmbitoJurídico, 2014).

Por lo cual, es pertinente analizar la problemática a la luz del caso particular de Eco Oro Minerals, como uno de los grandes afectados por la medida judicial. Asimismo, se señala que se debe revisar el TLC entre Colombia y Canadá, ya que es este el cuerpo normativo que cobija la inversión de Eco Oro Minerals en Colombia, y de esta manera encadenar el análisis completo de la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano derivada de la declaración del páramo de Santurbán como zona excluida de minería frente a empresas extranjeras que, como Eco Oro Minerals, contaba con derechos de exploración y explotación minera.

4.3.2 Tratado de Libre Comercio Colombia Canadá. El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, fue

aprobado por el Congreso colombiano mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009. El proceso de incorporación a la legislación interna colombiana se complementó el 24 de julio de 2010, cuando la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-608/10, halló acorde al ordenamiento constitucional del país este Acuerdo y su ley aprobatoria.

El tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá se encuentra organizado en capítulos. Para el asunto en cuestión en el presente documento es necesario hacer mención de tres de estos capítulos: el octavo relativo a inversión, el décimo séptimo que consagra lo referente al medio ambiente y el vigésimo primero de las formas de solución de controversias.

Dentro del capítulo octavo se establecen aspectos específicos para la garantía de los inversionistas y las obligaciones que tienen los Estados parte frente a estos. Allí se estipula que cada parte otorgará un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena al inversionista. Igualmente, incluye el trato de nación más favorecida, que consiste en que los Estados parte deben otorgar a los inversionistas de la otra parte un trato igual al que en circunstancias idénticas les otorgue a inversionistas de un país que no sea parte del presente tratado, en relación al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

De igual forma, en el artículo 805 del tratado, se señala el nivel mínimo de trato correspondiente a que las inversiones deben estar cubiertas con un estándar mínimo de tratamiento de extranjeros en derecho internacional consuetudinario; sobre el estándar mínimo, se señala que:

Es una norma de derecho internacional consuetudinario que dispone un trato de pleno respeto, de acuerdo a un conjunto de principios mínimos a los cuales los Estados, deben someter sus acciones cuando se trata de inversionistas extranjeros y o su propiedad, respetando además su propia legislación y costumbre interna. Se trata de un conjunto de derechos básicos establecidos por el derecho internacional, que los Estados deben garantizar a los inversionistas extranjeros,

independiente del trato que le otorguen a sus propios ciudadanos. La violación de alguna de estas normas o derechos básicos engendra la responsabilidad internacional en la Nación receptora de la inversión extranjera y la posibilidad de los inversionistas de iniciar alguna acción para solicitar la indemnización de perjuicios generados por esta violación. (GOLDENBERG & DE LA CERDA, 2007, pág. 20).

Del nivel mínimo de trato se predica que el país anfitrión otorgará a las inversiones de inversionistas extranjeros un trato acorde con el estándar mínimo establecido por las normas del derecho internacional consuetudinario. En general, los Estados no cumplirían con el nivel mínimo de trato si sus acciones resultasen en atrocidad, mala fe, o en una insuficiencia de acción gubernamental que fuera tan inferior de los estándares internacionales que cualquier persona reconocería dicha insuficiencia (OEA, s.f.). Del nivel mínimo de trato, en el mismo artículo del TLC, se expone que este involucra el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. Sin embargo, en este instrumento los mismos no cuentan con una definición o concepto que facilite su interpretación. Ahora bien, sobre este aspecto en la doctrina se ha indicado que:

El trato justo y equitativo es un estándar absoluto o no contingente usado para proteger las inversiones extranjeras. En esta medida, es un estándar que establece un tratamiento a ser acordado en términos cuyo exacto significado debe ser determinado en referencia a circunstancias específicas de aplicación. De acuerdo con el profesor Peter Muchlinski, el concepto de trato justo y equitativo no está definido con precisión. Es, por lo tanto, un concepto que depende de la interpretación de hechos específicos para definir su contenido” (Márquez & Villegas, 2009, pág. 163).

El trato justo y equitativo consagrado en la normatividad internacional ayuda a generar una seguridad jurídica, un ambiente de justicia y confianza para los inversionistas extranjeros conlleva la materialización de la igualdad y la transparencia que debe acompañar todas las negociaciones de

Acuerdos Internacionales de Inversión; por lo cual, se mantiene como un principio de elevada importancia en los AII, al buscar proteger las relaciones entre los inversionistas y Estados.

La segunda premisa se refiere al nivel mínimo de trato, entendido como protección y seguridad plenas, así pues:

Es un principio por el cual se busca una obligación positiva, de hacer por parte del Estado que recibe la inversión extranjera, obligándose a ejercer la debida diligencia para la protección de aquella inversión. La aplicación de este estándar tradicionalmente alcanzaba al Estado contratante cuando no garantizaba protección física a la inversión. Sin embargo, se ha determinado que el principio supera esta concepción, extendiéndose a otros supuestos, como un cambio sustancial en el marco jurídico que impida continuar con los acuerdos contractuales de las inversiones (Dorin, sf, pág. 4).

Por otra parte, en el artículo 811 del mismo capítulo se encuentra lo referente a la prohibición de expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización. Sin embargo, se exceptúan las expropiaciones que se realicen:

- (a) por razones de utilidad pública;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva y
- (d) de conformidad con el principio del debido proceso

Teniendo en cuenta que el término “utilidad pública” es un concepto de derecho internacional público y será interpretado de conformidad con el derecho internacional. El derecho nacional puede expresar este concepto u otros conceptos similares usando diferentes términos, tales como “interés social”, “necesidad pública” o “fin público”, tal como lo aclara en el mismo instrumento internacional.

A su vez, hay que tenerse en cuenta que la expropiación puede ser de dos maneras: expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra forma expropiada directamente según lo dispuesto por el derecho internacional, o la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio.

Respecto de la expropiación indirecta en el anexo 821 del capítulo 8 del TLC entre Colombia y Canadá se estipula que para que una medida pueda entenderse como expropiación indirecta debe existir un análisis caso a caso basado en los hechos y considerando: (i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta, (ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y (iii) el carácter de la medida o de la serie de medidas.

Se indica también que solo en circunstancias extraordinarias tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público. Por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

A continuación, en el artículo 815, se enuncian las medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente, reconociendo las Partes que no es adecuado fomentar la inversión en cada país, mediante la disminución de sus estándares en medidas nacionales de salud, seguridad o medioambientales con las cuales se logre atraer inversionistas.

Ahora bien, en el capítulo diecisiete, referente al medio ambiente las partes se comprometen a mantener un medio ambiente sano protegiéndolo y conservándolo, reconociendo a su vez el mutuo

apoyo entre políticas ambientales y comerciales, así como el establecimiento de una forma compatible con la protección y conservación ambiental junto con el uso sostenible de los recursos. Se tiene en cuenta que ninguna parte podrá promover la inversión o el comercio a través de políticas que debiliten o reduzcan la protección ambiental. De esta forma se busca generar bienestar para las generaciones presentes y futuras en los respectivos Estados.

En el capítulo 21 se trata todo lo relacionado con la solución de controversias surgidas en el marco de la interpretación o aplicación del Acuerdo, y aquellas cuando una parte considere que:

- (a) una medida vigente o en proyecto de la otra Parte es o pudiera ser incompatible con las obligaciones de este Acuerdo;
- (b) la otra Parte ha incumplido de alguna manera las obligaciones de este Acuerdo; y
- (c) un beneficio que la Parte pudiera razonablemente haber esperado recibir en virtud de alguna disposición de las convenidas.

Los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado en la aplicación del TLC buscan maximizar la capacidad de cumplimiento del Estado respecto a las normas establecidas en el acuerdo, así como proteger al inversionista en todas sus actuaciones, incluso aquellas realizadas de manera previa a entrada en vigor. Para la solución de estas controversias, se dispone la creación de un panel arbitral, definiéndose además unas normas procedimiento específicas para el mismo.

Respecto de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el artículo 2118 señala este mismo acuerdo que: “En la máxima medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio”. Se especifica además que, para alcanzar ese fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en esas controversias.

Así mismo, pueden las partes convenir en cualquier momento el uso de los buenos oficios, mediación y conciliación, que serán conducidos de conformidad con los procedimientos acordados por las mismas.

De esta manera, se puede concluir que el tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá además de ser un mecanismo que permite ampliar el mercado de bienes y servicios, incluye diferentes parámetros que regulan cada aspecto de este intercambio, dejando claro que la promoción de las políticas comerciales, de inversión y demás, no podrán afectar las medidas nacionales de salud, seguridad y medio ambiente, en razón a que estas prevalecen en cada Estado parte sobre el aspecto comercial. Igualmente, se encuentran estipulados los métodos a través de los cuales los participantes del tratado van a resolver sus controversias utilizando las reclamaciones y consultas o mediante el panel especial, los mecanismos alternativos como arbitraje, conciliación y buenos oficios.

4.3.3 La potestad reguladora de los Estados. La regulación es una de las expresiones de las facultades del poder de dirección de la economía en cabeza de la administración, donde el concepto de la intervención administrativa es entendido como el control ejercido por la administración que tiende a limitar o regular las libertades de los individuos, con el fin de mantener un orden económico constitucional. Lo particular que se puede apreciar de esta intervención radica en lo relativo a conceder a la administración poderes tales como el de imponerle limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos, para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden económico (Rebollo Puig , 2000).

Según Márquez Escobar esta facultad integra la vinculación de la potestad de policía de la administración y el principio de legalidad, pues en vista del orden público la administración puede

establecer ciertos límites a las libertades. Por lo tanto, la intervención le permite a la administración por intermedio de la regulación desarrollar políticas para mantener el orden económico (2008).

Esta facultad en el orden constitucional colombiano se extiende a la intervención en el orden económico, con el fin de mantener, proteger o asegurar el medio ambiente, tal como lo consagran los artículos 333 y 334 de la constitución política.

De esta manera, se puede identificar la actividad reguladora de la administración, como cierta actividad de policía y cierta actividad de la administración que busca el equilibrio entre intereses contrapuestos. Son por lo tanto instrumentos de la regulación: el reglamento, la autorización y la sanción. Asimismo, deben ser considerados en esta categoría otros no tradicionales como el informe, la propuesta, la mediación, el acto administrativo negociado y la solución de conflictos (Miranda Londoño & Márquez Escobar, 2004).

Sin embargo, “los límites a la potestad regulatoria de la Administración han trascendido definiendo restricciones del Estado que le obligan a tener en cuenta cierto orden internacional autoimpuesto antes de ejercer sus potestades regulatorias” (Marquez Escobar, 2008, pág. 16).

También considera Márquez Escobar que “el inversor y el Estado de origen deben tener en cuenta algunas cargas que hacen mayor o menor el riesgo derivado de un proceso de inversión en el Tercer Mundo” (2008, pág.29). Lo anterior debido a dos circunstancias, en primer lugar, a que la inversión extranjera directa es menos líquida que otras inversiones y su liquidez, además, depende de la regulación del país de origen sobre la disposición de flujos de capital, entre otras. Y, en segundo lugar, “porque existe un riesgo inherente derivado de la inestabilidad política y del auge del nacionalismo y, en este último evento, procede otro riesgo derivado de la expropiación con o sin compensación” (2008, pág. 29).

Finalmente, de las diferentes decisiones arbitrales se puede señalar respecto de la facultad reguladora que esta tiene un sentido más amplio, puesto que se habla de la misma facultad para

designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o a asegurar su buen funcionamiento de la administración y a mantener el equilibrio. Por tanto, la reglamentación es un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos o ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar su equilibrio, posibilitando una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias de sectores sensibles.

4.3.4 Los derechos adquiridos en materia minera en el contexto jurídico colombiano. Los derechos adquiridos en materia de minera no cuentan con una posición unánime acerca de su configuración, como consecuencia de las diferentes interpretaciones que se han generado frente a la consolidación de estos. Como primer aspecto, puede afirmarse que del título minero nace un derecho personal como lo indica el artículo 15 del código de minas “El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de las minerales in situ”. Sin embargo, es importante revisar los argumentos que se tienen en contra de la existencia de los derechos adquiridos en materia minera, ya que esta posición ha sido la mayormente aceptada y argumentada por la Corte Constitucional, con el fin de sostener la calidad de derechos con los que cuentan las industrias mineras extranjeras como Eco Oro Minerals.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en la sentencia C-478 de 1998, definió los derechos adquiridos como “aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona al haberse verificado todas las circunstancias y requisitos legales previstos para atribuir o dar por nacido un derecho, aunque este no se haya aún ejercido o consumado”.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-983 de 2010, indicó que los derechos que se le conceden al concesionario minero son derechos subjetivos de uso, en los cuales, los particulares pueden usar y explotar los recursos naturales renovables y no renovables. Asimismo, la Corte en

la sentencia T-001 de 1992, sostiene que, de las relaciones jurídicas para explorar y explotar recursos como el contrato de concesión minera, al ser de derecho público no tienen un carácter definitivo y por ende no hay un derecho adquirido. Igualmente, se encuentra que en la sentencia C-822 de 2011, recordó el tribunal que la connotación de derecho adquirido no tiene la misma connotación en el derecho privado que, en el derecho público, puesto que en esta última prima el interés general y en el primero, es particular. Finalmente, la Corte en la sentencia C-126 de 1998, concluyó que la concesión de derechos para la explotación de recursos naturales no es motivo suficiente para impedir que la administración intervenga en dicha actividad en razón del interés general.

Con todo lo anterior, se puede justificar un amplio margen de apoyo a la postura acerca de que no se generan derechos adquiridos en materia de minería, lo cual indica que, aquellos sujetos que cuentan con derechos de exploración y explotación minera materializados en un título minero y con una licencia ambiental están a expensas de que el Estado realice cambios en sus posiciones o decisiones cuando sea necesario intervenir las actividades industriales a causa de salvaguardar el interés general o responder a fines legítimos.

4.3.5 La responsabilidad internacional de los Estados. La responsabilidad internacional de los Estados en materia de controversias relativas a inversión, como se mencionó anteriormente, es un asunto que generalmente se pone en conocimiento del CIADI. Este Centro de Arreglo de Diferencias, en la actualidad, ha conocido casos de la mayoría de los países del mundo y su especialidad le ha permitido un reconocimiento global.

Antes de realizar el análisis de la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a Eco Oro Minerals, se debe señalar la manera como se estructura o estudia la responsabilidad internacional especialmente en materia de inversión. Así, de los laudos analizados

en los capítulos anteriores se puede afirmar que la responsabilidad internacional de los Estados, especialmente en asuntos de inversión extranjera no tiene una estructura como la que se maneja con los juicios de responsabilidad verbigracia en Colombia, en donde se cuentan con unas estructuras y elementos que se deben probar estrictamente para lograr que judicialmente se declare civilmente responsable a un sujeto de derecho.

En el contexto global los juicios de responsabilidad son más abiertos, en el entendido de que no hay que estructurar con rigidez ciertos elementos y encausarlos por ejemplificar, en un título de imputación para lograr que se declare responsable a un Estado.

Como se mencionó anteriormente en el marco conceptual, se expuso lo que comprende la responsabilidad internacional del Estado y en qué condiciones se configura. Por ejemplo, se configura cuando se infringe un imperativo jurídico internacional, o cuando se viola una obligación de carácter internacional, “independientemente de su origen consuetudinario, convencional u otro. Eventos en los que se entiende que existe un hecho ilícito internacional que siendo imputable a un Estado da origen a su obligación de reparación al ver comprometida su responsabilidad internacional” (Jimena Jofre, 2001).

La tesis en mención sobre el manejo de la responsabilidad internacional del Estado en materia de inversión encuentra sustento en los diferentes laudos arbitrales que se han revisado y que se relacionaron en el capítulo anterior, toda vez que, los tribunales arbitrales del CIADI para determinar la responsabilidad internacional de un Estado, requieren básicamente que sea demostrada la vulneración de los estándares de protección del inversionista extranjero, la vulneración a un acuerdo o la configuración de una expropiación indirecta por las acciones de los Estados; en otras palabras, que los Estados incumplan sus obligaciones, los imperativos jurídicos de carácter internacional o comentan un hecho internacionalmente ilícito.

No obstante, para condenar a los Estados al pago de indemnizaciones, el CIADI ha dicho que “es indiscutible que la Demandante tiene el deber de demostrar no solo los daños que alega que sufrió sino también el nexo causal requerido entre la violación del TLC por parte de la Demandada en relación con los supuestos daños” (Caso Bear Creek Mining Corporation Vs República del Perú, 2017), lo cual es un indicador de seguridad para los Estados, en el entendido de que no solo se requiere la declaración de responsabilidad internacional, sino que cada pretensión económica relativa a los daños sufridos deben ser probadas para que sea condenado el Estado al pago respectivo.

Asimismo, es importante señalar que las indemnizaciones se pueden limitar a los montos invertidos el cual sería el estándar de indemnización, teniendo en cuenta que esto no va en contravía de que en algunos casos se condene no solo al pago de lo invertido, sino que adicional a ello se condene al pago de perjuicios adicionales que se hayan ocasionado. De igual manera, los tribunales arbitrales, en proporción a lo que se considera probado y de acuerdo con el estándar vulnerado o la obligación incumplida por los Estados establece las indemnizaciones (Caso Bear Creek Mining Corporation Vs República del Perú, 2017).

De igual manera, en lo que concierne a la configuración de la responsabilidad internacional de los Estados, para que un Estado pueda disminuir su responsabilidad o no ser declarado internacionalmente responsable argumentando la culpa o la omisión del inversor “es necesario no solo que se pruebe dicha omisión o culpa, sino también que se establezca el nexo de causalidad entre la [omisión o culpa] y el daño sufrido” (Caso Abengoa S.A. y Cofides S.A. Vs. Estados Unidos Mexicanos, 2013), consolidándose así lineamientos y cargas probatorias en estos procesos arbitrales .

Por otro lado, en lo que concierne a la normatividad según la UNCTAD en principio son aplicables los AII, en los cuales se contemplan los derechos y la obligación de las partes y, en

segundo lugar, de ser necesario lo que se estipula en otros tratados pertinentes firmados entre las partes. No obstante, los AII en ocasiones no prevén todos los criterios, principios o normas que podrían aplicarse a una controversia, por lo cual se suele hacer referencia a las normas de derecho (internacional). También, señala la UNCTAD que:

La mayoría de los AII contienen referencias a las normas reconocidas por las diversas fuentes del derecho, como las leyes, reglamentos y prácticas administrativas nacionales, el derecho internacional, las disposiciones de los propios AII y otras medidas o acuerdos a que se hayan adherido las Partes. En este contexto, no hay alternativas rígidas, por lo que es difícil proporcionar otras opciones claramente delineadas (Unctad, 2003, pág. 84).

También, se encuentra que en el convenio del CIADI hay un orden de normatividad aplicable, en palabras de Christian Carbajal:

El Convenio CIADI, a falta de acuerdo entre las partes, opta por privilegiar la aplicación del Derecho interno del Estado receptor de la inversión. Al mismo tiempo, el Convenio CIADI reserva al Derecho Internacional una importante ~ función suplementaria y correctiva. Una interpretación correcta de este artículo requiere ~ la aplicación del Derecho Internacional cuando las partes así lo hayan acordado; cuando no se haya logrado un acuerdo; o cuando el Derecho interno no proporcione una solución al caso concreto, es decir, cuando se presente un verdadero vacío legal en el Derecho Nacional o cuando la aplicación de este implique claramente la violación de normas imperativas del Derecho Internacional (Carbajal , 2004, pág. 199). Dando así una respuesta no absoluta al problema o la discusión de la normatividad aplicable en estos casos.

De esta manera, se aclara la estructura abierta y discrecional con la cual cuentan los tribunales arbitrales en materia de configuración de responsabilidad internacional de los Estados

especialmente en lo relativo a inversión extranjera, salvo ciertos parámetros que se han ido consolidando por la misma jurisprudencia arbitral.

4.3.6 El caso *Eco Oro Minerals Vs el Estado colombiano*. El análisis de la responsabilidad internacional del Estado Colombiano frente al inversionista extranjero Eco Oro Minerals con derechos de exploración y explotación minera sobre el páramo de Santurbán, se realiza teniendo en cuenta los aspectos fácticos del conflicto entre Eco Oro Minerals y el Estado Colombiano, específicamente revisando si la decisión de la Corte Constitucional constituye una expropiación indirecta, si es violatoria de los estándares de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, o si por el contrario es legítima dentro de la facultad reguladora del Estado de tomar medidas de utilidad pública y de interés general como las tendientes a proteger el medio ambiente.

Para este examen se toma como fundamento las normas del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá como cuerpo jurídico que cubre las relaciones comerciales de las partes al ser Eco Oro Minerals una empresa canadiense. Asimismo, se tendrán en cuenta los diferentes laudos arbitrales que se han expuesto, el desarrollo de los estándares de protección del inversionista extranjero, la forma como se analiza la responsabilidad internacional de los Estados en materia de inversión, y el desarrollo jurisprudencial que soporta las decisiones de la Corte Constitucional.

4.3.6.1 Configuración de la figura de la expropiación indirecta. Todo lo expuesto anteriormente sobre la expropiación, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en relación con su aplicación y configuración en casos concretos, permite tener elementos para realizar el análisis respecto del caso Eco Oro Minerals vs. Colombia, con el fin de determinar si las medidas implementadas por el Estado colombiano constituyen o no una expropiación indirecta.

Em primer lugar es importante recordar que el cuerpo normativo base para el análisis de este caso es el TLC suscrito entre Colombia y Canadá, y dentro de este, en primer lugar, se revisa el artículo 411, el cual se refiere a la expropiación, especialmente a la prohibición de expropiar, de la siguiente manera:

Artículo 811: Expropiación

1. Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto:

(a) por razones de utilidad pública;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4;

y (d) de conformidad con el principio del debido proceso.

2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación. Para determinar el valor justo de mercado, un Tribunal usará criterios apropiados de valoración, que podrán incluir el valor de empresa en marcha, el valor de los activos incluyendo el valor del impuesto declarado por bienes tangibles, y otros criterios.

3. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagada en una moneda libremente convertible e incluirá intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

4. El inversionista afectado tendrá derecho en virtud de la ley de la Parte que ejecuta la expropiación a una pronta revisión de su caso y de la valoración de su inversión por una

autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de conformidad con los principios dispuestos en este Artículo.

5. Este Artículo no se aplicará a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que tal expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

Como se puede observar la norma consagra la prohibición expresa de expropiar, excepto por las razones expuestas dentro del clausulado tales como: utilidad pública, de una manera no discriminatoria, mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva y de conformidad con el principio del debido proceso. Sin embargo, se debe resaltar que, a diferencia de los acuerdos internacionales de inversión o tratados bilaterales de inversión, en este, específicamente se estipuló dentro del cuerpo del tratado un anexo sobre expropiación directa en el cual las partes manifestaron que lo que allí se encontraría explicaría el alcance de esta figura, el cual dice lo siguiente:

Anexo 811

Expropiación Indirecta

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. El párrafo 1 del Artículo 811 cubre dos situaciones. La primera situación es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra forma expropiada directamente según lo dispuesto por el derecho internacional.
2. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio.
 - (a) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:

(i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta,

(ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y

(iii) el carácter de la medida o de la serie de medidas;

(b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

De lo anterior se tiene que, la expropiación indirecta se configura cumpliendo una serie de requisitos, entre los cuales está el análisis caso a caso, aspecto que es resaltado en los laudos del CIADI revisados anteriormente, por lo que, la configuración de una expropiación indirecta depende en gran parte de la subjetividad o de los aspectos fácticos de cada caso en concreto y teniendo en cuenta lo que señalan las partes en el clausulado del instrumento internacional que las rige.

Para analizar la eventual responsabilidad del Estado colombiano se debe resaltar primero que la situación presentada en el caso *Eco Oro vs Colombia* a simple vista no se puede relacionar a ninguno de los casos anteriormente expuestos en lo relativo a sus aspectos fácticos. Sin embargo, el desarrollo doctrinal de la figura de la expropiación indirecta y la aplicación de esta puede tenerse como fundamento y guía, sin que esto indique que las consideraciones que se han tenido en los diferentes laudos arbitrales sean vinculantes u obligatorias para darles aplicación a otros casos según lo señala la jurisprudencia del CIADI.

Retomando los hechos del caso, y las exigencias para que la medida tomada por el Estado colombiano configure una expropiación indirecta según el TLC Colombia Canadá, se debe corroborar que cumpla con los tres puntos del literal a del numeral 2 del anexo 811 y que no se presenten las circunstancias del literal b del numeral 2 del anexo 811.

Es conveniente dejar claro que, si bien la medida en cuestión es de carácter judicial, esto no implica que la medida no haga parte integra de las decisiones de la administración, ya que se emitió por un órgano que representa al Estado en su facultad judicial. Por lo tanto, analizando los hechos del caso, la empresa Eco Oro realizó una inversión bajo el sustento legal y habiendo obtenido los permisos con atención de los procedimientos que están establecidos en Colombia, para poder ejecutar este tipo de actividades mineras, ya que gozaba con un título minero, tal como lo es, el contrato de concesión 3452 de 2007.

La controversia como se expuso anteriormente surgió con el plan de desarrollo del 2010, el cual prohibía las actividades mineras en las zonas de páramo. Sin embargo, a esta disposición no se le dio aplicación y con el plan nacional de desarrollo 2014 – 2018 se derogó la misma y se estableció que quienes contaban con licencias, concesiones o títulos mineros obtenidos con anterioridad al 9 de febrero de 2010, podrían continuar con sus actividades, en las zonas páramo. Empero, la Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable la disposición del plan nacional de desarrollo 2014 – 2018, considerando que esta era inconstitucional porque desconocía el deber constitucional de salvaguardar los ecosistemas de páramo, a través de la sentencia C-035/16.

Por parte de la Corte, en los argumentos que se tuvieron en cuenta para tomar la decisión, se encuentran que el déficit de la salvaguarda ambiental vulnera el derecho al ambiente sano y también compromete el derecho fundamental al agua, debido a que la disposición objeto de cuestionamiento desconoce la obligación del Estado de proteger las áreas de influencia de nacimientos acuíferos y estrellas fluviales. Asimismo, se afirma que la protección legal provista a los ecosistemas páramo

frente a los posibles daños que puedan causar las actividades mineras no es suficiente y tiene un carácter formal, lo cual la lleva a ser incompatible con la norma superior y la garantía de los derechos fundamentales de la población cercana, como lo es el derecho al agua y consecuentemente, el interés general de la población.

De otro lado, para analizar la expropiación se debe tener en cuenta principalmente lo pactado en el TLC entre Colombia y Canadá, puesto que el instrumento internacional es la primera fuente que debe ser analizada e interpretada para darle aplicación a lo convenido por las partes y de esta manera, se cumple con lo expuesto en la decisión de anulación del laudo arbitral del caso *Sempra Energy International vs. La República de Argentina*, el cual fue anulado por no observar, analizar y aplicar las cláusulas del Tratado Bilateral de Inversión.

De esta manera, de la lectura del artículo 811, su anexo del TLC y de la interpretación de sus términos conforme al sentido común y ordinario que se le debe asignar según el artículo 31 de la Convención de Viena, se evidencia que la medida tomada en la sentencia C-035 de 2016 por parte del Estado Colombiano causó un impacto económico considerable en el inversionista *Eco Oro Minerals* ya que con la decisión quedó absolutamente prohibida la exploración y explotación de recursos en los ecosistemas páramos, paralizándose así toda la actividad industrial de todas las empresas y por ende afectándose la inversión realizada en la zona durante años.

Asimismo, el alcance de la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, toda vez que, lo que esperaba obtener la empresa a futuro, cuando comenzara la fase de explotación quedó restringido. Y el carácter de la medida en el caso, si bien puede justificar la restricción absoluta en ecosistemas páramos, la medida es por si misma totalmente adversa y lesiona los derechos del inversionista.

Por lo tanto, podría observarse que la decisión del Estado Colombiano fácilmente se estructura como una expropiación indirecta de los derechos de *Eco Oro Minerals*. Sin embargo, no se puede

desconocer el literal b del anexo 811 el cual se refiere a la situación de las expropiaciones indirectas, las cuales según el mismo TLC “resultan de una medida o serie de medidas de una parte que tiene un efecto equivalente a una expropiación sin que haya transferencia de título de dominio”. El literal en mención, señala que cuando se presenten circunstancias extraordinarias en las cuales la buena fe de una medida pueda no ser razonablemente percibida, pero la medida no sea discriminatoria y sea diseñada para proteger objetivos legítimos, entre los cuales se encuentra la protección del medio ambiente, esta no se entenderá una medida de expropiatoria indirecta.

A partir de lo anterior, cabe hacer el análisis de la medida en cuestión con el fin de determinar si esta cumple con los requisitos del literal b y por ende no se configura expropiación indirecta por el Estado colombiano.

De esta manera, primero se debe tener claro que la medida tomada por la Corte no es razonablemente percibida como de buena fe por los perjuicios que causa al inversionista Eco Oro Minerals. Empero, siguiendo el literal b del anexo, en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

Ante este escenario, no hay lugar a la configuración de una expropiación indirecta por parte del Estado Colombiano, puesto que como se observó en los argumentos de la decisión judicial emitida por parte de la Corte, esta medida tiene un fin legítimo que es proteger el medio ambiente y el bienestar de las generaciones presentes y futuras, responde al interés general y así garantiza el derecho al agua y a un medio ambiente sano. Asimismo, no se puede considerar discriminatoria toda vez que cobija todos los ecosistemas paramunos y a todas las empresas e inversionistas que

podieran tener títulos mineros y licencias ambientales para realizar actividades mineras en los ecosistemas páramos de todo el país.

No obstante, es pertinente y necesario revisar también el cumplimiento de los requisitos del literal b del anexo 811 de la mano de la potestad reglamentaria de los Estados, y de los parámetros que se encuentran en los laudos arbitrales para hacer un análisis conjunto de esta facultad frente a la posible expropiación indirecta que puedan constituir sus decisiones en contraposición a los inversionistas extranjeros, como la empresa Eco Oro Minerals.

Al respecto, señala Márquez Escobar que la doctrina de los poderes de policía es vista por algunos, como un elemento de control que exceptúa la medida de cualquier deber de compensación, de esta manera un Estado no estaría obligado a indemnizar si la medida regulatoria responde a un interés público. Sobre esto en el caso CIADI Feldman vs México, manifestó que no hay responsabilidad cuando la imposición del Estado tiene como origen una regulación de buena fe, puesto que cuando una acción del Estado constituya una toma y requiere indemnización bajo el derecho internacional o sea una regulación procedente del poder de policía, no habrá lugar a compensar al extranjero que sufra como consecuencia pérdidas.

También se encuentra el caso Firemans Fund vs. México, en el cual el Tribunal arbitral analizó unos elementos necesarios para constituir expropiación, indicó que la medida regulatoria debe ser acorde a los poderes de policía reconocidos al Estado, que el propósito y el efecto de la medida sean públicos, que la medida no sea discriminatoria, que esta corresponda al fin buscado y que la naturaleza de esta sea de buena fe para no constituir expropiación indirecta.

Esta buena fe, es entendida como aquel principio en el que todos los Estados deben obrar lealmente en el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos (con la convicción de no estar violando derecho ajeno alguno: es ésta la buena fe activa o buena fe-lealtad), y esperar que los demás se comporten de la misma manera para con ellos (la buena fe pasiva o buena fe-creencia);

y, por otra, en el del no abuso del derecho, que todo titular de un derecho jurídico-internacional debe ejercerlo o abstenerse de hacerlo, sin causar perjuicios a otro sujeto (Valencia Restrepo, 2007, pág. 18).

Asimismo en el derecho internacional se ha considerado tradicionalmente que cuando un Estado actúa de manera no discriminatoria buscando proteger bienes públicos como el medio ambiente, la salud o los intereses relativos al bienestar público, se entiende que esas acciones están fuera del concepto de expropiación, pero si la actuación es discriminatoria y no busca la protección de intereses generales o sociales, se considera que hay una expropiación con derecho a compensación por parte del inversor. (Quintero Garay, 2008, pág. 320)

Siguiendo el análisis de la expropiación indirecta a la luz de los aspectos propuestos en de los casos anteriores, aplicado al caso Eco Oro Minerals vs. Colombia, se observa que la medida tomada por el Estado colombiano, no es discriminatoria puesto que Eco Oro no es la única empresa que se encuentra afectada sino que por el contrario, al ser una medida de carácter general y extendida a todas las zonas del ecosistema de páramo, las consecuencias van a recaer sobre todas las empresas que tengan derechos de exploración y explotación minera sobre esas zonas pudiéndose inferir que la medida no se toma en razón a una sola empresa.

De igual manera se evidencia que la medida fue tomada bajo las facultades con las que cuenta el Estado, motivada en un interés general como lo es el medio ambiente y de especial relevancia, en procura de salvaguardar derechos fundamentales de los ciudadanos como el derecho al agua y a un medio ambiente sano. Asimismo, se evidencia que la medida corresponde al fin buscado, puesto que tal como se puede apreciar en los argumentos científicos presentados por el instituto Humboldt y considerados por la Corte Constitucional, sustentan la necesidad de delimitar los páramos y restringir la exploración y explotación minera en su zona, ya que es indispensable preservar su

ecosistema y al permitir este tipo de actividades por el contrario se ocasionarían una serie de daños irremediables.

Respecto de la buena fe se encuentra que el Estado colombiano ocasionó según el concepto de la misma, un perjuicio al inversionista, lo que no permitiría configurar la buena fe del Estado, sin embargo, se debe retomar lo pactado por las partes en donde se dejó claro que las medidas que no pueden ser fácilmente percibidas como de buena fe, deben ser analizadas según su objetivo legítimo y que no sean discriminatorias y tal como se presenta en este caso y se había enunciado anteriormente, la medida no fue discriminatoria y protegió el objetivo legítimo de la salvaguarda ambiental. Razón por la cual, aunque no sea predicable la buena fe a la luz del derecho internacional, se reitera que no hay lugar a constituirse una expropiación indirecta, dando prevalencia a lo convenido por las partes en el literal b del numeral 2 del anexo del artículo 811 del TLC Colombia – Canadá, armonizado con lineamientos de los laudos arbitrales del CIADI y la doctrina internacionalista.

En suma, se puede afirmar que, si bien la medida tomada por el Estado colombiano causó un perjuicio económico al inversionista Eco Oro Minerals, esta decisión no configura una expropiación indirecta, no obstante, es necesario estudiar lo concerniente a los estándares de protección del inversionista extranjero ya que estos pregonan diferentes prerrogativas que el Estado debe respetar y garantizar al inversionista foráneo.

4.3.6.2 La vulneración del estándar de trato justo y equitativo. Para determinar la violación del estándar de trato justo y equitativo, se deben tomar los aspectos de cada caso en particular y de ello constatar lo qué es justo y equitativo, según lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Asimismo, es necesario el análisis de los factores que configurarían dicha violación.

Dentro de esos aspectos, se pueden considerar elementos como que, el inversor esperaba por parte del Estado una actuación no contradictoria. Es decir, el mantenimiento de sus decisiones y, por lo tanto, la no variación en las mismas que perjudicaran su inversión ni sus expectativas respecto de esta. Siendo importante tener en cuenta que no es posible el mantenimiento de un orden jurídico estático, sin ningún tipo de variabilidad, puesto que las condiciones sociales, económicas y ambientales conllevan a la variación constante del mismo.

Sin embargo, aunque no es posible un ordenamiento jurídico estático, tampoco es viable eliminar o variar abruptamente el marco jurídico respecto del cual se realizó la inversión y bajo el cual, la empresa depositó su confianza y sus expectativas, en razón a que dichas condiciones eran acordes a sus ideales. no son unánimes en afirmar si es necesario demostrar la mala fe por parte del Estado.

Asimismo, debe configurarse una negligencia intencional por parte del Estado, donde se evidencia que se permitió la afectación de la inversión, sin ningún tipo de justificación razonable que conllevara a la toma de la decisión que generó un detrimento de esta.

Es por eso que, de acuerdo a los hechos del caso concreto, se puede inferir que Eco Oro Minerals al realizar su inversión y los consecuentes trámites tales como el permiso en 1994 número 3452 y el contrato de concesión 3452 en 2007, para actuar acorde a lo reglamentado por el Estado colombiano, esperaba que este condujera de manera coherente, transparente y sin ambigüedades tal inversión. Esto, en pro de que la empresa canadiense pudiera planificar sus actividades y organizar sus conductas conforme a la reglamentación interna de la actividad minera.

De igual forma, se evidencia que el Estado colombiano bajo el análisis del presente estándar, generó una incertidumbre a la materialización de la inversión, en el entendido de que su reglamentación fue notablemente variable, al permitir en principio la explotación minera en las zonas de páramo y bajo esta premisa, permitir la inversión de la empresa canadiense. Surgiendo

posteriormente el plan de desarrollo 2010 – 2014 mediante el cual se adoptó la decisión de prohibir la explotación de hidrocarburos y minerales en tales zonas y consecuentemente, el plan de desarrollo 2014 - 2018 permitió seguir ejecutando las actividades a todas aquellas empresas que contaran con los títulos mineros expedidos con anterioridad al nueve (09) de febrero de 2010. Después, a partir de la sentencia C-035/16 se prohibió toda actividad de exploración y explotación minera en las zonas páramo y recalcó la urgencia de realizar las respectivas delimitaciones de las zonas páramo por parte del instituto Alejandro Von Humboldt, según lo decidido por la Corte Constitucional.

Siendo, por lo tanto, evidente que el Estado Colombiano actuó vulnerando el estándar mínimo del trato justo y equitativo, puesto que varios aspectos que pueden hacer parte de este estándar se configuraron, dentro de los cuales están: el cambio o la transformación del entorno jurídico o empresarial y el cambio en las expectativas del inversionista al realizar la inversión. A pesar de que, la toma de decisiones y sus consecuentes reglamentaciones obedecieron a cambios ambientales que se presentaron a lo largo de la ejecución de las actividades en estas zonas. Teniendo en cuenta que, si bien es cierto, responde a objetivos legítimos tales como el medio ambiente y el interés general, la toma de dicha restricción generó un cambio radical y absoluto a las condiciones que motivaron la inversión. De igual forma, se configura debido a que al ser la minería una actividad altamente contaminante, sus consecuencias podrían ser previsibles y de esta manera, ponderar anticipadamente el posible daño que se generaría a una zona tan sensible y con tanta importancia ecológica como lo es la zona de páramo, con los recursos económicos que dicha inversión iba a proveer.

De esta manera, se puede concluir respecto a este estándar con lo expuesto anteriormente que, hubo transgresión del mismo por parte del Estado colombiano, en razón a las medidas ambientales

adoptadas por la Corte Constitucional, respecto a la restricción total de la minería en zona Páramo, por tanto se configuraría una responsabilidad internacional a Colombia.

4.3.6.3 La vulneración del estándar de protección y seguridad plenas. El estándar de protección y seguridad plenas es concreto al establecer los condicionamientos que permiten su configuración, dentro de los cuales se encuentran principalmente la vigilancia y diligencia por parte del Estado, tomando las respectivas medidas que permitan la prevención y represión de daños a los bienes de la inversión.

Por lo tanto, en principio, puede considerarse que este estándar internacional, se refiere específicamente a aquellas vulneraciones que se puedan generar a la inversión de forma física, es decir, a la negligencia del Estado en permitir que terceros ajenos a la misma, a través de actos violentos irrumpen en el normal desarrollo de las actividades.

Es por eso que, aunque el tribunal también ha aducido que la vulneración al estándar de la protección y seguridad plenas va más allá de la alteración física de la inversión. Es decir, conlleva la diligencia y cuidado de aspectos que implican la adopción de medidas legales que brinden seguridad a la inversión y de esa manera, evitar el cambio abrupto de las condiciones establecidas garantizando el desarrollo, la utilización y el disfrute de tales inversiones, no se debe dejar a un lado, su gran diferenciación al estándar del trato justo y equitativo, que radica en: la irrupción violenta por parte de terceros y la consecuente negligencia por parte del Estado para proteger la inversión.

Por lo tanto, al analizar el caso concreto y a partir de los criterios anteriores, se puede concluir que la exploración por parte de la empresa Eco Oro Minerals, no sufrió alteración ni daños físicos por parte de terceros, que irrumpieran en el normal desarrollo de las actividades y, por lo tanto,

configuraran la violación de este estándar internacional en la inversión realizada. Por lo que, no es viable una reclamación por parte de la minera canadiense basado en la vulneración de este estándar.

Discusión de resultados

En el ordenamiento constitucional colombiano a través de su regulación y jurisprudencia en materia ambiental, se ha podido evidenciar que, en materia ambiental, el derecho a un medio ambiente sano ha pasado a ser protegido como un derecho fundamental de carácter individual y colectivo, que conlleva un deber general y particular de cuidado por parte del Estado y de los particulares, quienes tienen la obligación de trabajar conjuntamente para lograr este fin. En concordancia con lo anterior, el crecimiento y desarrollo económico se acompañan con principios como el desarrollo sostenible, precaución, prevención y la función ecológica de la propiedad, como muestra de solidez y fortalecimiento del ordenamiento constitucional relativo al medio ambiente.

El conjunto de preceptos constitucionales que irradian la protección ambiental son consecuentes con los lineamientos del ordenamiento internacional contenido en tratados y convenios adoptados por Colombia, que terminan siendo una limitación directa del ejercicio de la libertad de empresa, ya que aunque para su existencia tienen que cumplir unos requisitos impuestos por la Corte, su fin último es restringir las facultades que concede este derecho, el cual, como se evidenció no es de carácter absoluto, sino que, adicional a las restricciones ambientales, debe también priorizar derechos fundamentales, salubridad pública, interés general y utilidad pública.

La minería al ser una actividad industrial altamente contaminante, se encuentra cobijada por el conjunto de premisas constitucionales anteriormente descritas que salvaguardan el medio ambiente y de esta manera, dando cumplimiento a los principios de prevención y precaución, materializados en unos requisitos que llevan inmersos estudios íntegros de la zona a explotar, con lo que se evitan

daños a futuro o se impone la obligación de reparar los ya ocasionados, tales como los títulos mineros, las licencias ambientales y sanciones. Asimismo, por la importancia que tiene el impacto de la minería en el medio ambiente, el legislador ha implementado diferentes leyes que consagran la forma en que se debe desarrollar la minería, siendo el gran ejemplo de esto el Código de Minas (ley 685 de 2001) que rige en la actualidad.

Así, la protección ambiental debido a los pronunciamientos jurisprudenciales ha adquirido una importancia a partir de los daños que ocasiona la actividad del hombre en los aspectos sociales, económicos y culturales. Como se observa en el principio *pro natura*, las normas ambientales deben ser interpretadas en un sentido amplio, mientras aquellas que no están a favor de la protección del medio ambiente deben interpretarse en un sentido restrictivo. Esto permite afirmar que el derecho a la libertad de empresa en las industrias mineras frente a la conservación ambiental a pesar de la interpretación extensiva del código civil debe ser estudiado y aplicado con las respectivas limitaciones y obligaciones de carácter ambiental.

En el mismo orden de ideas, pero en el ámbito internacional, Colombia ha suscrito diferentes instrumentos internacionales para la salvaguarda del medio ambiente, donde se observa una expresión de la facultad reguladora de los Estados al implementar dichos instrumentos y al ser estos mismos guías de los lineamientos jurídicos internos y base para la creación de las políticas legales de las actividades que involucran el manejo, tratamiento o uso del medio ambiente.

Por otro lado, en Colombia se cuentan actualmente con diferentes políticas, reglamentación interna e instrumentos internacionales que buscan la promoción de la inversión extranjera en el territorio nacional. Esto se ve reflejado en la adopción de acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones y los tratados de libre comercio, también en la suscripción en organismos como el centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, el organismo mundial de garantías de inversiones y la corporación de inversión privada en el

extranjero, los cuales brindan diferentes alternativas a la hora de solución de controversias y de pautas para el manejo y desarrollo de las inversiones extranjeras.

De los instrumentos internacionales relativos a la solución de controversias por inversiones extranjeras, se tiene que el CIADI es el centro de arreglo de diferencias más utilizados y el cual ha desarrollado en sus diferentes laudos arbitrales ampliamente los temas que involucran y comprometen la responsabilidad internacional de los Estados, frente a los inversionistas extranjeros.

En concordancia con lo anterior, para determinar la responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros, por la afectación de sus derechos, se evidencian tres de los más importantes parámetros o estándares específicos de derecho internacional que se deben respetar los cuales son: el fenómeno de la expropiación indirecta, los estándares del trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, como obligaciones derivadas de las relaciones jurídicas internacionales o como imperativos jurídicos internacionales, los cuales al ser vulnerados comprometerán la responsabilidad internacional del Estado.

A su vez, en el ámbito internacional la responsabilidad de los Estados se configura con mayor frecuencia por la vulneración del estándar mínimo del trato justo y equitativo a diferencia de la expropiación indirecta, debido a que el primero exige un tratamiento arbitrario por parte del Estado o una actuación negligente o insuficiente respecto de los deberes del mismo o un cambio en la ambiente jurídico o empresarial y la expropiación indirecta, por su parte, es más estricta al exigir la pérdida de la propiedad o dominio sobre los derechos con los cuales cuentan los inversionistas y que por decisiones o medidas estatales interfieran o incidan en el disfrute del mismo y que a su vez, tenga por efecto privar al inversionista de sus derechos o facultades en la inversión.

Respecto de las decisiones o consideraciones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, se tiene que estas no son un precedente para resolver los nuevos casos que

surjan, aunque en ocasiones se presentes hechos similares. Adicional a esto, las decisiones pueden llegar a ser contrarias entre sí ya que no existe unanimidad en sus pronunciamientos, a pesar de la similitud mencionada, puesto que la aplicación de los estándares de derecho internacional se debe realizar en atención a los aspectos fácticos del caso.

Finalmente y en razón de lo analizado, la responsabilidad internacional del Estado colombiano frente al inversionista Eco Oro Minerals por el conflicto surgido con ocasión de la protección de los páramos, podría configurarse por la vulneración del estándar de trato justo y equitativo al adoptarse decisiones que si bien tienen un fin legítimo, respecto del inversionista extranjero son desmedidas, tal como lo fue la restricción absoluta de la minería en zona de páramo, específicamente en el caso concreto, la zona del páramo de Santurbán, alterando totalmente las condiciones iniciales de la inversión y generándose así un detrimento a la misma. Por otro lado, no se considera que se presente una vulneración al estándar de protección y seguridad plenas ni que exista una expropiación indirecta, puesto que a lo largo de la ejecución de la inversión, no se presentaron actos violentos respecto a esta por parte de terceros e igualmente, la decisión de restringir el páramo como zona excluida de minería, se tomó en el marco de la facultad reguladora del Estado y obedeciendo a un objetivo legítimo como lo es la protección ambiental, sin discriminación de esta empresa y como una medida razonada para alcanzar los fines que se buscan.

Referencias

- Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá. (21 de noviembre de 2008). Lima, Perú.
- Agencia Nacional de minería. (2003). *Glosario técnico minero*. Recuperado el 29 de septiembre de 2016, de <https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/glosariominero.pdf>
- Aizenstatd Leistenschneider, N. (2012). La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. *Scielo*, XII, 3-23. Recuperado el 21 de agosto de 2016, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v12/v12a1.pdf>
- Ambiente, M. (diciembre de 2014). *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible delimita Páramo de Santurbán*. Recuperado el 06 de abril de 2016, de <https://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=1606:ministerio-ambiente-desarrollo-sostenible-delimita-paramo-santurban>
- AmbitoJurídico. (02 de abril de 2014). Amplían de 11.000 a 42.000 las hectáreas protegidas del parque natural Santurbán. *Ambito Jurídico*. Recuperado el 29 de abril de 2016, de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti-140402-04-amplian-de-11-000-a-42-000-las-hectareas-protegidas-del-parque-natura>
- Ampuero Miranda, A. (2008). Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión. *Aspectos Jurídicos del desarrollo regional*, 329-349. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Ana_A_Ampuero_Miranda.pdf
- Ampuero Miranda, A. (6 de noviembre de 2016). *Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión*. Obtenido de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Ana_A_Ampuero_Miranda.pdf

Arbitraje bajo el tratado entre los Estados Unidos de América y la república del Ecuador concerniente a la promoción y protección recíproca de inversiones (TBI) y normas de arbitraje de la CNUDMI, Laudo parcial (CIADI 30 de marzo de 2010).

Asian Agricultural Products Ltda v. Republic of Sri Lanka, CASE No. ARB/87/3 (CIADI 27 de junio de 1990).

Bernal, L. F. (2005). Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. *Mercatoria*, 4(1), 1-18. Recuperado el 13 de agosto de 2015, de Mercatoria: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2104/1881>

Caballero, Y. (2005). La jurisprudencia internacional y su eficacia en la manifestación del consentimiento de los Estados para obligarse por tratados. *Dialnet*. Recuperado el 24 de agosto de 2016, de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/tratados.htm>

Carbajal , C. (2004). Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI. *Agenda Internacional*, 195-213. Recuperado el 10 de marzo de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/8306/8610>

Caso Abengoa S.A. y Cofides S.A. Vs. Estados Unidos Mexicanos, ARB (AF)/09/2) (CIADI 18 de Abril de 2013).

Caso Azurix Corp. Vs República de Argentina, ARB/01/12 (CIADI 14 de Julio de 2006).

Caso Bear Creek Mining Corporation Vs República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21 (CIADI 17 de noviembre de 2017).

Caso CMS GAS Transmission Company V La República de Argentina, ARB/01/8 (CIADI 12 de mayo de 2005).

Caso El Paso Energy International Company Vs. República de Argentina, ARB/03/15 (CIADI 31 de Octubre de 2011).

Caso Fireman's Fund Insurance Company y Los Estados Unidos Mexicanos , ARB(AF)/02/01 (CIADI 17 de julio de 2003).

Caso Marvin Feldman Vs México, ARB(AF)/99/1 (CIADI 16 de diciembre de 2002).

Caso Metaclad Corporation Vs Estados Unidos Mexicanos, ARB(AF)/97/1 (CIADI 30 de agosto de 2000).

Caso Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company y República del Ecuador , ARB/06/11 (CIADI 2 de noviembre de 2015).

Caso Pac Rim Cayman LLC Vs La República del Salvador, ARB(AF)/99/1 (CIADI 14 de octubre de 2016).

Caso Sempra Energy International V La República de Argentina, ARB/02/16 (CIADI 28 de septiembre de 2007).

Caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Vs Esados Unidos Mexicanos, CASO No. ARB (AF)/00/2 (CIADI 29 de mayo de 2009).

CEPAL. (2009). *CEPAL (Naciones Unidas)*. Recuperado el 7 de abril de 2016, de Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/S0900332_es.pdf?sequence=1

CERAC. (20 de agosto de 2016). *Centro de recursos para el análisis de conflictos*. Recuperado el 22 de agosto de 2017, de <http://blog.cerac.org.co/monitor-de-desescalamiento-del-conflicto-armado-interno-en-colombia-6>

Change, U. N. (s.f.). *United Nations Framework Convention on Climate Change*. Recuperado el 22 de 09 de 2017, de http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/la_convencion/items/6196.php

CIADI. (Sf). *INFORMACIÓN GENERAL SOBRE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO*). Recuperado el 7 de mayo de 2016, de <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>

Cifuentes Sandoval, G. E. (abril de 2008). El medio ambiente Un concepto jurídico indeterminado en Colombia. *Juris*, 9, 37-49. Recuperado el 08 de septiembre de 2015, de UAC: http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-9/art-4.pdf

Colombia, R. d. (s.f.). *Red de Justicia Ambiental en Colombia*. Recuperado el 22 de 09 de 2017, de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2012/09/declaracion-de-rio-1992.pdf>

Comercio. (s.f.). Recuperado el 7 de mayo de 2016, de ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRIS): <http://www.comercio.es/es-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>

Condon, B. J. (2007). *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*. Londres: Cameron may.

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (2 de Febrero de 1971).

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (27 de junio de 1989).

Convenio sobre la Diversidad Biológica (5 de junio de 1992).

Cusarúa, A. A. (Mayo de 2014). Petróleo sin gente, una estrategia que es necesario modificar dentro de un estado social de derecho. *Scielo*, 57-62. Recuperado el 06 de septiembre de 2015, de <http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n40/n40a09.pdf>

De la Cerda , C., & Goldenberg, M. (2007). *Trato Justo y Equitativo en Materia de Inversión*. Santiago de Chile.

Dorin, N. G. (sf). *Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional*. Recuperado el 20 de mayo de 2016, de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

Dorín, N. G. (sf). *Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional*. Recuperado el 06 de noviembre de 2016, de Democracia y derechos: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

- Eco Oro Minerals. (8 de DECEMBER de 2016). REQUEST FOR ARBITRATION. Washington. Recuperado el 20 de enero de 2018, de http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS10828_En.pdf
- Florencia Ortúzar. (21 de 04 de 2014). *AIDA*. Recuperado el 21 de 10 de 2017, de <http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>
- Florez, M. (2005). Elementos para determinar la relación Derechon y Medio Ambiente. *Scielo*, 98-113. Recuperado el 04 de septiembre de 2015, de <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n61/n61a07.pdf>
- Foro Nacional Ambiental. (mayo de 2011). *Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia*. Recuperado el 20 de septiembre de 2016, de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08360.pdf>
- Giraldo Angel, J. (2012). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- GOLDENBERG, M., & DE LA CERDA, C. (2007). RELACIÓN CON LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y CONVENIOS SOBRE. Santiago, Chile. Recuperado el 19 de mayo de 2016, de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1
- González de Cossio, F. (2009). Trato Justo y Equitativo en arbitraje de inversión: un ejerciciointerpretativo. *Universidad Iberoamericana*, 277-293. Recuperado el 28 de octubre de 2016, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11723/10720>
- Greenpeace. (2013). *Paramos en Peligro*. Recuperado el 06 de abril de 2016, de <http://www.greenpeace.org/colombia/Global/colombia/images/2013/paramos/12/Informe%20P%C3%A1ramos%20en%20peligro.pdf>
- Hernandez Sampieri, R., Fernandez, C., & Baptista, P. (2006). *Metogología de la Investigación* . México D.F.: McGRAWHILLIINTERAMERICMA.

ICSID. (s.f.). *International Center for Settlement of Investment Disputes*. Recuperado el 20 de junio de 2017, de <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/41>

Jimena Jofre, P. O. (2001). Universidad Javeriana. *Responsabilidad Internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones Internacionales*. Bogotá.

Jimenez , M., Natalia , J., & Astrid , P. (diciembre de 2011). *Red Justicia Ambiental Colombia* . Recuperado el 08 de septiembre de 2015, de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2012/05/interes-publico-de-mineria-vs-interes-publico-de-proteccion-ambiental-un-debate-constitucional-1.pdf>

Juliana Castaño, P. G. (2011). Los Contratos de Estabilidad jurídica en Colombia, ¿Una verdadera herramienta para la protección. (Eafit, Ed.) *Ejil*, 02(01), 68-106. Recuperado el 30 de marzo de 2016, de <http://www.eafit.edu.co/revistas/ejil/Documents/ejil-jan-jun-2011/Los-Contratos-de-Estabilidad-Juridica-en-Colombia.pdf>

La minería. (28 de marzo de 2016). Obtenido de http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/3esohistoria/quincena2/quincena2_contenidos_6a.htm

ley 1363. (9 de diciembre de 2009). *Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia” del 20 de febrero de 2009.*

Ley 1450 . (16 de junio de 2011). *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.*

ley 1453. (23 de junio de 2011).

Ley 1563. (2012). *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.*

Ley 1753. (9 de junio de 2015). *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.*

Ley 267. (9 de enero de 1995). *CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS.*

Ley 685. (15 de agosto de 2001). *Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.*

Ley 963. (8 de julio de 2005). *Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.*

Marcela Jimenez, N. J. (2012). *Interés público de minería vs interés público de protección ambiental: un. Asociación Interamericana para la defensa del medio ambiente*. Recuperado el 04 de abril de 2016, de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2012/05/interes-publico-de-mineria-vs-interes-publico-de-proteccion-ambiental-un-debate-constitucional-1.pdf>

Márquez Escobar, C. (2008). Expropiación mediante regulación, inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración. *Derecho internacional*, 4.

Marquez Escobar, C. P. (1 de abril de 2008). Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración. *Colombia, Derecho Internacional*(11), 13-68.

Márquez, C. P., & Villegas, L. (26 de septiembre de 2009). Regulación e Inversión extranjera: Los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. *Derecho Internacional*, ISSN:1692-8156(15), 155-180.

Min. Comercio Industria y Turismo. (junio de 2004). *Las 100 preguntas del TLC*. Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Ministerio de Comercio Industria y Turismo. (sf). *TLC*. Recuperado el 19 de agosto de 2016, de <http://www.tlc.gov.co/index.php>

Ministerio de Medio Ambiente. (sf). *Páramos, ecosistemas de alta montaña*. Recuperado el 28 de septiembre de 2016, de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/410-plantilla-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistematicos-12#imagenes>

Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación.

- Revista Javeriana*, 53(108). Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14723>
- Moreno, C., & Eduardo, C. (Mayo de 2008). *Conceptos básicos para entender la legislación aplicable a la industria minera en los países Andinos*. Recuperado el 04 de 09 de 2015, de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6332/S0800300_es.pdf?sequence=1
- OEA, S. (s.f.). *Sistema de información sobre comercio exterior*. Recuperado el 20 de mayo de 2016, de http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp
- Ortiz, J., Yañez, S., & Rettberg, A. (2014 de octubre de 2014). *Legislando minas Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 – 2001)*. Obtenido de Documento CEDE: <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2014/MineriaNal2014/Legislaci%C3%B3n%20Minera%20U%20de%20los%20Andes.pdf>
- Paola Becerra, A. G. (18 de junio de 2002). *La Empresa como Libertad y Función Social y Ecológica*. Recuperado el 11 de agosto de 2015, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-49.pdf>
- Pro Colombia*. (s.f.). Recuperado el 3 de mayo de 2016, de Colombia y los acuerdos internacionales de inversión : <http://www.colombiainvierte.com.co/aspectos-legales/colombia-y-los-acuerdos-internacionales-de-inversion>
- Pro Colombia. (2015). *Guía Legal para hacer negocios en Colombia*. Recuperado el 9 de mayo de 2016, de http://www.procolombia.co/sites/default/files/guia_legal_-_inversion_-_procolombia.pdf
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" (17 de noviembre de 1988).
- Quintero Garay, C. (2008). Expropiación indirecta en los contratos de concesión. *UR Estudios sociojuridicos*, 10(2), 303 - 327.
- Ramos, G. C. (2010). *Ecología Política de la Minería en America Latina* . (U. A. Mexico, Ed.) Recuperado el 07 de septiembre de 2015, de [http://simas.org.ni/media/1310506352_Ecolog%C3%ADa%20pol%C3%ADtica%20de%20la%20miner%C3%ADa%20\(COLMEX%202011\).pdf#page=213](http://simas.org.ni/media/1310506352_Ecolog%C3%ADa%20pol%C3%ADtica%20de%20la%20miner%C3%ADa%20(COLMEX%202011).pdf#page=213)

Rebollo Puig , M. (2000). La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*.

Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente. (2014). *Por medio de la cual se delimita el páramo de Santurbán*.

Resolución 769. (2002).

Rojas, C. (2013). *Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en Colombia*. Bogotá: Universiad Externado.

Schreuer , C. (2006). Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral. *REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE* N°:5. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de http://legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d18404ce0430a010151404c

Sentencia C-263 (Corte Constitucional 6 de abril de 2011).

Sentencia C- 035 (Corte Constitucional 08 de febrero de 2016).

Sentencia C-041 (Corte Constitucional 1 de febrero de 2017).

Sentencia C-130 (Corte Constitucional 19 de febrero de 2004).

Sentencia C-153 (Corte Consitucional 25 de febrero de 2003).

Sentencia C-257 (Corte Constitucional 12 de marzo de 2008).

Sentencia C-339 (Corte Constitucional 27 de mayo de 2002).

Sentencia C-352 (Corte Constitucional 20 de mayo de 2009).

Sentencia C-449 (Corte Constitucional 16 de julio de 2015).

Sentencia C-488 (Corte Constitucional 25 de julio de 2009).

Sentencia C-632 (Corte Constitucional 24 de agosto de 2011).

Sentencia C-632 (Corte Constitucional 24 de agosto de 2011).

Sentencia C-983 (Corte Constitucional 01 de diciembre de 2002).

Sentencia T- 411 (Corte Constitucional 17 de junio de 1992).

Sentencia T-028 (Corte Constitucional 31 de enero de 1994).

Sentencia T-046 (Corte Constitucional 29 de enero de 1999).

Sentencia T-092 (Corte Constitucional 19 de febrero de 1993).

Sentencia T-154 (Corte Constitucional 21 de marzo de 2013).

Sentencia T-154 (Corte Constitucional 21 de marzo de 2013).

Sentencia T-204 (Corte Constitucional 1 de abril de 2014).

Sentencia T-361 (Corte Constitucional 30 de mayo de 2017).

Sentencia T-445 (Corte Constitucional 19 de agosto de 2016).

Sentencia T-536 (Corte Constitucional 23 de septiembre de 1992).

Sentencia T-606 (Corte Constitucional 21 de septiembre de 2015).

Sentencia T-622 (Corte Constitucional 10 de noviembre de 2016).

Sentencia T-730 (Corte Constitucional 19 de diciembre de 2016).

Sonarajah, M. (2010). *The International law on foreing investment* (Third ed.). Cambridge: Cambridge University.

Suarez, L. G. (2011). Perspectiva jurídica de los impactos ambientales. *Opinión jurídica*, 10(20), 123-139. Recuperado el 02 de Abril de 2016, de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/738/680>

Técnicas medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, ARB (AF)/00/2 (CIADI 29 de mayo de 2003).

Unctad. (2003). *Solución de controversias entre Estados*. New York - Ginebra. Recuperado el 28 de febrero de 2018, de http://unctad.org/es/Docs/iteiit20031_sp.pdf

UNCTAD. (2005). *Controversias entre inversores y Estados Basados en Tratados Internacionales: Exámen General*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

UNCTAD. (2012). *Fair and Equitable Treatment*. New York.

UNNE. (sf). Recuperado el 23 de agosto de 2016, de http://eco.unne.edu.ar/economia/catedras/micro1/2013/U4_Teoria_complemento.pdf

Valencia Restrepo, H. (2007). La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo. *Facultad de derecho y ciencias políticas*. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaDefinicionDeLosPrincipiosEnElDerechoInternaciona-2367495.desbloqueado.pdf>