

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO: ¿CONFLUENCIA O BIFURCACIÓN DE CAMINOS?

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INVESTIDOR-ESTADO: CONFLUÊNCIA O BIFURCAÇÃO DE CAMINHOS?

*Magdalena Bas Vilizzio**

Resumen: *A los sesenta años de la firma del primer tratado bilateral de inversiones el régimen de solución de controversias inversor-Estado se encuentra en proceso de cambio y fuertes críticas, en particular se destaca la existencia de disputas en las que el inversor cuestiona medidas estatales de protección de derechos humanos (acceso al agua potable, salud pública, medioambiente entre otros). En este contexto, el presente artículo busca responder a la pregunta si existe confluencia o bifurcación de caminos en las controversias inversor-Estado que involucran derechos humanos. La respuesta a dicha pregunta se dará mediante la selección y análisis de los casos Eco Oro contra Colombia y Bear Creek contra Perú, ejemplos claros de fragmentación del Derecho Internacional.*

Resumo: *Sessenta anos após a assinatura do primeiro tratado de investimento bilateral, o regime de resolução de disputas investidor-Estado está em processo de mudança e é fortemente criticado, particularmente pela existência de disputas em que o investidor questiona medidas de proteção dos direitos humanos (acesso à água potável, saúde pública, meio ambiente entre outros). Neste contexto, este artigo procura conhecer se existe uma*

* Universidad de la República, Uruguay.

E-mail: magdalenabas@gmail.com

Relación Estado-empresas transnacionales: Uruguay frente a los cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y el cuestionamiento de las medidas de interés público”, financiada por la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República (Uruguay).

Recibido: 11/07/2019. Aceptado: 05/08/2019.



Este es un artículo de acceso abierto, distribuido según los términos de la licencia de Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0.

confluência ou bifurcação de caminhos nas controvérsias investidor-Estado que envolvem direitos humanos. A resposta a esta questão será dada através da seleção e análise dos casos Eco Oro contra Colômbia e Bear Creek contra Peru, exemplos claros da fragmentação do Direito Internacional.

Palabras clave: Derechos humanos, Inversiones, Controversias, Fragmentación

Palavras-chave: Direitos humanos, Investimentos, Controvérsias, Fragmentação

1. PUNTO DE PARTIDA: LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN ACCIÓN

El 25 de noviembre de 2019 se cumplen los sesenta años del primer tratado bilateral de inversiones (TBI) de la historia, celebrado en esa ocasión entre Alemania y Paquistán. Si bien este dato podría indicar que se trata de un sistema novel o poco desarrollado, en la actualidad más de 3000 instrumentos jurídicos internacionales forman una extensa y prolifera red de acuerdos internacionales –TBI, capítulos en tratados de libre comercio (TLC) o disposiciones en tratados regionales o multilaterales¹. Desde el punto del Derecho Internacional, el régimen de protección de inversiones es un régimen jurídico autocontenido (*self-contained regime*), uno de los tantos en los que se ha fragmentado el Derecho Internacional en los últimos años.

El tema ha sido analizado por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU, estando los resultados de tal análisis plasmados en el “Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”². Como explica el informe:

La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho

1 Conforme a datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD, recuperados el 24 de junio de 2019, el número de tratados bilaterales de inversiones celebrados alcanza a 2931 (80% en vigor) y el de otros acuerdos con disposiciones en materia de inversiones a 387 (81% en vigor).

2 ONU. Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, en: ONU. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 58^a período de sesiones de la Asamblea General, p. 192 – 202. Nueva York, 2016. Disponible en: <<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>>

ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones”³.

En otros términos, la fragmentación tiene como origen la extensión y diversificación del elenco de materias susceptibles de ser reguladas internacionalmente, sumado a la prerrogativa de los Estados de ser parte o no de los tratados internacionales⁴. En este sentido, los regímenes autocontenidos son espacios de regulación especiales que cuentan con reglas, valores, principios e incluso fuentes jurídicas propias⁵, los cuales no necesariamente son compartidos con el Derecho Internacional General u otros regímenes autocontenidos. Adicionalmente, la existencia de regímenes jurídicos autocontenidos genera una extensión de las jurisdicciones especiales para resolver conflictos internos de cada régimen, sin necesariamente tener en consideración que el Estado puede estar al mismo tiempo obligado por normas de otro régimen.

Esta situación abona la tesis del pluralismo jurídico, fundada en tres postulados esenciales, a saber: 1) los inevitables conflictos resultado de la diversidad en las normas básicas y preceptos legales en términos de la teoría kelseniana; 2) los diferentes intereses, prioridades y valores de los actores jurídicos de cada sistema que refuerza la necesidad de conformar estructuras e instituciones especializadas; y, 3) la racionalidad particular de cada régimen producto de los subsistemas sociales a los cuales están vinculados (por ejemplo: protección del capital – protección del ser humano) que deriva en normas y recursos jurídicos en conflicto⁶.

Drnas de Clément afirma que en una concepción extrema el pluralismo “es la antítesis del “derecho” en su concepción puramente jurídica, en tanto se basa en el pluralismo interpretativo, en el no reconocimiento de jerarquías normativas, o incluso, en la negación llana del Derecho internacional”⁷. En definitiva el pluralismo jurídico

3 ONU. Op. cit., párrafo 243.

4 NASSER, S. “Direito Global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo”. *Revista de Direito Internacional*, 2015, vol 12, nº 2, p. 98-126. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707>>

5 LIMA, G. “Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação”. *Revista de Direito Internacional*, vol 11, nº 1, 2014, p. 220. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2069/pdf>>

6 DUPUY, P. y VIÑUALES, J. E. “Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress”. En: BUNGENBERG, M. et al. (Eds.). *International Investment Law*. Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 65-113. PETERSMANN, E. “How to reconcile Health Law and Economic Law with human rights? Administration of justice in tobacco control disputes”. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol 10, nº 2, 2016, p. 27-78. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2763634>>

7 DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional”. En: CARDONA LLORENS, J. (Eds.). *Estudios de Derecho Internacional y de*

tira por tierra una concepción integral del Derecho y de los principios de justicia, especialmente cuando los regímenes autocontenidos no conviven armónicamente sino que sus normas colisionan entre sí. A pesar que la Comisión de Derecho Internacional ha analizado el tema en profundidad, en su informe final plantea criterios y pautas de interpretación que no terminan de resolver cuestiones como la planteada anteriormente, colisión entre regímenes autocontenidos, sino que se enfoca en la relación de los regímenes autocontenidos con el Derecho Internacional General⁸.

Ejemplo de la potencial colisión entre regímenes son las controversias inversor-Estado que involucran temas de derechos humanos, como ser el acceso al agua potable, la salud pública, derecho a la igualdad, derecho a vivir en un medioambiente sano, derechos laborales o derechos de los pueblos indígenas. En vista de lo anterior, este trabajo parte de una pregunta: ¿en las controversias inversor-Estado que involucran derechos humanos existe confluencia o bifurcación de caminos?

Considerando que el conjunto de Estados latinoamericanos y caribeños cuenta con el mayor número de demandas en su contra (27% del mundo), concentrándose en el en el sector económico minería e industrias extractivas (25% de la región)⁹, para dar respuesta a la pregunta que guía este trabajo, se analizarán dos controversias inversor-Estado contra Estados de América Latina y el Caribe, dentro del sector minería e industrias extractivas, e involucren directamente temas de derechos humanos. Por sus características particulares, se seleccionan las siguientes controversias: 1) Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia (caso CIADI número ARB/16/41) vinculada al derecho a vivir en un medioambiente sano y la consecuente protección de los páramos colombianos y 2) Bear Creek Mining Corp. contra Perú (caso CIADI número ARB/14/21) en cuya la opinión disidente se plantea la necesidad de una licencia social conforme al Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

2. CASO ECO ORO CONTRA COLOMBIA

2.1. Colombia: el arbitraje de inversiones y la protección de los páramos

Si bien Colombia es miembro del régimen internacional de protección de inversiones en general y del régimen de solución de

Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tomo I, 2012, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 529.

⁸ ONU. Op. cit.

⁹ Conforme a datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD recuperados el 24 de junio de 2019.

controversias inversor-Estado en particular, en términos de agencia ha tenido notas diferenciales frente al resto de los Estados Sudamericanos. En primer lugar, Colombia tiene un número limitado de TBI en vigor (6) ya que ha optado por la inclusión de capítulos de inversiones en los acuerdos comerciales preferenciales celebrados con Estados o grupos de Estados (14 en vigor)¹⁰. En segundo lugar, no cuenta con experiencia como demandado en procesos arbitrales hasta el año 2016 con las demandas de las empresas Glencore International y C.I. Prodeco (sector minería de carbón); Eco Oro (sector minería de oro y plata); Cosigo y otros (sector minería de oro); América Móvil (sector telecomunicaciones). A la fecha de cierre de este trabajo son once las demandas contra Colombia, todas pendientes de resolución (nueve en el CIADI y dos sin información disponible sobre la institución administradora¹¹).

El caso Eco Oro es de especial interés ya que pone en el tapete el derecho de regular en materia de protección ambiental frente a la protección de la inversión extranjera en una actividad de fuerte impacto ambiental como es la minería de oro y plata. Desde 1994 Eco Oro Minerals Corp.¹², empresa de capitales canadienses, ha desarrollado actividades de exploración y explotación minera en el marco del proyecto “Angostura” en la provincia de Soto Norte (departamento de Santander), contando con 10 contratos de concesión y 3 licencias de explotación¹³.

En 2011 fue sancionada la ley colombiana número 1450, en cuyo artículo 220 se establece que los ecosistemas de los páramos deben ser delimitados mediante actos administrativos con base a estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (actualmente dentro de las competencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹⁴). En las zonas protegidas se establece la exclusión de actividades agropecuarias, de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos, dado que más del 80% del agua para consumo, riego y generación de energía proviene de ellas.

Las disposiciones legales tienen como base fundamental el artículo 79 de la Constitución Colombiana de 1991, norma que establece el derecho de gozar de un medioambiente sano, y la consecuente obligación del Estado de “*proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica*”, en este caso los páramos.

10 Datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD.

11 Datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD.

12 Hasta el 19 de agosto de 2011 denominada Greystar.

13 DIAZ POVEDA, A. Incidencia de la normatividad ambiental y minera colombiana frente a Eco Oro Minerals Corp en el marco del TLC Canadá-Colombia. *Blog de Derecho de los Negocios*, 22 de mayo de 2018. Bogotá: Universidad del Externado. Disponible en: <<https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/incidencia-de-la-ormatividad-ambiental-y-minera-colombiana-frente-a-eco-oro-minerals-corp-en-marco-del-tlc-canada-colombia/>>

14 Conforme al decreto ley 3570 de 2011 y la ley 1753 de 2015.

Asimismo, las normas domésticas se dictan en conjunción con el acervo normativo internacional en la materia, léase: la Declaración de Estocolmo sobre medioambiente humano; el principio 1 de la Declaración de Río (1992); el artículo 12 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; artículo 11 del Pacto Adicional a la Convención Americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

La nueva normatividad doméstica tuvo consecuencias directas sobre las actividades mineras de Eco Oro, puesto que el proyecto “Angostura” se encuentra en las cercanías de la zona que en 2014 se delimita dentro del Páramo de Santurbán conforme a la resolución 2090 del 19 de diciembre de 2014 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Sin embargo, los cuatro años transcurridos entre el mandato legal y la efectiva delimitación de la zona protegida llevó a la empresa a considerar que la entidad gubernamental “omitió delinear el área del Páramo de Santurbán oportunamente y de esa manera le impidió a Eco Oro ejercer sus derechos en el marco de sus concesiones y permisos”¹⁵.

En consecuencia, el 7 de marzo de 2016 presentó al Estado una notificación de someter la disputa al arbitraje internacional una vez cumplido el período de 30 días previsto para la celebración de consultas tendientes a la solución amical, conforme al numeral 1 del artículo 821 del TLC Colombia-Canadá. El tratado no prevé el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica, ni esta es una opción frente al arbitraje internacional conforme al Reglamento de Arbitraje del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, o el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por su sigla en inglés). Por tanto, nueve meses después de enviada la notificación, el 8 de diciembre de 2016 la Secretaria General del CIADI registró la solicitud de arbitraje.

2.2. El procedimiento arbitral

El 8 de diciembre de 2016 Eco Oro solicitó el inicio de un arbitraje inversor-Estado en el CIADI basado en lo previsto en el artículo 821 (literal a del numeral 1) del TLC Colombia-Canadá. El inversor sostiene que Colombia incumplió con el mencionado acuerdo, particularmente con el seguimiento de un estándar mínimo de tratamiento, que incluye el tratado justo y equitativo (artículo 805). Dado que las inversiones de Eco Oro tuvieron una pérdida de valor considera que existió una expropiación indirecta sin debida compensación (artículo 811). Si

15 ECO ORO. *Notificación de la intención para someter una reclamación de a arbitraje conforme al Tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá*. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9442.pdf>>

bien la inversión inicial fue de 250 millones de dólares, el monto total reclamado asciende a 764 millones incluyendo el valor justo de mercado antes que la expropiación se haya llevado a cabo (696 millones) más los intereses (68 millones). No solicitó la restitución de la inversión.

El tribunal arbitral *ad hoc* en el marco del CIADI se constituyó el 11 de setiembre de 2017 y está compuesto por Horacio Grigera Naón, Philippe Sands y Juliet Blanch (presidenta). Tres órdenes de procedimiento se destacan hasta el momento de cierre de este trabajo. En primer lugar, se encuentra la orden de procedimiento número 2¹⁶ que determinó la no separación de la decisión sobre la jurisdicción de la decisión sobre el fondo del asunto. Esta decisión permite optimizar recursos ya que los tiempos de arbitraje suelen ser menores que en el tratamiento por separado. En segundo lugar, es destacable la orden de procedimiento número 5¹⁷ que autoriza la extensión de los partes para presentar escritos de las partes, documentación probatoria y escritos *amicus curiae*¹⁸, y fija como fecha para la realización de las audiencias los días 20 a 31 de enero de 2020.

En tercer lugar, la orden de procedimiento número 6¹⁹ es significativa para este arbitraje en particular así como para los arbitrajes de inversiones que involucran temas de derechos humanos en general. El tribunal rechaza la presentación *amicus curiae* (18 de diciembre de 2018) firmada por las siguientes organizaciones de la sociedad civil: el Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL)²⁰, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), el Observatorio Minero de Canadá, e Instituto de Estudios Políticos, el Proyecto Economía Global y el Centro de Investigación sobre Empresas Multinacionales (SOMO).

Los motivos para el rechazo del escrito se basan en tres factores. Primeramente el tribunal entiende que no hay una relación demostrada entre la disputa y el derecho a vivir en un medioambiente sano²¹. Como

16 CIADI. Caso Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia. Orden de procedimiento número 2, 28 de junio de 2018. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS11430_En.pdf>

17 CIADI. Caso Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia. Orden de procedimiento número 5, 21 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS11810_En.pdf>

18 Conforme a la Regla 37 (2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, el tribunal puede autorizar a una parte no contendiente la presentación de un escrito que se refiera a la controversia, colaboraría con el tribunal por su conocimiento o visión especial diferentes a los de las partes, y siempre que la parte no contendiente tenga un interés significativo en el arbitraje.

19 CIADI. Caso Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia. Orden de procedimiento número 6, 18 de febrero de 2019. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS11930_En.pdf>

20 La organización CIEL tuvo una participación destacada en la presentación de un *amicus curiae* en el marco del caso Pac Rim contra El Salvador. Si bien el tribunal rechaza el escrito, su contenido fue divulgado en todo el sistema-mundo.

21 CIADI. Caso Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia. Orden de procedimiento número

consecuencia del factor anterior, el tribunal tampoco considera que el *amicus curiae* presente conocimiento de temas sociales y ambientales respecto al páramo de Santurbán que sean diferentes a los presentados por las partes²². Finalmente, el tribunal no encuentra que exista un interés significativo en el proceso por parte de las mencionadas organizaciones²³.

Es de especial relevancia que en la base del rechazo del *amicus curiae* de referencia se ubique el argumento de falta de conexión entre el caso y el derecho a vivir en un medioambiente sano, derecho humano protegido constitucionalmente en Colombia y a nivel del Derecho Internacional. Desde una de las organizaciones solicitantes del *amicus curiae*, CIEL, se emitió un comunicado en el que se pronuncia una de sus representantes indicando que “*en el momento en que los Estados de Latinoamérica acogen los principios de democracia ambiental con la adopción del Acuerdo de Escanzú, el CIADI va en dirección contraria*”²⁴. Este acuerdo regula el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe y fue celebrado el 4 de marzo de 2018²⁵.

Asimismo, existen antecedentes jurisprudenciales en los que ya se ha visto un tratamiento incipiente del impacto de la protección de inversiones sobre la protección de los derechos humanos. Se destaca el laudo del caso Urbaser contra Argentina (caso CIADI número ARB/07/26) con el reconocimiento del derecho humano al agua potable y saneamiento, a pesar que el tribunal fuera de la idea que las empresas tienen una obligación negativa y para que exista una obligación positiva esta debe estar prevista a texto expreso, extremo que en el TBI Argentina-España no se establece²⁶. Otro antecedente lo representa la opinión disidente del árbitro Philippe Sands en el caso Bear Creek contra Perú, que será analizado a continuación.

A la fecha de término de este trabajo la disputa entre Eco Oro y Colombia se encuentra pendiente de resolución. Sin perjuicio de lo anterior, es un caso de relevancia dado que presenta un ejemplo claro de la eventual relación antagónica entre los regímenes internacionales que regulan la protección de inversiones extranjeras y la protección

6, párrafo 28.

22 *Ibidem*, párrafo 33.

23 *Ibidem*, párrafo 34.

24 CIEL. *Tribunal de arbitraje del Banco Mundial se niega a escuchar a afectados por minería en Santurbán*, Comunicado del 27 de febrero de 2019. Disponible en: <<https://www.ciel.org/news/world-bank-arbitration-tribunal-refuses-listen-affected-mining-santurban-colombia/>>

25 Un análisis particular del acuerdo puede verse en: HERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, S. El Acuerdo de Escanzú. *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*, Portada, 2019. Disponible en: <<http://revistafal.com/el-acuerdo-de-escazu/>>

26 CIADI. Caso Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra Argentina, laudo, 8 de diciembre de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf>>

del medioambiente. Es de particular interés señalar que, junto al TLC Colombia-Canadá, las partes celebraron el “Acuerdo sobre Medio Ambiente” que en líneas generales contiene normas programáticas y mecanismos de cooperación bilateral. El artículo 2 numeral 4 refiere al eventual antagonismo medioambiente-inversiones o comercio, señalando que “ninguna de las Partes dejará de aplicar ni derogará de algún modo su legislación ambiental de forma tal que debilite o reduzca las protecciones concedidas en dichas leyes de manera tal que promueva el comercio o la inversión entre las Partes”.

Independientemente del carácter programático de la norma anterior, como explica Díaz Poveda, Colombia y Canadá “conciertan que la normatividad ambiental que lleguen a promulgar será en pro del mejoramiento en materia ambiental y que en ningún momento puede verse afectada dicha normatividad en favor del comercio”²⁷. Si bien en la relación Colombia-Canadá el tema se regula en un tratado concreto sobre medioambiente, en los últimos años se ha visto una tendencia generalizada a nivel mundial de incluir normas de protección ambiental en tratados comerciales, en línea con el concepto de desarrollo sostenible²⁸.

En el caso puntual del arbitraje Eco Oro se discute si el Estado incumplió las normas relativas al trato justo y equitativo y la expropiación indirecta sin debida compensación respecto al proyecto “Angostura”. Si las normas ambientales no pueden verse afectadas por las normas comerciales ni de protección de inversiones, las disposiciones en las que la empresa sustenta su demanda ceden frente a la nueva regulación en materia de protección de los páramos colombianos. No obstante, es importante tener en cuenta que la interpretación de la norma en cuestión suele ser laxa y deja un margen de acción amplio para los intérpretes, ya que como señala Sarmiento se trata de una norma política y programática, y que puede que puede categorizarse como *soft law*, con su consecuente debilitamiento normativo²⁹.

En este margen de acción amplio que el tribunal *ad hoc* deberá tener en cuenta si los actos estatales fueron tomados de manera arbitraria, injustificada, discriminatoria o en violación del debido proceso, que en definitiva determinarían un incumplimiento del trato justo y equitativo (artículo 805 del TLC Colombia-Canadá). Este punto ha sido considerado en arbitrajes similares como Glamis Gold contra Estados Unidos (caso bajo las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL³⁰);

27 DIAZ POVEDA, A. Op. cit.

28 SARMIENTO, J. Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el soft law y la prohibición a las barreras al comercio. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 11, 2018, p. 190. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6542>>

29 *Ibidem*.

30 Controversia en el marco del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del

Metalclad contra México (caso CIADI número ARB(AF)/97/1³¹); Santa Elena contra Costa Rica (caso CIADI número ARB/96/1³²), con características que no encuentran presentes en las normas colombianas controvertidas por Eco Oro³³.

Cabe destacar que a la fecha de cierre de este trabajo otras dos solicitudes de arbitraje se han registrado en el CIADI en relación a la delimitación del páramo de Santurbán. La primera de manos de las empresas Red Eagle Exploration Limited (caso CIADI número ARB/18/12) y la última por parte de Galway Gold Inc. (caso CIADI número ARB/18/13), reclamando 40 y 196 millones de dólares respectivamente³⁴. Ambas empresas operan en el sector de la minería y son de capitales canadienses. Asimismo, ambas demandas se registraron el 18 de abril de 2018, invocan el TLC Colombia-Canadá y se encuentran pendientes de resolución. Si bien en el arbitraje inversor-Estado no se aplica el sistema del precedente obligatorio y se trata de tribunales *ad hoc* y no permanentes, la lógica indicaría que las tres controversias tendrían similar resolución al aplicarse las mismas normas jurídicas frente a situaciones desencadenadas por el mismo cambio normativo.

En suma, dadas las características del caso, en particular el Acuerdo en materia de medioambiente entre Canadá y Colombia, es plausible que el laudo cuente con notas relativas a la protección del medioambiente. No obstante, también es esperable que siguiendo jurisprudencia anterior, el tribunal tenga en consideración otros elementos ajenos a la protección del medioambiente. Se destaca la obligatoriedad de cumplimiento del Derecho doméstico por parte del inversor, como en el caso Pac Rim contra El Salvador (caso CIADI número ARB/09/12)³⁵, y particularmente las características especiales de las licencias de exploración y explotación mineras como construcciones jurídicas de Derecho doméstico, como en el caso Cortec contra Kenia (caso CIADI número ARB/15/29)³⁶.

Norte. UNCITRAL. Caso Glamis Cold Inc. contra Estados Unidos, laudo, 8 de junio de 2009. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>>

31 Controversia en el marco del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, CIADI. *Caso Metalclad contra México*, laudo, 30 de agosto de 2000. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>>

32 CIADI. *Caso Santa Elena contra Costa Rica*, laudo, 17 de febrero de 2000. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>>

33 DÍAZ POVEDA, A. Op. cit.

34 Montos según datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD, recuperados el 19 de junio de 2019.

35 CIADI. *Caso Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador*, laudo, 14 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf>

36 CIADI. *Caso Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited contra Kenia*, laudo, 22 de octubre de 2018. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf>>

3. BEAR CREEK CONTRA PERÚ

3.1. Perú: la minería en Santa Ana y la resistencia social

El segundo caso seleccionado también tiene un especial interés en el tratamiento de temas de derechos humanos en arbitrajes de inversiones. En particular refiere a los derechos de los pueblos indígenas afectados por el proyecto de explotación de plata en Santa Ana, región ubicada en Puno (Perú) a 50 kilómetros de la frontera con Bolivia, por parte de la minera canadiense Bear Creek Mining Corporation. En virtud de la ubicación de los yacimientos estos no podrían ser adquiridos ni poseídos por extranjeros, conforme al artículo 71 de la Constitución Peruana (1993). Dicha norma prevé como única excepción “*el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley*”.

Entre mayo y noviembre de 2004, la señora Villavicencio³⁷ presentó seis solicitudes de autorización de explotación minera en Santa Ana y suscribió con el Gobierno los respectivos contratos de opción para el caso que las autorizaciones fueran concedidas. En base a una reestructuración de la división geográfica de la zona, siete concesiones mineras fueron otorgadas a la señora Villavicencio en abril y junio de 2006, y en diciembre del mismo año Bear Creek solicitó la adquisición de las concesiones de Villavicencio e inició el proceso tendiente a la obtención del decreto supremo a los efectos de explotar la zona. La cronología se completa con la aprobación de la Evaluación de Impacto Social y Ambiental del Proyecto de Exploración Minera en setiembre de 2007 y la emisión del decreto supremo 083-2007-EM que declaró el proyecto Santa Ana de utilidad pública y en consecuencia autoriza a Bear Creek a adquirir, poseer y operar los derechos derivados de la concesión.

El proyecto tuvo fuerte oposición social desde 2008, suscitándose situaciones de violencia y protesta de las comunidades indígenas directamente afectadas por la explotación minera, especialmente por su impacto en el agua potable y la tierra. Bear Creek realizó talleres de información con las comunidades indígenas locales en los Distritos de Kelluyo y Huacullani (comunidades de Huacullani, Ingenio, Chalcoloco, Cóndor de Aconcagua, Ancomarca, Arconuma) y alcanzó algunos acuerdos que caducaron. Sin perjuicio de lo anterior, desde 2011 la oposición a la minería aumentó, los manifestantes solicitaron la cancelación del proyecto Santa Ana así como la protección del Cerro Khapia (tierra sagrada para los aymaras), y se suscitaron huelgas y hechos de violencia, desde bloqueos de carreteras incluidas las carreteras

37 En el proceso arbitral las partes controvierten la relación laboral de la mencionada con la empresa inversora.

de acceso a Bolivia, y enfrentamiento con las fuerzas policiales, conociéndose a las acciones de resistencia social con el nombre del “aymarazo”.

En este marco de confrontación, el Gobierno decidió emitir un conjunto de normas relativas a la minería en Perú. En primer lugar el decreto supremo 032-2011-EM (24 de junio de 2011) derogó el anterior decreto supremo 083-2007-EM que establecía la declaratoria de necesidad pública para que una persona física o jurídica extranjera pudiera adquirir o poseer minas en una zona a 50 kilómetros de la frontera. En consecuencia, Bear Creek perdió el requisito fundamental para poder operar en Santa Ana. Dos normas completaron el elenco: 1) el decreto supremo 033-2011-EM, que suspendió las concesiones mineras en el departamento de Punto durante 36 meses y respecto a las ya otorgadas se realizaría una nueva ronda de consultas a las comunidades locales en cumplimiento al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales; y 2) el decreto supremo 034-2011-EM, que establece que no serían autorizadas nuevas concesiones sin consulta previa con las comunidades locales.

En el entendido que el decreto supremo 032-2011-EM constituyó una expropiación indirecta de su inversión en el proyecto minero de Santa Ana (artículo 812 y anexo 812.1 del TLC Canadá-Perú), el 11 de agosto de 2014 Bear Creek solicitó el inicio de un arbitraje ante la Secretaria General del CIADI con base en el artículo 824 del mencionado TLC. Por tanto solicita que el Gobierno Peruano proceda a la restitución plena o el equivalente monetario de los daños y perjuicios por el incumplimiento del TLC (al menos 522,2 millones de dólares)³⁸. A pesar de las excepciones de jurisdicción presentada por Perú (ausencia de derechos de Bear Creek sobre la reclamación y actuación ilegal o de mala fe), el tribunal compuesto por Michael C. Pryles, Philippe Sands y Karl-Heinz Böckstiegel (presidente) consideró que era competente para entender en el caso.

3.2. El procedimiento arbitral: protección de inversiones y consulta a los pueblos indígenas

El arbitraje bajo análisis es de particular interés porque en su marco se estudia la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas afectados por una explotación minera, el nexo causal entre la no obtención de una licencia social para el desarrollo de dicha actividad y la existencia y el grado de responsabilidad de la empresa frente al conflicto social creciente. En este sentido el caso Bear Creek es una demostración directa de la fragmentación del Derecho Internacional y cómo la ausencia de normas expresas en los acuerdos de inversiones

³⁸ A nivel interno, la empresa presenta una acción de amparo a la que finalmente desiste.

o con capítulos de inversiones, como el TLC Canadá-Perú, pueden determinar situaciones de inseguridad y falta de certeza jurídica ante la colisión de dos regímenes autocontenidos: régimen de protección de inversiones y régimen de protección de los derechos humanos, específicamente derechos de los pueblos indígenas.

Dentro del conjunto normativo que regula los derechos de los pueblos indígenas se destacan el Convenio 169 de la OIT (1989), más recientemente la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas (2007) y la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de Estados Americanos (OEA) (2016). En primer lugar, el artículo 6 del Convenio 169 establece la obligación de los Estados de consultar a *“los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”* (literal a), indicándose que las consultas deben realizarse de buena fe (literal c). La norma se complementa por el artículo 15 relativo a la participación de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. En este sentido, si el Estado es propietario de recursos minerales, este debe establecer o mantener consultas con los pueblos interesados

“a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (numeral 2)

El artículo 32 de la Declaración de la ONU da un paso más en la obligación del Estado, puesto que establece la existencia de una obligación de resultado. El Estado debe celebrar consultas y cooperar de buena fe *“a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”* (numeral 2). Similar redacción tiene la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas de la OEA al consagrar el derecho al desarrollo en su artículo XXIX numeral 4.

Las disposiciones de las declaraciones de la ONU y la OEA tienen una redacción clara en el sentido de establecer que el consentimiento libre e informado es requisito previo para aprobar proyectos mineros. En el Convenio de la OIT no existe tal obligación, como explica Ovejas, *“la obtención de un acuerdo o del consentimiento no es un requisito para*

que la consulta sea válida, sino que se exige únicamente que la consulta tenga el objetivo o propósito de alcanzarlo³⁹. En otras palabras, la norma de la OIT no establece un derecho de veto de las comunidades afectadas sino que obliga a los Estados a realizar la consulta, independientemente del resultado. No obstante, debe resaltarse que en los tres instrumentos jurídicos la obligación de consultar, con o sin acuerdo según el caso, se coloca en cabeza del Estado receptor de la inversión la obligación sea esta de medios (consultar) o de resultado (obtener un acuerdo). Asimismo, cabe destacar que el derecho a consulta previa a los pueblos indígenas involucrados difiere del concepto más general de licencia social, que implica la obtención de un acuerdo con las comunidades afectadas por un proyecto productivo, sean comunidades indígenas o no.

Puntualmente en el caso Bear Creek, el tribunal entendió que el elemento relevante para el arbitraje era si el Estado podía probar que legalmente era exigida una mayor divulgación y que su ausencia determinó o contribuyó al conflicto social, de modo de justificar la sanción del decreto supremo 032-2011-EM que derogó la concesión a la empresa (laudo, 30 noviembre de 2017, párrafo 408)⁴⁰. En otras palabras, si existió nexo causal entre la ausencia de una licencia social y dicho decreto supremo. Siguiendo el laudo del 18 de abril de 2013 en el caso Abengoa contra México (caso CIADI número ARB(AF)/09/2)⁴¹, el tribunal entendió que es necesario probar el nexo causal para determinar la falta de responsabilidad del Estado, extremo que en este caso no se cumple (párrafo 411). Por el contrario, el tribunal consideró que Perú conocía y respaldó las actividades de divulgación y contacto de Bear Creek y no puede *a posteriori* afirmar que dichas actividades fueron insuficientes (párrafo 412). En suma la derogación del decreto supremo 083-2007-EM constituyó una expropiación indirecta violatoria del TLC Canadá-Perú.

Es destacable que el escrito *amicus curiae* presentado por la Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno (DHUMA) y el Dr. López⁴² afirma que “no existe legitimidad, ni confianza, ni consentimiento de las partes. El conflicto se inició por la falta de transparencia y desinformación por parte de Bear Creek” (*amicus curiae*, 9 de junio de 2016: 17). Asimismo, el 80% de los miembros de las

39 OVEJAS, A. *Análisis comparativo del Convenio 169. Convergencias entre OIT y Corte IDH. Documento de trabajo. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe*, 2017, p. 11. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_548494.pdf>

40 CIADI. *Caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú*, laudo, 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>>

41 CIADI. *Caso Abengoa S.A. y Cofides S.A. contra México*, laudo, 18 de abril de 2013. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>>

42 DHUMA Y LOPEZ, C. *Caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú, amicus curiae*, 9 de junio de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7515.pdf>>

comunidades de los distritos más afectados habla como lengua madre el aymara, entiende español pero su manejo no es fluido, particularmente en lo que refiere a terminología técnica. El tribunal no tiene en cuenta este dato en su resolución, a pesar de no ser un dato menor en el entendido que una comunicación efectiva comienza por el uso de un código (lenguaje) en común. Tomando en cuenta las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previas a la Declaración de la OEA, puede si la consulta fue adecuada, accesible e informada dado los talleres y acciones de contacto no fueron realizadas en idioma aymara⁴³.

En lo que refiere al monto indemnizatorio, el tribunal consideró que era de aplicación el Derecho Internacional General ya que el TLC no contenía una cláusula que estableciera una regla de indemnización (párrafo 595). Desestimó el mecanismo propuesto por la actora de calcular los daños en base a la rentabilidad prevista conforme al método de flujo de caja descontado dado que se trata de una actividad productiva en etapa inicial. En consecuencia, estableció que la indemnización debía coincidir con los costos hundidos, estos es, 18,2 millones de dólares más intereses correspondientes al monto invertido entre el decreto supremo 083-2007-EM y el decreto supremo 032-2011-EM (párrafos 661 y 716). A esto deben sumarse los costos de arbitraje de Perú y el 75% de los costos devengados por Bear Creek, totalizando 6 millones de dólares más intereses (párrafo 736).

3.3. La opinión parcialmente disidente: la importancia de la licencia social

Cabe destacar la opinión parcialmente disidente del árbitro Sands, especialmente en lo que respecta a la consideración de la licencia social en virtud del Convenio 169 de la OIT. Sands manifestó su acuerdo respecto a que Bear Creek tenía una inversión protegida por el TLC Canadá-Perú y que conforme al decreto supremo 032-2011-EM, esta fue objeto de una expropiación indirecta en violación de los términos del TLC. No obstante, dada la situación de conflicto social creciente, Perú no tenía *“ninguna otra opción más que actuar de alguna forma para proteger el bienestar de sus ciudadanos; sin embargo, el Consejo de Ministros disponía de otras alternativas menos draconianas, incluso la suspensión del Decreto 083-2007 en lugar de la revocación.”* (opinión disidente, párrafo 2).

43 Del análisis de los casos Pueblo Indígena Kichwa de Arayaku contra Ecuador; Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros contra Honduras; Comunidad Garifuna de Truinfo de la Cruz y sus miembros contra Honduras, Ovejas infiere que los requisitos exigidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la consulta son que se haga con carácter previo, de buena fe, con el objetivo de alcanzar un acuerdo, adecuada, accesible e informada. Op. cit, p. 13.

En vista de lo anterior, Sands disiente respecto a la cuantía de los daños, ya que el motivo del colapso del proyecto Santa Ana radicó en que Bear Creek no logró obtener una licencia social de las comunidades directa o indirectamente afectadas (párrafo 6), citando los artículos 13 y 15 del Convenio de la OIT. El Convenio no impone una obligación directa a los inversores sino a los Estados, sin embargo la opinión parcialmente disidente recuerda el laudo en el caso Urbaser contra Argentina (caso CIADI ARB/07/26) cuyo tribunal reconoció que en materia de derechos humanos las obligaciones de los Estados son complementadas por “una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales derechos” (laudo, 8 de diciembre de 2016, párrafo 1199)⁴⁴.

Luego de analizar las comunidades con las que se dieron las acciones de divulgación y contacto, y analizando que estas no abarcan la totalidad de comunidades del pueblo aymara que se manifestaron desde 2008 contra el proyecto Santa Ana, Bear Creek también tuvo responsabilidad en los hechos que llevaron al Gobierno a aprobar el decreto supremo 032-2011-EM. Por tal motivo, concluyó que la indemnización por daños que recae sobre Perú debía reducirse a la mitad (opinión disidente, párrafo 39).

En suma, frente a la fragmentación del Derecho Internacional General, dos regímenes jurídicos autocontenidos colisionan en este caso: el régimen de protección de inversiones y el régimen de protección de los derechos humanos, específicamente los derechos de los pueblos originarios. En el análisis del conflicto social, el foco del laudo de la mayoría está puesto en el nexo causal entre el conflicto social y la obtención, o no, de la licencia social a los efectos de establecer la responsabilidad del Estado. No se realiza una ponderación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de manera adecuada, accesible e informada frente a la responsabilidad del Estado de proteger una inversión. En una visión integral del Derecho Internacional la resolución de una controversia debería dejar de lado parte del conjunto de normas aplicables al caso conforme a las circunstancias, inclusive las de derechos humanos, como manifiesta la opinión parcialmente disidente de Sands⁴⁵.

44 CIADI. *Caso Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra Argentina*, laudo, 8 de diciembre de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf>>

45 En esta línea de pensamiento puede verse el análisis realizado por el Centro Europeo para los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) del rechazo del *amicus curiae* presentado en el marco de los casos Bernhard von Pezold contra Zimbabue (caso CIADI número ARB/10/15) y Caso Border Timbers contra Zimbabue (caso CIADI número ARB/10/25). En el escrito ECCHR y las cuatro comunidades indígenas afectadas afirman que la interdependencia de ambos regímenes y que cualquier laudo que no contemple las normas de derechos humanos estaría legalmente incompleto. ECCHR. *Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous*

REFLEXIONES FINALES

Los dos casos examinados son ejemplos de los riesgos de la fragmentación del Derecho Internacional y como la eventual colisión entre regímenes puede verse ejemplificada en las controversias inversor-Estado en las que el régimen de protección de inversiones entra en conflicto con medidas estatales tomadas en el marco del régimen de protección de derechos humanos. Como pregunta inicial este artículo buscaba conocer si en las controversias inversor-Estado que involucran derechos humanos existe confluencia o bifurcación de caminos. La respuesta se inclina parcialmente hacia la bifurcación de caminos, aunque se constata un incipiente tratamiento del impacto de los derechos humanos en materia de inversiones, especialmente en la conducta de los inversores.

El caso Urbaser contra Argentina dejó abierta una puerta a la interpretación de las normas de protección de inversiones con inclusión de disposiciones de otros regímenes. Asimismo, la aplicación del instituto de la licencia social en la opinión disidente del caso Bear Creek constituye otro paso fundamental para comenzar a trazar la confluencia de caminos. Manifiestan avances respecto a antecedentes como la oposición social a la minería como en el caso Pac Rim contra El Salvador, o el rechazo a una presentación *amicus curiae* de las comunidades indígenas afectadas en los casos Bernhard von Pezold contra Zimbabue (caso CIADI número ARB/10/15) y Border Timbers Limited contra Zimbabue (caso CIADI número ARB/10/25)⁴⁶.

En suma, esta problemática muestra una arista de un tema mayor: empresas transnacionales - derechos humanos. En materia de solución de controversias inversor-Estado, la fragmentación del Derecho Internacional presenta un escenario en el cual se bifurcan los caminos entre el régimen de protección de inversiones y el régimen de protección de los derechos humanos, sin embargo, los laudos citados muestran una incipiente tendencia hacia la confluencia. Una mirada global del Derecho Internacional, desde una concepción integral del Derecho y basada en los ideales de justicia indicaría que ese es el camino a profundizar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIADI. *Caso Abengoa S.A. y Cofides S.A. contra México*, laudo, 18 de abril de 2013. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>>

Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal. Berlín, 2012. Disponible en: <https://www.ecchr.eu/fileadmin/Kommentare_Konferenzberichte>Weiteres/Kommentar_ICSID_tribunal_-_Human_Rights_Inapplicable.pdf>

⁴⁶ Las disputas son tratadas de forma conjunta.

CIADI. *Caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú*, laudo, 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>>

CIADI. *Caso Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited contra Kenia*, laudo, 22 de octubre de 2018. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf>>

CIADI. *Caso Metalclad contra México*, laudo, 30 de agosto de 2000. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>>

CIADI. *Caso Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador*, laudo, 14 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf>

CIADI. *Caso Santa Elena contra Costa Rica*, laudo, 17 de febrero de 2000. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>>

CIADI. *Caso Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra Argentina*, laudo, 8 de diciembre de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf>>

CIEL. *Tribunal de arbitraje del Banco Mundial se niega a escuchar a afectados por minería en Santurbán*, Comunicado del 27 de febrero de 2019. Disponible en: <<https://www.ciel.org/news/world-bank-arbitration-tribunal-refuses-listen-affected-mining-santurban-colombia/>>

DHUMA Y LOPEZ, C. *Caso Bear Creek Mining Corporation contra Perú, amicus curiae*, 9 de junio de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7515.pdf>>

DIAZ POVEDA, A. Incidencia de la normatividad ambiental y minera colombiana frente a Eco Oro Minerals Corp en el marco del TLC Canadá-Colombia. *Blog de Derecho de los Negocios*, 22 de mayo de 2018. Bogotá: Universidad del Externado. Disponible en: <<https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/incidencia-de-la-ormatividad-ambiental-y-minera-colombiana-frente-a-eco-oro-minerals-corp-en-marco-del-tlc-canada-colombia/>>

DRNAS DE CLÈMENT, Z. “Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional”. En: CARDONA LLORENS, J. (Eds.).

Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tomo I, 2012, Valencia: Tirant lo Blanch.

DUPUY, P. y VIÑUALES, J. E. “Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress”. En: BUNGENBERG, M. et al. (Eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 65 – 113.

ECCHR. *Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal*. Berlín, 2012. Disponible en: <https://www.ecchr.eu/fileadmin/Kommentare_Konferenzberichte>Weiteres/Kommentar_ICSID_tribunal_-_Human_Rights_Inapplicable.pdf>

ECO ORO. *Notificación de la intención para someter una reclamación de a arbitraje conforme al Tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá*. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9442.pdf>>

LIMA, G. “Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação”. *Revista de Direito Internacional*, vol 11, nº 1, 2014, p. 220. Brasília: Centro Universitário de Brasília. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2069/pdf>>

NASSER, S. «Direito Global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo”. *Revista de Direito Internacional*, 2015, vol 12, nº 2, p. 98 – 126. Brasília: Centro Universitário de Brasília, Brasília. Disponible en: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707>>

ONU. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 58ª período de sesiones de la Asamblea General*. Nueva York, 2016. Disponible en: <<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>>

OVEJAS, A. *Análisis comparativo del Convenio 169. Convergencias entre OIT y Corte IDH. Documento de trabajo. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe*, 2017, p. 11. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_548494.pdf>

PETERSMANN, E. “How to reconcile Health Law and Economic Law with human rights? Administration of justice in tobacco control disputes”. *Asian Journal of WTO & International Health Law and*

Policy, vol 10, nº 2, 2016, p. 27-78. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2763634>>



PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE SOLUTION OF INVESTOR-STATE DISPUTES: CONFLUENCE OR BIFURCATION OF ROADS?

Abstract: *The purpose of this article is to determine the correspondence of the princSixty years after the signing of the first bilateral investment treaty, investor-State dispute resolution regime is under a process of change and strong criticism, particularly the disputes in which investors question State measures that protect human rights (access to drinking water, public health, and environment among others). In this context, this paper aims to analyse if there is a confluence or bifurcation of roads in investor-State disputes involving human rights. The answer to that question will be given through the selection and analysis of the two cases, Eco Oro versus Colombia and Bear Creek versus Peru, clear examples of fragmentation of International Law.*

Keywords: Human rights, Investments, Disputes, Fragmentation

RESUMEN BIOGRÁFICO

Magdalena Bas Vilizzio es Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Comercio Exterior (Universidad de la República), Profesora Titular de Derecho del Comercio Internacional (Universidad de Montevideo). Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores. Doctoranda en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de La Plata). Miembro del Tribunal Internacional de Arbitraje de la Comisión Administradora del Río de la Plata (2017-2020).