

EL ESTADO COLOMBIANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, VICTIMAS DE LOS  
ACUERDOS DE PROTECCION Y PROMOCION RECIPROCA DE INVERSIONES  
(APPRI)...

ALEJANDRO PRADO HOYOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

ASESOR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA

2016

## Resumen

En el presente trabajo se aborda un tema algo polémico, ya que se declara al Estado como víctima; dicho tema se debió trabajar desde el punto de vista filosófico y doctrinario, pues el estudio legislativo no da cuenta de gran desarrollo al respecto. En dicho ensayo, se han traído a colación varios ejemplos, con la intención de contextualizar la situación; sin embargo, específicamente, se hace referencia a la protección del inversor extranjero desde la óptica de la estructura normativa, impulsada por los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). El objetivo principal es demostrar que, a pesar de haber reglas claras, son insuficientes para cubrir los Derechos Humanos de los ciudadanos, los cuales están en pugna con este tipo de acuerdos. Finalmente, se señala que el Estado sí puede llegar a ser víctima y debería, como forma de compensación, darse la oportunidad de renegociar los acuerdos, declararlos incólumes respecto a reclamaciones sobre los Derechos Humanos de sus conciudadanos y, por último, ser indemnizados por los suscriptores; todo esto sin afectar la inversión extranjera.

**Palabras clave:**

### **Abstract**

The present work deals with a theme both controversial, as is the declaration of a State as a Victim, what I had to work from is the philosophical point of view and doctrine, since the legislative study gives an account that is not developed. I have integrated to my essay several examples, to give context, but especially I am referring to the protection of the foreign investor from the perspective of the normative structure driven by the Bilateral Agreements for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (BITs). The aim is to show that, despite having clear rules, these are insufficient to cover the Human Rights of the citizens, rights that are in conflict with this type of agreements. Finally I would like to point out that the state can be a victim and should, as a form of compensation to give the opportunity to renegotiate these agreements, declaring it intact with respect to claims on the human rights of their fellow citizens or finally, be compensated by subscribers, all this without affecting the foreign investment.

**Keywords:**

## Tabla de contenidos

Introducción.....	5
Antecedentes de la inversión extranjera y su justificación.....	7
Marco legal y jurisprudencial en Colombia.....	10
Solución mediante el arbitraje de los conflictos. Otras alternativas.....	14
Críticas a los Acuerdos de protección de las inversiones.....	21
Conclusiones.....	25
Referencias bibliográficas.....	27

## Introducción

Luego de terminar la Segunda Guerra Mundial, se crearon la mayoría de instituciones que, hoy en día, regulan las relaciones internacionales, este es el caso de la ONU, UNICEF, UNESCO, OIT y el GATT, entre otras. Por otra parte, la finalización de la Guerra Fría, el desmonte del comunismo, el surgimiento de la globalización y el fenecimiento de la doctrina del estado proteccionista, fortalecieron las corporaciones multinacionales y la “toma de fuerza en la esfera internacional, impulsada por países desarrollados de instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), que otorgaba préstamos condicionados a la implementación de buenas políticas” (Prieto-Rios, 2011, pp. 109-143).

Mientras tanto, en Latinoamérica, la mayoría de los países dieron un paso decisivo hacia “una transformación legal como marco para la apertura e internacionalización de sus economías” (Hoekman & Kostechi, 1997, p.10); y, de esta forma, quedaron expuestos a inversionistas que buscaban altas utilidades.

Colombia no fue indiferente a los cambios internacionales, y produjo una Reforma constitucional de avanzada, la cual concluyó con una Carta Magna, de las más modernas del continente; por tal motivo, la legislación cambió y planteó:

Los principios fundamentales de la inversión extranjera, siguiendo estándares internacionales reconocidos para la época y que a continuación se mencionan: i) Igualdad de trato entre la inversión extranjera y la inversión nacional; ii) No se puede generar un trato discriminatorio frente a la inversión extranjera; iii) En cualquier caso en el que se adopten medidas frente a inversiones extranjeras, estas nunca deben ser aplicadas de forma desfavorable al inversionista (Corte Constitucional de Colombia, C-358, 1996).

Son estos nuevos negocios junto a los contratos que obligan y condicionan los estados, que afectan tanto los Derechos humanos como los recursos naturales, el presupuesto nacional y la inversión social, el asunto central de este trabajo. Finalmente, se pretende proponer algunas recomendaciones, resultantes del estudio, para reforzar futuras disertaciones sobre el tema, cada vez más actual.

## **Antecedentes de la inversión extranjera y su justificación**

Desde el punto de vista de los DDHH, la sociedad necesita la inversión de cuantiosos recursos económicos que sean, efectivamente, empleados en bienes y servicios de calidad y duración, con el fin de satisfacer sus necesidades. Por tanto, dichos recursos no tendrán que ser apropiados, de nuevo, con el mismo fin; lo que en últimas va a redundar en el desarrollo del país y, por consiguiente, en una mejor calidad de vida.

El principal objetivo del Estado es realizar inversión social, dirigida a la población más vulnerable, en asuntos tan importantes como escuelas, hospitales, acueductos, carreteras, puentes, viviendas de interés social e infraestructura administrativa; para llevar a cabo esta inversión, cada año, cuenta con el ingreso tributario, las regalías y utilidades de las empresas industriales y comerciales del estado.

Sin embargo, estas fuentes son precarias e insuficientes, por esto los estados se ven obligados a solicitar préstamos significativos a inversionistas extranjeros u obtener inversión extranjera directa e indirecta en los proyectos que tenga pendientes por ejecutar.

Dentro de las diferentes medidas que el Estado puede asumir para obtener los recursos, con los cuales debe hacer la inversión social, están los préstamos suscritos con entidades financieras internacionales, los Tratados de libre Comercio o Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI), conocidos, a nivel mundial, como Bilateral Investment Treaties (BIT).

Según Sornarajah (2010), la inversión extranjera implica la transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro, llamado receptor, para ser usada en este último (p.8). Dicha hipótesis, sugiere que se trata de menores recursos a los pactados, con los que se consiguen grandes ganancias, las cuales se deben repatriar a las oficinas principales del inversionista. Igual ocurre con la transferencia tecnológica, muchas veces obsoleta, instalada con una vida útil corta, la cual al final del proceso se transforma en escombros inservibles; o, cuando se trae alta tecnología, con una inversión aceptable, quien es manejada por ingenieros y personal extranjero, sin transferir ni preparar a los nacionales para su desarrollo e implementación, los cuales ocupan cargos medios u operativos, con muy poca o ninguna preparación.

Los fondos de inversión, entregan grandes recursos a cambio de utilidades; en tanto, los gerentes corporativos son contratados para lograr, precisamente, estas ganancias. ¿Quiénes pagan las consecuencias de estos objetivos? Los empleados, los bienes y servicios ofrecidos, e incluso el estado receptor de estas inversiones.

Es así como se empiezan a visibilizar los problemas, ya que los motivos que tienen las empresas difieren de los intereses de los estados, quienes buscan el bienestar de sus ciudadanos y la protección de sus Derechos Humanos, contrario al interés económico de las grandes corporaciones

Nos encontramos, entonces, con un gran problema que acarrea, a su vez, cuatro factores: la sociedad, la cual necesita de la inversión y es a quien se le afectan los Derechos Humanos; los inversionistas, que van por grandes ganancias; el Estado, que se interesa por la inversión y es el receptor responsable de la inversión; y, los políticos, quienes suscriben los acuerdos de forma irresponsable.

El tema del abuso de la inversión extranjera ha crecido, a medida que pasa el tiempo, llegando a plantear soluciones como la doctrina propuesta por el Argentino Carlos Calvo, que recomienda darle el mismo trato, en todo sentido, tanto al inversionista extranjero como al nacional; ambas partes, deberían tener las mismas obligaciones y derechos, es decir, no se considera adecuado tener mejor trato ni mejores condiciones con el inversor extranjero frente al nacional, y este debe someterse a la jurisdicción y competencia del país destino de la inversión, bajo sus leyes (Sornajarah, 2010, p.36).

De otra parte, Cordell Hull<sup>1</sup>, sugiere el trato bajo fórmulas internacionales, con una indemnización adecuada, efectiva y pronta; lo que da nacimiento a los tratados para la protección de la inversión extranjera (los estados inversores y los entes poderosos, crean las fórmulas y normas internacionales que regularían los BIT<sup>2</sup>). Esta última doctrina, por obvias razones, fue acogida.

---

<sup>1</sup> Abogado y político. Exsecretario de Estado de los Estados Unidos (1933 - 1944), en el periodo en el cual México expropió parte de industria petrolera, por cometer violación sistemática de los Derechos Humanos de sus trabajadores.

<sup>2</sup> Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI), internacionalmente, conocidos como Bilateral Investment Treaties (BIT).

## Marco legal y jurisprudencial en Colombia

En este contexto, surgen los tratados internacionales, con los que se busca que la inversión extranjera quede asegurada; y más que la inversión, la futura rentabilidad de dichas inversiones o las ganancias que se pretendían obtener por el hecho de participar en estos negocios. Colombia, no ha sido ajena a esta oleada de negocios; y, debido a que nuestra constitución obliga a ejercer el respectivo control de constitucionalidad de cada tratado, se generó la siguiente línea jurisprudencial<sup>3</sup>:

- ✓ Sentencia C-358 de 1996, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino Unido (Ley 246 de 1995).
- ✓ Sentencia C-379 de 1996, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la Republica de Cuba (Ley 245 de 1995).
- ✓ Sentencia C-008 de 1997, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República del Perú (Ley 279 de 1996).
- ✓ Sentencia C-494 de 1998, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino de España. (Ley 437 de 1998).
- ✓ Sentencia C-294 de 2002, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República de Chile (Ley 672 de 2001).
- ✓ Sentencia C-961 de 2003, que decidió la constitucionalidad del protocolo adicional del BIT firmado con la Republica del Perú (Ley 801 de 2003).

---

<sup>3</sup> Tomada del estudio de Prieto-Ríos (2011) “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”.

- ✓ Sentencia C-307 de 2007, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con el Reino de España (Ley 1069 de 2006).
- ✓ Sentencia C-150 de 2009, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con Suiza (Ley 1198 de 2008).
- ✓ Sentencia C-750 de 2008, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con los Estados Unidos (Ley 1143 de 2007).
- ✓ Sentencia C-377 de 2010, que decidió la constitucionalidad del BIT firmado con la República del Perú (Ley 1342 de 2009).

Todos los pronunciamientos jurisprudenciales, encuentran su sustento en el artículo 2° de la Constitución de 1991, que consagra la promoción de la prosperidad general; en los artículos 226 y 227, en los cuales se ordena al Estado promover la internacionalización política, económica, social y ecológica, basada en los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Corte Constitucional, C-294, 2002); y, en los artículos 333 y 334 de la Carta, que ordenan la promoción de la iniciativa empresarial y el desarrollo competitivo y armónico de las regiones, dando “una interpretación amplia de las posibilidades regulatorias del Estado, en cuanto a que la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias” (Corte Constitucional, C-369, 2002).

Como se puede percibir, históricamente ha existido la tendencia a proteger los flujos internacionales de inversión en capital; cada acuerdo se apoya en una ley que, a su vez, se somete a control de constitucionalidad. Afortunadamente, nuestra constitución contaba con una herramienta para declarar la expropiación, en caso de interés público o social o suponiendo que se establecieran monopolios rentísticos sin que, previamente, se indemnizaran a los individuos que quedaran privados de su ejercicio, de acuerdo a lo establecido el Artículo 58 de la

Constitución Política; esto no duró para siempre, puesto que fue modificado mediante el Acto Legislativo 1 de 1999, el cual eliminó el párrafo que limitaba la posibilidad de discutir ante lo contencioso de los fundamentos de la expropiación sin indemnización; manifestando la Corte Constitucional que:

Los condicionamientos para que opere la expropiación en Colombia, después del Acto Legislativo, se pueden resumir en los siguientes: i) que la medida sea adoptada por medio de una ley y que esta se fundamente en causas de utilidad pública, interés nacional o interés social; ii) que las medidas adoptadas no sean discriminatorias; iii) que las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; iv) que se genere una indemnización basada en el valor que tuvieran en el mercado las inversiones en la fecha anterior a que se llevara a cabo la expropiación o que esta haya sido de conocimiento público (C-294, 2002).

Es bien sabido que, desde la óptica de las instituciones económicas de carácter internacional, estos Acuerdos de Protección al Inversionista, tienen como fin último establecer un mayor y mejor ordenamiento en las relaciones que se dan entre las empresas extranjeras y los gobiernos receptores del capital. Schneiderman (2008), manifiesta:

Sin embargo, cuando se analiza más detenidamente el sentido de estos acuerdos, se infiere que estos instrumentos, aparentemente neutros, tienen como propósito la consolidación de un régimen internacional para la protección de la inversión extranjera. En éste, los inversores se convierten en ciudadanos privilegiados de un orden jurídico internacional, diseñado para garantizar una protección ilimitada al movimiento de capitales pertenecientes a las grandes corporaciones, desafiando con ello la autonomía de los gobiernos nacionales. En este régimen, las normas de protección a la inversión, deben ser vistas como un conjunto de cláusulas diseñadas para neutralizar a los gobiernos en lo tocante a la instrumentación de políticas públicas sostenibles

Mediante estos acuerdos, los inversionistas han logrado que se les dé un trato justo y equitativo (sin aclarar estos términos); un tratamiento nacional y/o de la nación más favorecida (para acceder a las normas más favorables, entre las nacionales o las que rigen en el país de origen); la compensación por pérdida (con lo que se busca obtener utilidad de todas formas); y, la libre transferencia de la inversión y de las utilidades (para mover los capitales de retorno a los países donde tienen sus sedes (o paraísos fiscales)); además de la subrogación, para ceder derechos y obligaciones sin previo consentimiento del país anfitrión.

También, se obtiene plena indemnización frente a la nacionalización y expropiación por parte del estado receptor y la solución del conflicto mediante arbitraje internacional.

Es oportuno aclarar que la intención de este trabajo no es la oposición a la inversión extranjera ni a la transferencia de tecnología, con el objeto de desarrollar negocios en el país; de hecho, hay consciencia del valor del dinero, por el que es justo pagar un rédito.

El fenómeno criticable, en el presente estudio, es el uso del poder económico de las multinacionales y los países de origen que, a través de cabildeo, consiguen el apoyo del poder legislativo y, en algunos casos, el del gobierno, cuando se firman los tratados de libre comercio y, especialmente, los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI). Si bien es cierto que, tras esto hay un interés o un compromiso, para que se realicen estas inversiones con el objetivo de mejorar los bienes y/o servicios que se prestan en el país receptor, no siempre se concreta el propósito.

## **Solución mediante el arbitraje de los conflictos. Otras alternativas.**

A pesar de que existe el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>4</sup>, también se dio la posibilidad de crear tribunales *Ad hoc*, constitucionales por estar “en concordancia con la obligación de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y el deber de promover la integración con las demás naciones” (Corte Constitucional, C-442, 1996). No solo por éste manto de legalidad, se toman decisiones en justicia y equidad, veamos los artículos:

ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

ARTÍCULO 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

ARTÍCULO 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y

---

<sup>4</sup> El CIADI fue creado a través de un convenio multilateral en 1965, bajo la cobertura del Banco Mundial, e incorporado en Colombia mediante la Ley 297 de 1996.

especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

La explicación, es que los mismos tratados son ambiguos, abiertos e incompletos en su cobertura, y muy amplios, concretos y directos sobre la indemnización para cualquiera que sea la causa de la expropiación (directa o indirecta).

En dichos tratados, se protege la propiedad privada de tal manera que se hace difícil aplicar el siguiente principio: “quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad, sino que sea útil a ella, como diría Darío Echandía, ante la cámara de representantes” (Corte Suprema de Justicia, 1943). Por tanto, hoy en día, con el Acto Legislativo 1 de 1999, el estado debe indemnizar, previamente, al propietario, así aquel viole preceptos de los Derechos Humanos.

Lo anterior, incita a reclamar que estos Tribunales de Arbitramento, deban pronunciarse, previamente, sobre esta materia antes de fijar las cuantías indemnizatorias; o, a acudir a las Naciones Unidas y a su Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con el fin de reconocer si hay perjuicios en el área de los Derechos Humanos y su costo.

A nivel interno, se insiste en la relevancia de alcanzar tanto responsabilidad política como fiscal por parte de quienes suscriben estos acuerdos, a nombre del gobierno. Al ser los

políticos quienes suscriben y anulan los Acuerdos de protección a los inversionistas y resuelven la expropiación, ya sea con o sin indemnización; aumenta, por tanto, su compromiso.

Este asunto, se explicará a continuación de forma más simple: un político o bancada política (que no siempre entiende el tipo de negocio que se va a realizar), representa a un grupo económico y, con el discurso de obtener inversión extranjera y desarrollo para el país, logra la firma de un Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones con otro país, fondo de inversión o industria extranjera. Dicho Acuerdo, se efectúa a través del Gobierno Nacional, muchas veces, incurriendo en el error de no asesorarse sobre estos asuntos y sus implicaciones, a causa del afán de la inversión.

Finalmente, si se suscribe el contrato, la nación se expone a tener que soportar una precaria inversión o una pésima calidad de los bienes o servicios prestados (en este caso, es el prestador del servicio el que debe responder a los consumidores). Por su parte, son los consumidores, quienes se verán afectados por la mala calidad de la prestación y, a su vez, quienes presionarán a los gobiernos y a los medios de comunicación (años después), tras graves pérdidas; además, obligarán al Estado a litigar contra la multinacional para que responda, so pena de que los sancionen (en algunos casos, el gobierno de turno que firmó el contrato ya no se encuentra).

Paso seguido, es probable que la empresa prometa invertir nuevos recursos (así no lo cumpla en la práctica, lo demuestra haber hecho con el aumento de los ingresos de sus dirigentes y principales colaboradores, mejoramiento de instalaciones y atención de sociedad civil emblemática, a quienes se les usa como propaganda blanca). Debido a que, realmente, dicha inversión no aparece para mejorar la prestación del servicio, este no cambia y, por ende,

continúan las quejas. Es allí, donde el Estado se ve obligado a reaparecer, tras nuevas y fuertes presiones.

¿Qué opciones le quedan al Estado? De una parte, suspender el contrato y, paralelamente, suscribir otro con una compañía que preste un mejor servicio; y, por otro lado, asumir la prestación, propiamente, usando y mejorando la infraestructura precaria instalada por el inversor.

Son, precisamente, estas opciones las que buscan los inversionistas para alegar una expropiación directa o indirecta e iniciar el proceso indemnizatorio a través de un Tribunal de Arbitramento. Es pertinente comentar que nunca se pacta el agotamiento del requisito de subsidiariedad<sup>5</sup>, con el que se procuraría un arreglo a nivel interno, tal vez por estar expuesto a reclamaciones sobre Derechos Humanos y medio ambiente.

Mediante el Tribunal de Arbitramento, se debe dirimir la controversia que se plantea entre el Estado y el inversionista, sin embargo, a estas alturas nos hallaríamos frente a un contrato ambiguo, de poco alcance y sin claridad, con el que se termina indemnizando al inversionista, tomando como base la utilidad que se dejó de percibir a causa de la expropiación.

Por consiguiente, se pretende desarrollar una hipótesis, en la cual se infiere que para algunos inversionistas es más rentable no completar el negocio, ni prestar los bienes y servicios pactados, sino buscar la expropiación de la empresa por parte del Estado receptor de la inversión, para acceder de esta forma al trámite ante el Tribunal de Arbitramento.

---

<sup>5</sup> El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto debe ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema. El "principio de subsidiariedad" es uno de los principios sobre los que se sustenta la Unión Europea, según quedó establecido por el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992.

A esta conclusión, se llega tras el estudio de algunas empresas que, reiteradamente, terminan en Tribunal de Arbitramento, luego de pactar con estados la inversión de capital, ejecución de obras, prestación de servicios y transferencias de tecnología, sin que estos pactos se cumplan a satisfacción o se violen los derechos humanos de una población determinada, la cual se ve obligada a reclamar sus derechos ante medios de comunicación o a través de los entes estatales.

Se ha descubierto, lo cual también funciona como hipótesis, que pueden conseguirse grandes recursos a través de contratos de inversión extranjera y su resolución, a pesar de afectar los Derechos Humanos, y salir indemnes en esta operación, sin haber prestado los servicios o hecho las inversiones, con el pretexto de que el estado los expropia sin dejar que se cumplan los términos contractuales.

Es oportuno manifestar que, si se permite que el inversor continúe el contrato, este se desarrolla afectando los Derechos Humanos de la comunidad; un ejemplo de esto, es el daño en el agua, los servicios públicos, el deterioro de la infraestructura o de los recursos naturales, eventos que perjudican directamente la salud, al igual que los derechos al interés superior de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral primero del artículo tercero, establece que: “[...] todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 44/25, 1989).

La Constitución Política en el artículo 44, enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo, contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En términos generales, hace poco se empezó a dar importancia al establecimiento de las responsabilidades de los capitalistas y su vínculo con las mismas, y a considerar que debe haber una mayor reciprocidad entre este tipo de acuerdos y el compromiso social de los inversionistas (Gutiérrez, 2015).

Muchos países, se han dado a la tarea de revisar y modificar estos Acuerdos; por ejemplo, el presidente electo de los Estados Unidos, Donald Trump, lo indicó en su campaña; esto debido a que las multinacionales ven a todos los estados como objetivo de lucro<sup>6</sup>.

Noruega, es un buen modelo a seguir, puesto que cada vez que convoca a los Árbitros, exige que ellos “hagan referencia a la responsabilidad social corporativa, la lucha contra la corrupción y el principio de “transparencia imputabilidad y legitimidad” para todos los participantes en el proceso de inversión extranjera y violación de Derechos Humanos” (Weiler, 2004, p. 429).

Extrañamente, no hay manera de saber cuántas demandas se han presentado contra los gobiernos, quizá sea por el mismo trámite Arbitral y los acuerdos de confidencialidad que se suscriben. Precisamente, este debería de ser otro motivo para la reforma de dichos acuerdos; se

---

<sup>6</sup> Los Estados Unidos, desde 2012 supero el 100% del PIB en deuda externa. 2012 (102.50% del PIB), 2013 (104,64% del PIB), 2014 (106, 15% del PIB) y 2015 (105,15 del PIB); mientras que en Colombia está en 41,3 del PIB y asciende a 111.820 millones de dólares.

convierte en privado un tema que debería de ser de interés público, ya que en estas demandas hay implicaciones legales, políticas y financieras.

Los inversionistas, prefieren presentar sus demandas ante los Tribunales de Arbitramento que ante la jurisdicción nacional del estado anfitrión, sin respetar el principio de subsidiariedad (agotar los mecanismos internos nacionales, para resolver los conflictos), para evitar que se ventilen cuestiones de medio ambiente o de Derechos Humanos.

## Críticas a los Acuerdos de protección de las inversiones

La inversión extranjera es beneficiosa para nuestro país, por atraer nuevas tecnologías y recursos monetarios frescos, con el objeto de desarrollar la infraestructura u ofrecer mejores servicios a la población; sin embargo, se pueden enumerar varias críticas, a este tipo de contrato, las cuales se irán desarrollando a continuación.

La calidad de los bienes y servicios contratados no son los mismos que se ofrecen y se esperan al momento de suscribir el contrato.

No hay una verdadera transmisión de tecnología, cuya definición es múltiple y varía según su contexto<sup>7</sup>:

Una de dichas definiciones es la que la entiende como un procedimiento, por el que alguien que desarrolla tecnología la pone a disposición de un tercero para que la explote. Este tercero, puede ser un socio comercial o un tercero extraño. Por esto, es importante tener presente que la transferencia implica una negociación que delimitará los derechos y deberes entre quienes realizan el negocio<sup>8</sup>

Las empresas, realmente, no se instalan para operar desde el nivel gerencial al productivo; solo montan oficinas de nivel medio y plantas con maquinaria y equipos de segunda generación, en algunos casos de alta peligrosidad. Sin olvidar que, la mayoría de veces, se

---

<sup>7</sup> En Chile, por ejemplo: La ley N° 19.039 reconoce, expresamente, que los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de toda clase de actos jurídicos, los cuales, para que sean oponibles a terceros deberán constar, al menos, con un instrumento privado suscrito ante notario y se anotan al margen del registro respectivo Artículo 14. También admite la cesión de solicitudes de inscripción de derechos de propiedad industrial en trámite; o, si la hay no es la de última generación. Tampoco se trasmite los conocimientos tecnológicos, pues ellos están reservados para los altos cargos en ingeniería y administración de la compañía.

<sup>8</sup> Retomado de <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-article-1600.html>

ocasionan altos grados de contaminación, afectación al medio ambiente y, consecuentemente, violaciones a los Derechos Humanos.

En algunos casos, la inversión se hace a través de empresas nacionales, propiedad de la alta clase dirigente del país, o de grupos industriales y económicos más poderosos; por este motivo, queda en este nivel las ganancias que ingresan al país.

La resolución de estos contratos, perjudican el presupuesto nacional, porque como ya se estudió, los acuerdos de protección se prestan para que, a través de Tribunales de Arbitramento, se proteja no solo la inversión sino la futura rentabilidad del proyecto.

Como algo beneficioso, apropiado para comentar, es el hecho que la experiencia vivida con los anteriores acuerdos, no debe inducir a reformular los futuros acuerdos, esto con la finalidad de que se incluyan cláusulas que obliguen a realizarse las inversiones en los términos esperados, sin violar los Derechos Humanos de los residentes.

De otra parte, se debe obligar al Tribunal de Arbitramento a conceptuar, dentro de sus decisiones, la afectación en los Derechos Humanos, recursos naturales y medio ambiente, antes de decretar compensaciones, para establecer grados de responsabilidad y su valor económico; ya sea por medio de los organismos internacionales, especializados en el tema, o con la inclusión de expertos en la materia en su tribunal.

Las minorías étnicas y culturales<sup>9</sup>, se deben percibir como recursos invaluable, no renovables; no solo porque sus conocimientos se pierden en la medida que desaparecen sus

---

<sup>9</sup> Los grupos étnicos de Colombia, están protegidos en el marco de lo establecido en el artículos 7, 282, 283 y 284 de la Constitución Política, la Ley 24 de 1992 y la Resolución 1602 del 7 de julio de 1995.

integrantes sino porque estas comunidades en sí, brindan más riqueza de la que recibe el estado por su desplazamiento. Además cuentan con protección legal, como se describe a continuación:

### **Derecho a la autonomía de los grupos étnicos**

El derecho a la autonomía es entendido como la facultad de los grupos étnicos de diseñar su proyecto integral de vida, en el que deciden su destino, considerando su pasado cultural y su realidad actual para prever un futuro sostenible de conformidad con sus usos y costumbres.

También, se considera como la facultad que tienen de organizar y dirigir su vida interna de acuerdo con sus propios valores, instituciones y mecanismos dentro del marco del Estado del cual forman parte. La existencia de grupos étnicos diferentes en Colombia (pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras, raizales y pueblo Rom) conlleva a que el derecho fundamental a la autonomía, se caracterice por expresiones igualmente diversas, dados los fundamentos de su identidad cultural, su diversidad cultural específica, su cosmogonía y los usos y costumbres ancestrales.<sup>10</sup>

Es esencial la creación de reglas de comportamiento para los inversionistas, puesto que ellos, estados importadores, también imponen cláusulas de salvaguarda para las exportaciones o etiquetas verdes para la producción, las cuales son obligatorias si no se quiere perder la oportunidad exportadora.

---

<sup>10</sup>Retomado de <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1283/Para-los-ind%C3%ADgenas-y-minor%C3%ADas-%C3%A9tnicas.htm>.

A nivel interno, la legislación debe ampliar las responsabilidades para los políticos e industriales que suscriban Acuerdos de protección a la inversión extranjera, ya que deberían evitar generar perjuicios, mediante su resolución, al fisco nacional, a los Derechos Humanos de los residentes y a los recursos naturales; temas de gran interés para la nación.

## Conclusiones

La inversión extranjera no siempre otorga beneficios al país, ni se cumple el alcance para los cuales están suscritos; al contrario, generalmente, dicha inversión es más perjudicial y onerosa de lo esperado.

Por tal motivo, el Estado se convierte en víctima de los grandes grupos económicos, ya sea por causa directa y perder frente a las expectativas, o frente al pago de importantes indemnizaciones. En caso de proteger a los inversionistas, también hay pérdida frente a los ciudadanos, quienes reclaman por los Derechos Humanos que les han sido violados.

Como están planteados en este momento, los Acuerdos de protección al inversionista, afectan, gravemente, los Derechos Humanos y los recursos naturales del Estado, quien se encuentra sujeto, puesto que su resolución le puede salir más cara que la indemnización.

En el supuesto de que los Árbitros cuenten con poca orientación en Derechos Humanos o que no tengan conocimiento de las reglas generales de interpretación de tratados, a la hora interpretar y desentrañar las obligaciones de las partes en Arbitrio, es indispensable que se ayuden con guías o auxiliares de la justicia, expertos en este tipo de temas.

No se trata de entregar los recursos y el país por bienes, tecnología desueta o asuntos financieros; está demostrado que los demás países, realmente, necesitan nuestros recursos y que sin ellos no podrían sobrevivir, por tanto, pagarían un precio justo o aceptarían nuestras condiciones; en este caso, es inexplicable que nos hagan creer lo contrario.

Hay una tarea clara y elemental para los internacionalistas, consiste en conocer más de cerca el régimen legal y jurisprudencial en materia de Derechos Humanos, recursos naturales y medio ambiente; ahora, nos debemos considerar ciudadanos del mundo, antes que representantes de grupos económicos sin sede específica, sin dolientes a la vista.

En necesario, entonces, mitigar el perjuicio, no solo a la humanidad y a los estados, sino al planeta, el cual cada vez es menos capaz de soportar el saqueo de sus recursos. Este trabajo, debe incluir las responsabilidades tanto de los dirigentes como de nosotros como consumidores y de los organismos internacionales, quienes, en últimas, serán los guardianes de esta nueva forma de depredación.

## Referencias bibliográficas

Asamblea General de Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Resolución 44/25. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Corte Constitucional de Colombia. (14 de agosto de 1996). Sentencia C-358. [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (19 de septiembre de 1996). Sentencia C-442. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia. (23 de abril de 2002). Sentencia C-294. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional de Colombia. (14 de mayo de 2002). Sentencia C-369. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 44. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Echandía, D. (1936). Intervención en la Cámara de Representantes. Citada por Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de marzo 24 de 1943. [MP. Aníbal Cardozo Gaitán].

Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas. (2014). Retomado de <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1283/Para-los-ind%C3%ADgenas-y-minor%C3%ADas-%C3%A9tnicas.htm>.

Gutiérrez, M. (2015). Entre la observancia de los Acuerdos de Protección a la Inversión y el derecho a instrumentar políticas públicas de desarrollo en América Latina. En Álvarez, J. (2016). *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho Internacional de las inversiones?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hoekman, B. & Kostecki, M. (1997). *The Political Economy of the World Trading System*. Oxford University Press.

Prieto-Rios, E. (2011). BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), pp. 109-143

Propiedad industrial y transferencia de tecnología. Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Recuperado de <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/fo-article-1600.pdf>

Schneiderman, E. (2008). *Constitucionalizar la globalización económica*. Estudios en Derecho y Sociedad. Cambridge.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investments*. Cambridge University Press.

Weiler, T. (2004). Balancing Human Rights and Inversor Protection: A New Approach for a Different Legal Order. *Boston College International and Corporate Law Review*, 27, p.429