

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO NACIONAL E IMPLICACIONES PARA EL PLURALISMO Y EL DIÁLOGO

Christina BINDER*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fragmentación del derecho internacional: el distinto tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas en los derechos humanos y en el derecho de las inversiones.* III. *Cómo fomentar el diálogo: medidas existentes para tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversiones.* IV. *Soluciones adicionales para fomentar el diálogo y hacer frente a los conflictos entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

La interacción entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas es cada vez más frecuente. Por un lado, se observa un aumento cuantitativo de las inversiones extranjeras protegidas por una amplia y creciente red de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), que ya en 2013¹ sobrepasaban los 2900, y, por el otro, los territorios de los pueblos indígenas, ricos en recursos naturales, representan un importante atractivo para

* Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional de Derechos Humanos, Universidad *Bundeswehr* de Munich. Este artículo está inspirado en mis estudios sobre “Investment, Development and Indigenous Peoples”, en Schill, Stephan W. *et al.* (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham, E&E Publishing, 2015, pp. 423-451; y “UNDRIP and Interactions with International Investment Law”, en Wellers, Marc y Hohmann, Jessie (eds.), *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. La traducción al español ha sido realizada por el doctor iur. Henry Jiménez Guanipa. La autora quiere agradecer también a Mag. Marija Dobric por el apoyo brindado para la realización de esta investigación.

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, 2014, disponible en: http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf.

los inversionistas extranjeros. Esto conlleva un riesgo considerable una vez que son otorgadas las concesiones para la explotación de los recursos naturales, que en muchos casos invaden los derechos de los pueblos indígenas. Las consecuencias negativas que se derivan de estas circunstancias incluyen impactos perjudiciales en la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, así como la degradación y contaminación ambiental. Estos riesgos se agravan en razón a la importancia de las tierras para la cultura indígena, configurando un conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho internacional de inversiones, señal de fragmentación, con lo cual se muestra la evidente necesidad de una mayor coordinación entre ambos sistemas, así como de promover el diálogo entre estos.²

En este contexto, este capítulo analiza cuáles son las medidas ya existentes para hacer frente a esos desafíos, y cómo esas medidas son insuficientes para lograr soluciones más efectivas a tal efecto frente a las interacciones y conflictos entre el derecho de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas.³ En virtud de que, hasta el momento, tales derechos han sido pocas veces invocados en los procedimientos de inversión,⁴ los temas serán discutidos principalmente desde un punto de vista teórico.

² En cuanto a aspectos generales sobre el debate de inversiones y derechos humanos, véase por ejemplo Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, núm. 5, 2009, p. 653; Simma, Bruno y Kill, Theodore, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology”, en Binder, Christina *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 678; Kriebaum, Ursula, “Foreign Investments and Human Rights: The Actors and Their Different Roles”, en Calamita, N. Jansen *et al.* (ed.), *Current Issues in Investment Treaty Law: Volume IV The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2013, p. 45; Dupuy, Pierre-Marie, “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 45; Kriebaum, Ursula, “Privatizing Human Rights. The Interface Between Investment Protection and Human Rights”, en Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, p. 165; De Brabandere, Eric, *Human Rights Considerations in International Investment Arbitration*, Grotius Centre Working Paper 2013/001-IEL, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230305.

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 61/295, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNU DPI)*, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007.

⁴ Véase la sección IV de este capítulo para más detalles.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL DISTINTO TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

1. *Marco general*

Los pueblos indígenas tienen algunas características especiales que los hacen particularmente vulnerables a los actos de inversores extranjeros en sus tierras. Al mismo tiempo, una creciente red de instrumentos internacionales protege sus derechos. Algunos tribunales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) les confieren una mayor protección. Por el contrario, hay relativamente pocos tribunales de inversión que consideren o tomen en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversión. En virtud de esto, hay bastante potencial de conflictos entre la creciente protección de los derechos de los pueblos indígenas bajo el sistema de derechos humanos y la poca consideración de sus derechos en el sistema de inversiones extranjeras. Así, debemos plantearnos qué hacer frente a una fragmentación en el derecho internacional, lo que da lugar a la necesidad de fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos —especialmente en lo relativo a los pueblos indígenas— y el derecho de las inversiones.

2. *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de los derechos humanos*

A. *Características de los pueblos indígenas*

Los pueblos indígenas gozan de algunas características que los hacen particularmente vulnerables a las perturbaciones en sus tierras por parte de los inversores extranjeros. Un aspecto que define a los pueblos indígenas tiene que ver con la conservación —al menos parcial— de sus formas tradicionales de vida; entre ellas, por ejemplo, sus instituciones para la toma de decisiones, o la relación especial con sus tierras,⁵ con las cuales los pueblos indígenas

⁵ Véase el artículo 1 del Convenio núm. 169 de la OIT que establece la conservación de “todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” como característica definitoria de los pueblos indígenas; Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 27 de junio de 1989.

establecen una relación emocional y espiritual de vital importancia para su cultura.⁶ En vista de esta importancia, los pueblos indígenas son particularmente vulnerables a las intromisiones en sus tierras (las actividades de tala, la explotación de minerales, etcétera) por los inversores. El problema se agrava por el hecho de que los territorios indígenas se encuentran a menudo en zonas ricas en recursos de especial interés para la explotación. Por otra parte, sus diferencias con la mayoría de la población son significativas, en especial debido a sus formas tradicionales de vida, lo que provoca que los pueblos indígenas sean particularmente vulnerables a la influencia y a la presión de actores externos.⁷ Los derechos indígenas que se encuentran en mayor riesgo en un contexto relacionado con la inversión son por lo tanto los derechos sobre sus tierras y recursos, así como su derecho a la identidad cultural y al patrimonio cultural.⁸ Como vamos a demostrar en la próxima parte, estos derechos han recibido un creciente reconocimiento y protección por parte de instrumentos internacionales recientes.⁹

B. Instrumentos globales para la protección y de los pueblos indígenas

Durante largo tiempo, los pueblos indígenas fueron descuidados en el ámbito internacional. No obstante, en las últimas décadas ha tenido lugar un creciente reconocimiento de sus derechos, como lo demuestra la adopción de instrumentos especializados,¹⁰ tales como el Convenio núm. 169 de la OIT

⁶ Williams, Robert A., “Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples’ Survival in the World”, *Duke Law Journal*, vol. 39, núm. 4, 1990, p. 681.

⁷ Véase Alfredsson, Gudmundur, “Indigenous Peoples and Autonomy”, en Suksi, Markku (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 1998, p. 125.

⁸ Véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference, Sofía, 26-30 de agosto de 2012, p. 3, disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>.

⁹ Véase en este sentido también Lenzerini, Federico, “Foreign Investment in the Energy Sector and Indigenous Peoples’ Rights”, en De Brabandere, Eric y Gazzini, Tarcisio (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*, Leiden, Martinus Nijhoff Editores, 2014, pp. 192 y 194.

¹⁰ El aumento de la protección de los pueblos indígenas en el derecho internacional va de la mano con un creciente reconocimiento de los derechos indígenas a nivel nacional, especialmente en los países de América Latina; véase por ejemplo las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, y Venezuela; para mayor referencia véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference, La Haya, 15-20 de agosto de 2010, p. 23, disponible en: <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

de 1989,¹¹ junto a su predecesor de 1957, el Convenio núm. 107,¹² que se dedican especialmente a los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio núm. 169 de la OIT les concede derechos fundamentales, entre otros el reconocimiento como pueblos culturalmente distintos.¹³ Lo más relevante del Convenio núm. 169 tiene que ver con el valor que se otorga a la relación específica de los pueblos indígenas con sus tierras,¹⁴ reconociéndose en consecuencia el derecho de los pueblos indígenas a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan.¹⁵ El Convenio de la OIT núm. 169 también establece sus derechos sobre los recursos ubicados en la superficie de sus tierras.¹⁶ En cuanto a los recursos del subsuelo, se proporciona un derecho de consulta en el artículo 15.2.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI) contiene numerosas disposiciones en favor de los pueblos indígenas que pueden volverse importantes si las actividades de los inversores extranjeros continúan teniendo incidencia en sus territorios. En primer lugar, la Declaración reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas,¹⁷ que incluye el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural.¹⁸ Del mismo modo los derechos sobre su territorio tienen un reconocimiento de gran profundidad y alcance. Muy particularmente, la DNUDPI destaca la relación específica de los pueblos indígenas con sus territorios,¹⁹ y su derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.²⁰

En consecuencia, los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y territorios deben asegurarse en la medida necesaria para preservar la relación espiritual de las personas (o comunidades) con sus tierras ancestrales.²¹

¹¹ En enero de 2017, el Convenio núm. 169 de la OIT había sido ratificado por veintidós Estados; véase el estado de las ratificaciones en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO.

¹² Convenio núm. 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, 26 de junio de 1957.

¹³ Véase por ejemplo los artículos 1 y 5 del Convenio núm. 169 de la OIT.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 13.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 14

¹⁶ *Ibidem*, artículo 15.

¹⁷ Véase artículos 5, 8, 9, 11 y 12 de la DNUDPI.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 31.1.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 25.

²⁰ *Ibidem*, artículo 26. Véase para mayor información International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference..., *cit.*, pp. 22 y 23.

²¹ International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 30, núm. 8.

Es importante destacar, además, que la DNUDPI obliga a los Estados a cooperar y consultar de buena fe a los pueblos indígenas con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas o proyectos que les afecten directamente,²² o a sus tierras o territorios, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.²³ Aunque la DNUDPI no aclara de manera explícita si esto significa un derecho general a vetar proyectos²⁴ que afecten a las tierras de los pueblos indígenas,²⁵ incluido en lo relacionado a la reubicación de los pueblos indígenas²⁶ y al almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas,²⁷ el artículo 3 de la DNUDPI les reconoce, sin embargo, el derecho a la libre determinación.²⁸ Ciertamente, una Declaración de la Asamblea General como la DNUDPI no es jurídicamente vinculante. No obstante y a pesar de esa consideración, las disposiciones de la DNUDPI sobre el derecho a sus tierras y su necesaria participación en las decisiones que les afectan son fundamentales y generalmente consideradas como normas del derecho internacional consuetudinario.²⁹

Desde la perspectiva del derecho de las inversiones, los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones de importante consideración para las interacciones con los derechos de los pueblos indígenas. Al hacerlo, aumentan las posibilidades de conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros. En este aspecto son particularmente relevantes tanto la codificación de los derechos de los pueblos indígenas al territorio como la necesaria

²² Véase artículo 19 de la DNUDPI.

²³ *Ibidem*, artículo 32.

²⁴ Véase al respecto Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-129 de 2011, p. 75, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>.

²⁵ *Cfr.* texto de los artículos 19 y 32.2 de la DNUDPI; véase también International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 4.

²⁶ Artículo 10 de la DNUDPI: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado”.

²⁷ Artículo 29.2 de la DNUDPI: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

²⁸ *Cfr.* International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 30: “...los Estados deberán cumplir la obligación —consistente con la costumbre y cuando sea aplicable, con el derecho internacional convencional—, para reconocer, respetar, proteger, cumplir y promover el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación...” (traducción no oficial).

²⁹ *Ibidem*, pp. 23 y ss., y 30.

intervención de estos en las decisiones que les afectan, como se hizo referencia. Esto también se refleja en la jurisprudencia de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos, como se muestra a continuación.

C. Derechos de los pueblos indígenas e inversiones extranjeras en la jurisprudencia de las instituciones para la protección de los derechos humanos

Los instrumentos internacionales de derechos humanos en general proporcionan protección, mientras que las instituciones de derechos humanos interpretan sus disposiciones con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos (CDH) interpretó el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que se refiere al derecho a la integridad cultural, de una manera que conduce a la protección de las tierras de los pueblos indígenas contra la interferencia externa.³⁰ Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han confirmado un alto nivel de protección en este sentido. Ambos Comités mantienen, por ejemplo, los requisitos de elevar la consulta a los pueblos indígenas en los casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, los Estados están obligados a llevar a cabo esas consultas con el objetivo de obtener su consentimiento previo.³¹ Asimismo, las instituciones regionales de vigilancia de derechos humanos han protegido las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.³²

³⁰ Véase por ejemplo Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman et al v. Finland*, CCPR/C/52/D/511/1992, 8 de noviembre de 1994; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apiraina Mahuika et al v. New Zealand*, CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, (el PIDCP no incluye un derecho de propiedad).

³¹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 21 de diciembre de 2009, E/C.12/GC/21, párrs. 37, 55; Comité para la eliminación de la discriminación racial, *Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16; véase Lenzerini, Federico, *op. cit.*, para obtener más referencias y discusión.

³² Con respecto a la jurisprudencia del TEDH y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, véase Koivurova, Timo, "Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 18, núm. 1, 2011, pp. 1-37; véase también la decisión de la Comisión

Especialmente la Corte IDH confirma la mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en la amplitud de sus decisiones, razón por la cual el debate planteado sobre este tema se fundamenta en gran medida en la jurisprudencia de ese tribunal. En la histórica decisión del caso *Awas Tingni v. Nicaragua* en 2001, la Corte responsabiliza a Nicaragua por la violación del derecho a la propiedad (artículo 21 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)) en perjuicio de la comunidad Awas Tingni al otorgar a una empresa de Corea del Sur la concesión para la explotación de recursos forestales en su territorio tradicional,³³ sin el consentimiento de dicha comunidad y haciendo caso omiso a sus constantes demandas para que demarcaran su territorio. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente confirmada en los casos *Yákye Axa v. Paraguay* (2005) y *Sawhoyamaya v. Paraguay* (2006), donde la Corte IDH ordenó a Paraguay restituir a los grupos indígenas sus tierras ancestrales en manos de inversores privados.³⁴ En el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* (2007), la Corte IDH encontró a Surinam responsable de la violación del artículo 21 de la CADH por el otorgamiento de concesiones mineras a empresas extranjeras en los territorios tradicionalmente ocupados por el pueblo Saramaka sin el establecimiento de las garantías necesarias para evitar que las concesionarias causaran daños, tanto a las personas como a sus territorios.³⁵ En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* (2012), en el que el pueblo indígena de Sarayaku no fue consultado antes de la realización de actividades asociadas a un proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio por parte de inversores extranjeros, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado “por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Ogomi v. Nigeria*, Comunicación N° 155/96, 27 de mayo de 2002.

³³ Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas y Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos, *El Caso Awas Tingni: Quince Meses Después. Los Retos del Proceso de Implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, p. 3, disponible en: <http://docplayer.es/4630341-El-caso-awas-tingni-quince-meses-despues.html>.

³⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C Núm. 125, párrs. 148, 217 y 218; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C Núm. 146, párrs. 135-141 y 210-214.

³⁵ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C Núm. 172, párrs. 174, 175 y 214. Véase también Corte IDH, *Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C Núm. 309, que remite en muchas ocasiones a *Saramaka* (por ejemplo, párr. 201) y otros casos anteriores (párrs. 131 y ss., y 155).

a la identidad cultural”.³⁶ La Corte IDH reitera sus conclusiones en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam* (2015), donde encontró violaciones del derecho a la propiedad colectiva, a la identidad cultural y a la participación.³⁷

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado, por ejemplo, en el caso *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, en el que constató que ese país no había actuado de conformidad con sus obligaciones derivadas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADH), al conceder una prospección minera de oro en tierras del pueblo indígena Western Shoshone, que provocó la contaminación del agua y afectó al uso de las tierras por parte de las hermanas Dann,³⁸ miembros de la comunidad. Por ello la CIDH recomendó al Estado que otorgase a Mary y Carrie Dann las medidas necesarias para garantizar el derecho de estas a la propiedad, de acuerdo con los artículos II, XVIII y XXIII de la DADH.

D. *Evaluación: posible fragmentación dada la mayor protección de los derechos de pueblos indígenas frente a inversores extranjeros*

Así, la creciente jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos confirma la continua evolución de los derechos de los pueblos indígenas mediante el establecimiento de estándares normativos. Este desarrollo aumenta la probabilidad de mayores conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los inversores, lo cual se evidencia en las decisiones de las instituciones competentes en materia de derechos humanos, que cada vez reciben más casos de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas por parte de inversores.

Las constelaciones que rigen este tipo de conflictos son normalmente similares e implican una relación triangular entre los Estados, los pueblos indígenas y los inversores extranjeros. En general, el origen de la controversia

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 junio 2012, Serie C Núm. 245, punto resolutivo 2; véase también *ibidem*, párrs. 177 y 220. El caso se refiere a una disputa que también fue tratada por un tribunal de inversiones: *Burlington v. Ecuador*; véase *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decisión sobre Competencias de 2 de junio de 2010; y *Burlington Resources Inc v. The Republic of Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad de 14 de diciembre de 2012. Véase la sección IV de este trabajo para más detalles.

³⁷ Véase también Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C Núm. 309.

³⁸ CIDH, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Caso 11.140, Informe Núm. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párr. 172.

se produce mediante una concesión otorgada por un Estado para el desarrollo de una actividad o un proyecto de explotación de recursos naturales o mineros, en contradicción con derechos preexistentes de los pueblos indígenas.³⁹ Cuando el Estado posteriormente quiere corregir tal situación mediante la imposición de una reglamentación específica para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas sin compensar al inversionista puede surgir un escenario de disputas de inversión y el inversionista extranjero puede recurrir al arbitraje de inversiones en vista de la interferencia del Estado de acogida con su inversión. Las posibles reclamaciones en juego a este respecto son la expropiación indirecta —cuando las medidas gubernamentales para proteger las tierras indígenas reducen el valor económico de un proyecto de inversión en una medida en que se hace equivalente a una expropiación— y los incumplimientos del estándar de trato justo y equitativo (TJE), de no discriminación, protección o seguridad plena.⁴⁰

Por ello, no estamos realmente ante una cuestión de obligaciones incompatibles.⁴¹ La expropiación a los inversionistas extranjeros para dar cumplimiento a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas no es en sí misma ilegal. De lo que se trata es de que se debe pagar una indemnización. Sin embargo, las altas cantidades que deben ser compensadas podrían suponer un problema para los Estados de acogida. En consecuencia, surge el interrogante relacionado con conflictos y otros tipos de interacciones entre el derecho de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas, respecto a la posibilidad —y a la medida en que— los Estados pueden utilizar los derechos de los pueblos indígenas como un “escudo” contra las reclamaciones presentadas por los inversores extranjeros.

En este contexto, parece de particular interés conocer qué casos han sido presentados ante los tribunales de inversión; es decir, si efectivamente los derechos de los pueblos indígenas han jugado un papel importante en la jurisprudencia de los tribunales de inversión.

³⁹ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 657. El riesgo de conflictos es alto, ya que los territorios indígenas se encuentran en parte sin definir por falta de demarcación de sus tierras ancestrales.

⁴⁰ Véase para los casos de inversión la sección IV.

⁴¹ Como ha señalado acertadamente Kriebaum en Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 656: “Las obligaciones que corresponden al Estado en virtud de tratados de derechos humanos no deberían dar lugar a un conflicto en un sentido estricto con las normas de protección de inversiones. Los tratados de derechos humanos no imponen una obligación a los Estados de expropiar sin indemnización, ni de tratar a los inversionistas de manera injusta o discriminatoria” (traducción no oficial).

3. *Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de los tribunales de inversión*

Hasta el momento, son pocos los casos o disputas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y proyectos de inversiones en sus tierras que han llegado a la etapa de fondo ante los tribunales internacionales de inversión.⁴² Muy pocos han sido declarados admisibles siquiera. Esto puede explicarse por el hecho de que algunos conflictos se resuelven o en el nivel nacional o a través de acuerdos extrajudiciales. En otros casos, las reclamaciones no llegan a convertirse en litigios ante tribunales de inversión, debido a la complicidad de las autoridades nacionales que encubren las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, interfiriendo o absteniéndose de actuar para no perjudicar los derechos de los inversionistas extranjeros. La jurisprudencia de los tribunales de inversión, como veremos seguidamente, ilustra el potencial de conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de los inversores extranjeros.

Los casos de inversión que alcanzaron la fase de sentencia trataron temas de gran importancia para los pueblos indígenas. Aun así, sus derechos, en general, desempeñaron un papel muy limitado en el ámbito de los tribunales. El primero y quizás el más conocido es el de *Glamis Gold v. Estados Unidos* (2009).⁴³

Glamis Gold es una empresa que adquirió derechos de concesión minera sobre tierras públicas federales en el Valle Imperial de California, planteó la extracción masiva de oro a cielo abierto, mediante lixiviación con cianuro, un procedimiento minero que ha sido prohibido por un número creciente de países y por el estado de Montana. En abril del 2003, en parte como respuesta al Proyecto Imperial, el estado de California tomó medidas para limitar el impacto de la minería a cielo abierto. La Asamblea Legislativa del estado de California aprobó la ley SB 22, la cual exige específicamente el relleno de minas a cielo abierto que se encuentren en o cerca de sitios sagrados o en áreas de especial interés. Como respuesta a las medidas adoptadas por el estado de California, Glamis invocó las reglas de inversión del Capítulo

⁴² Véase Lenzerini, Federico, *op. cit.*; existen otros casos donde los gobiernos apelan a los argumentos de los derechos de los pueblos indígenas. Esos incluyen *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2013-15, disponible en: <https://www.pccases.com/web/view/54>; y *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI Núm. ARB/14/21, Respondent's Counter-Memorial on the Merits and Memorial on Jurisdiction of 6 octubre de 2015, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4466.pdf>.

⁴³ *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Laudo de 8 de junio de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>.

11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁴⁴ con el argumento, por una parte, de que se destruiría el valor económico de su inversión, asemejándose a una expropiación. Por la otra parte, señaló que el estándar del trato justo y equitativo (TJE) fue violado, siendo en consecuencia objeto de discriminación, pues su proyecto fue sometido a regulaciones más onerosas que las de otros operadores. El Gobierno de los Estados Unidos se basó en las leyes federales y estatales que conceden protección a los sitios sagrados tribales y a otros recursos tribales. La tribu indígena Quechan participó en calidad de *amicus curiae*.⁴⁵ En el fallo, el Tribunal no encontró que los Estados Unidos hubieran violado sus obligaciones. Las medidas de relleno requeridas no eran del impacto económico suficiente como para ser asimiladas a una expropiación.⁴⁶ Del mismo modo, la disposición de TJE no fue violada, ya que las medidas eran de aplicación general.⁴⁷ La decisión fue, por lo tanto, favorable a los derechos de la nación indígena. Sin embargo, es importante destacar que la argumentación sobre los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel central en el razonamiento del tribunal; como mucho un papel menor o secundario.

En el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, Chevron recurrió al arbitraje de inversiones ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya contra la sentencia de los tribunales ecuatorianos, que ordenaron que debía pagar 8.600 millones de USD a las comunidades indígenas como consecuencia de los daños por el vertido de desechos tóxicos en el Amazonas.⁴⁸ Chevron argumentó, entre otras cosas, el in-

⁴⁴ Amigos de la Tierra-EE.UU. y Oxfam América, *Glamis Gold: Estudio de Caso de Inversión en la Destrucción*, pp. 2 y 3, disponible en: http://www.oxfamamerica.org/static/oa3/files/OA-Glamis_Gold_Espanol.pdf.

⁴⁵ Quechan Indian Nation, *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, Non-Party Supplemental Submission, 2006, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/75016.pdf>; véase la sección V.4. para más detalles.

⁴⁶ Quechan Indian Nation, *op. cit.*, párr. 536.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 598-830. Esto, como sostuvieron Kriebaum y Schreuer, en aplicación de un particularmente elevado umbral de la norma; véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, “From Individual to Community Interest in International Investment Law”, en Fastenrath, Ulrich *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1079 y 1086.

⁴⁸ *Maria Aguinda and others v. Chevron Texaco Corporation*, Procceding Núm. 002-2003, Suprema Corte de Justicia, Nueva Loja, Ecuador. La disputa fue llamada “Lago Agrio Litigation”, porque el tribunal de primera instancia se encontraba en la ciudad de Lago Agrio. En enero de 2012, la decisión fue confirmada por el tribunal de apelaciones. Véase CNN, “Ecuador court upholds \$8.6 billion ruling against Chevron”, *CNN*, 4 de enero de 2012, disponible en: <http://edition.cnn.com/2012/01/04/world/americas/ecuador-chevron-lawsuit/index.html>; con un acuerdo de cumplimiento de la sentencia en Argentina, Brasil, Canadá y EE.UU.;

cumplimiento de las obligaciones de Ecuador bajo el TBI entre ese país y los Estados Unidos, incluyendo la violación de los estándares sobre TJE, protección y seguridad plena, así como del tratamiento no arbitrario y no discriminatorio.⁴⁹ Por ello, la empresa Chevron pidió al Tribunal en cuestión que declarase que ningún juicio en el ámbito nacional era firme y que por lo tanto estos no eran ejecutables. En 2012, el Tribunal emitió un fallo provisional que ordenó a la República del Ecuador —y a todos sus poderes, incluyendo el Poder Judicial— impedir la ejecución y el reconocimiento de la sentencia por 8.600 millones de USD emitida en Lago Agrio, tanto dentro como fuera del Ecuador.⁵⁰ El fallo amplía una resolución anterior que exigía al Ecuador tomar todas las medidas a su alcance para suspender o hacer que se suspenda la ejecución o reconocimiento de cualquier sentencia, tanto dentro como fuera del Ecuador. Mientras se han producido estos fallos con el fin de detener la ejecución de la sentencia,⁵¹ en agosto de 2018 el Tribunal resolvió definitivamente que no se debía proceder a la ejecución de la sentencia de Lago Agrio.⁵²

*Gallo v. Canadá*⁵³ es un caso relacionado con la inversión para el desarrollo de una mina a cielo abierto y la construcción anexa de un vertedero de basura en el estado canadiense de Ontario. El gobierno de Ontario había promulgado leyes que impedían al inversionista adquirir las tierras en las cuales

véase Reddall, Braden, “Tribunal Presses Ecuador to Halt Chevron Case Enforcement”, *Reuters*, 8 de febrero de 2013, disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/02/09/chevron-ecuador-idUSL1N0B8FBB20130209>.

⁴⁹ Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador, Claimants’ Memorial on the Merits, párr. 456 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 547.

⁵¹ *Cfr.* las cuatro decisiones y las medidas adoptadas en la sentencia, publicadas el 7 de febrero de 2013 (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador), disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1274.pdf>. El Tribunal de Distrito de La Haya, en los Países Bajos, recientemente determinó que un tribunal arbitral establecido bajo la autoridad del Tratado Bilateral de Inversiones EE.UU - Ecuador era competente en el caso y afirmó la legitimidad de varios laudos provisionales en favor de la compañía petrolera Chevron; Tribunal de Distrito de La Haya, C/09/477457 / HA ZA 14-1291, Sentencia del 20 de enero de 2016. No hace referencia a los derechos de pueblos indígenas.

⁵² Véase la página web de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), disponible en: <http://www.pccases.com/web/view/49>. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Second Partial Award on Track II, 30 de agosto de 2018, párr. 10.13.

⁵³ *Cfr. Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo, 15 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0351_0.pdf.

podía construir el vertedero de basura.⁵⁴ Sobre esta base, el inversionista (Gallo) presentó una demanda bajo el TLCAN por la expropiación ilegal y la violación del estándar del TJE. En su defensa, Canadá invocó los derechos de los pueblos aborígenes locales, especialmente los derechos a la tierra, que habrían sido violados de haberse permitido la compra del terreno por parte del inversionista.⁵⁵ El tribunal del TLCAN desestimó la demanda del inversor por falta de jurisdicción y por consiguiente no entró a discutir el fondo de la demanda.⁵⁶

En todos estos casos, las actividades de los inversores extranjeros han interferido o tenían el potencial de interferir en los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, los inversores fueron posibles autores de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.⁵⁷ Las inversiones y las actividades económicas entraban en conflicto con los derechos no económicos y culturales de los pueblos indígenas, destacándose particularmente entre los derechos que más entran en conflicto los derechos a la identidad cultural, al territorio y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan.⁵⁸

En el caso *Grand River Enterprises Seis Naciones, Ltd. v. Estados Unidos*, por el contrario, los inversionistas extranjeros eran indígenas y con el argumento de su estatus de Primera Nación exigieron un trato preferencial en un arbi-

⁵⁴ Cfr. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Investor's Memorial, 1 de marzo de 2010, párr. 8, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.

⁵⁵ Cfr. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Government of Canada Counter Memorial, 29 de junio de 2010, párr. 137, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.

⁵⁶ *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo..., *cit.*, párr. 341.

⁵⁷ Véase asimismo la orden de procedimiento en los casos del CIADI *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI Núm. ARB/10/15, Laudo de 28 de julio de 2015; *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI Núm. ARB/10/25, Orden Procesal núm. 2 de 26 de junio de 2012. Para mayor referencia y un punto de vista crítico sobre la negativa del tribunal de inversiones a admitir la petición *amicus curiae*, véase Schliemann, Christian, "Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration. A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 3, 2013, p. 365.

⁵⁸ Véase los artículos 5, 8, 9, 11, 12, 19, 25, 26, 31 y 32 de la DNUDPI.

traje del TLCAN.⁵⁹ Dicho de otra manera, alegaron privilegios económicos especiales asociados a su indigenismo. *Grand River* es, pues, uno de los asuntos excepcionales en que los inversores se han referido a su condición de pueblos indígenas para sustentar sus demandas y para delinear el alcance de los derechos de los mismos inversionistas.⁶⁰ En esta controversia los demandantes controlaban una empresa canadiense dedicada al negocio de exportación de tabaco a los Estados Unidos. Sostuvieron que la inversión había sido perjudicada por una reglamentación estadounidense que requería contribuciones de empresas tabacaleras a los gastos de salud para los pacientes afectados por el tabaquismo. Sus argumentos, entre otras cosas, se referían a la cuestión de que las medidas equivalieron a una expropiación y violaron a la vez el estándar mínimo del derecho consuetudinario internacional sobre TJE. Afirmaron que las medidas estadounidenses eran incompatibles con su “expectativa legítima... a no ser sometidos a la acción reguladora”,⁶¹ debido a su estatus como una de las primeras naciones de América del Norte.⁶² El tribunal no se pronunció sobre la solicitud de inmunidad de la regulación estatal, sino que sostuvo que no podía haber una expectativa razonable de no estar sujeto a la regulación estatal al participar en el negocio de distribución de tabaco a gran escala.⁶³ Asimismo, consideró que la medida no constituía una expropiación, puesto que el negocio de los demandantes siguió siendo rentable.⁶⁴ Al final, el tribunal arbitral desestimó la demanda. No obstante, la sentencia sigue siendo interesante por su amplia referencia a los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁵

⁵⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo de 12 de enero de 2011, disponible en: <http://www.state.gov/s/1/c11935.htm>; para más detalles, véase Binder, Christina, “Investment Law and Indigenous Peoples: The Grand River Case”, *Rivista dell'Arbitrato*, vol. 2, 2013, p. 487.

⁶⁰ También de manera más general, los inversores raramente argumentan una violación de sus derechos humanos como inversores; *cf.*: Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1089 para más información.

⁶¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 128 (traducción no oficial).

⁶² De hecho, los demandantes utilizaron ampliamente la DNUDPI como fundamento de sus argumentos. Véase *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, Claimant's Memorial, 10 de julio de 2008, párrs. 150, 151, 158 n. 198, 171, 174 y 189.

⁶³ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 141 y ss (traducción no oficial).

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 152 y 153.

⁶⁵ Véase el énfasis que el tribunal en el caso *Grand River* ha puesto en su decisión en el derecho de consulta a los pueblos indígenas, en los siguientes términos: “Puede ser... que exista un principio de derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas en las políticas gubernamentales o acciones que

4. *Valoración crítica: la fragmentación del derecho internacional*

Los casos de inversión discutidos anteriormente están relacionados con asuntos de enorme importancia para los pueblos indígenas, a pesar de que la invocación de sus derechos no jugó un papel determinante para su resultado. No obstante, los casos ponen de manifiesto la necesidad de hacer frente a las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos vinculados a las inversiones. Por lo tanto, el creciente reconocimiento de los derechos de estos en el ámbito de los derechos humanos aumenta el potencial de interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones, lo cual es muy probable que continúe en el tiempo. Asimismo, hay claros signos de fragmentación entre los regímenes de derechos humanos/derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones extranjeras.

Grosso modo, es posible distinguir dos tipos de situaciones. Por un lado la utilización de los derechos de los pueblos indígenas como “escudo” (véase, por ejemplo, los casos *Glamis Gold*, *Burlington*, *Chevron*) y por el otro, como “espada” (*Grand River*). En el primer caso, los Estados de acogida, al tomar medidas para proteger a los pueblos indígenas, interfieren con los derechos de los inversionistas, con lo cual la invocación a los derechos de los indígenas puede servir de defensa contra las presuntas violaciones de los acuerdos de inversión. La invocación de los derechos de los indígenas como una “espada”, por el contrario, se refiere a las reclamaciones que realizan los inversionistas indígenas, que apegados a su condición étnica exigen un trato preferencial, como quedó evidenciado en el caso de *Grand River*. De manera general, la primera situación (“escudo”) es mucho más habitual que la segunda (“espada”).

les afecten significativamente. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria. Por otra parte, un estudio reciente realizado por un comité de expertos en derecho internacional, reunidos bajo el auspicio de la Asociación de Derecho Internacional, luego de un exhaustivo estudio de prácticas internacionales y de instituciones del Estado, determinó que existe una amplia gama de normas consuetudinarias de derecho internacional relacionadas con los pueblos indígenas, incluyendo «el derecho a ser consultados con respecto a cualquier proyecto que pueda afectarlos»;⁷ *ibidem*, párr. 210, (traducción no oficial). Más aún, el tribunal en el caso *Grand River* criticó, entre otras cosas, la sensibilidad que falta en los EE.UU. para establecer una relación con los demandantes (intereses de las naciones indígenas) (párr. 186). El Tribunal también se refirió de manera más general a la creciente protección de los derechos de los pueblos indígenas (párr. 186). Asimismo sostuvo que las consultas deberían haber ocurrido con las Primeras Naciones cuyos miembros podrían y estaban siendo afectados por la MSA (Master Settlement Agreement) y las medidas conexas (párr. 212).

Tanto cuando se ha utilizado el derecho indígena como un “escudo” como cuando se ha utilizado como una “espada”, se ha mostrado el potencial de conflictos entre el derecho de los indígenas y el derecho de los inversionistas. Hay signos de una fragmentación entre los subsistemas de derecho internacional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Por ello, es esencial examinar los medios necesarios para alcanzar una mejor coordinación entre los sistemas y en ese sentido responder a varias preguntas. ¿Cómo deberían ser abordadas las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones? ¿Cuáles serían las técnicas de coordinación? ¿Cómo impulsar el diálogo y reducir el riesgo de fragmentación entre los derechos de pueblos indígenas y los derechos de inversores extranjeros?

III. CÓMO FOMENTAR EL DIÁLOGO: MEDIDAS EXISTENTES PARA TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS DE INVERSIONES

1. *Marco general*

Como se verá, existe una variedad de posibilidades para tomar en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones, que incluyen la jurisdicción y el derecho aplicable, la interpretación de los tratados y la participación de *amicus curiae*. Asimismo, hay que destacar el papel que juega en la promoción de la causa indígena la mejora de los requisitos de transparencia y la formación de los árbitros en los procesos de inversión.

Con respecto a la jurisdicción y al derecho aplicable, así como la interpretación de los tratados, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional puede tener un gran impacto en el desarrollo de las normas sustantivas, especialmente en la medida en que se incorporen al derecho internacional consuetudinario. Procesalmente, los derechos humanos exigen un máximo respeto por los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁶ En concreto, vale la pena mencionar el derecho de los pueblos indígenas a ser oídos en los procesos de inversión, por ejemplo, en calidad de *amicus curiae* y, más en abstracto, a expresar su opinión a favor de un aumento de los requisitos de transparencia. Este tipo de medidas, que están destinadas a fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones, pueden reducir el riesgo de fragmentación antes mencionado.

⁶⁶ Cfr. artículos 3, 19 y 32 de la DNUDPI.

Aun así, y a pesar de la amplia gama de posibilidades a disposición de los tribunales de inversión para hacer frente a las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones, los tribunales hasta ahora no parecen haber hecho uso de éstas, al menos en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁷ Una de las principales razones de ello radica en el hecho de que las partes pocas veces han presentado como argumentación los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos en los procesos de inversión.⁶⁸ Por esa razón, las diferentes técnicas y su potencial para fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de inversiones tendrán que ser discutidas principalmente de modo general o abstracto.

2. *Jurisdicción y derecho aplicable*

Una primera posibilidad de incentivar el diálogo es que las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas puedan contribuir a conformar el derecho aplicable.⁶⁹ Más particularmente, ese reconocimiento aumenta las posibilidades para los tribunales de inversión de hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas, como “derecho aplicable entre las partes”, con relación a las disposiciones que constituyen una codificación del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, el tribunal de inversión podría referirse a los derechos territoriales de los pueblos indígenas que son parte del derecho consuetudinario como derecho aplicable entre las partes. Esto, sin embargo, debe ser sometido a una advertencia importante: la posibilidad de que un tribunal de inversión pueda invocar los derechos de los pueblos indígenas depende, en gran medida, de la cláusula de jurisdicción en el tratado de inversión de que se trate. La jurisdicción de un tribunal se limita a lo que las partes hayan acordado. Por lo tanto, cuanto más amplia sea una cláusula jurisdiccional, más probabilidades tiene un tribunal de considerar presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁰

⁶⁷ Para mayores referencias sobre el debate en cuanto al derecho de las inversiones y los derechos humanos, véase la nota 2.

⁶⁸ Véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1096: “...los árbitros son propensos a reaccionar a las presentaciones de las partes, quienes van a invocar intereses de la comunidad [*community interests*; incluidos los derechos humanos], solo si sirve a sus intereses particulares. Sería atípico para un tribunal investigar y promover los intereses de la comunidad por iniciativa propia” (traducción no oficial). Véase también la sección IV. 3 de este capítulo.

⁶⁹ Véase la sección II de este capítulo.

⁷⁰ Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 661.

Como ejemplo de una cláusula amplia de jurisdicción vale la pena mencionar el artículo IX del TBI Noruega-Lituania, el cual comprende “cualquier disputa que surja entre el inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante en relación con una inversión...”.⁷¹ En el caso de estas amplias cláusulas jurisdiccionales, estaría en principio dentro del ámbito de la jurisdicción del tribunal de inversiones examinar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que pudieran surgir en relación con una inversión.⁷² La mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional tendría lugar potencialmente, sin duda alguna, con estas cláusulas jurisdiccionales amplias.⁷³

Las cláusulas típicas sobre la “elección de derecho aplicable” (*choice of law clauses*) en los tratados de inversión se refieren al derecho del país de acogida y a las normas de derecho internacional que sean aplicables.⁷⁴ Por lo tanto, los tribunales podrían, siempre que la cláusula jurisdiccional sea suficientemente amplia, recurrir a los instrumentos pertinentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el marco del Derecho Internacional (por ejemplo, el Convenio núm. 169 de la OIT) o al Derecho Internacional consuetudinario aplicable. En una línea similar,

⁷¹ Artículo IX del Tratado Bilateral de Inversiones entre Noruega y Lituania (traducción no oficial).

⁷² Por el contrario, las cláusulas jurisdiccionales que restringen la competencia a violaciones del tratado de inversión, dejan muy poco margen para hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas; véase por ejemplo, el artículo 9.1 del TBI Países Bajos-El Salvador como ejemplo de una cláusula jurisdiccional restrictiva: “Las disputas que surjan dentro del ámbito de este Acuerdo entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante concerniente a una inversión de ese inversionista en el territorio de la primera Parte Contratante, serán, si es posible, resueltas a través de consultas”.

⁷³ Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la posibilidad de tomar en consideración los estándares internacionales concernientes a los derechos indígenas, en términos de la legislación aplicable, tiene que ver con la posibilidad de que los tribunales competentes en materia de inversiones dispongan de un marco jurídico suficientemente amplio como para determinar las posibles violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a que se refiera la controversia. Véase sobre la discusión sobre la jurisdicción y el derecho aplicable, Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 660 y ss.

⁷⁴ *Cf.* artículo 10.7 del Tratado Bilateral de Inversiones entre los Países Bajos y Argentina; véase artículo 42.1 del Convenio del CIADI, que establece que “[... a] falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. *Cf.* Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 661 para mayor información.

los tribunales también podrían aplicar los derechos de los pueblos indígenas como parte del derecho del Estado de acogida.⁷⁵

En el caso, por ejemplo, de que los derechos de los pueblos indígenas a la tierra compitan con las reclamaciones de los inversores extranjeros, los tribunales podrían basarse en técnicas pertinentes para la resolución de conflictos de normas, invocando especialmente los principios de la *lex posterior* o la *lex specialis*.⁷⁶ Un tribunal podría incluso considerar la jerarquía de las normas en caso de obligaciones de *ius cogens*. Los derechos de los pueblos indígenas que podrían ser clasificados como *ius cogens* incluyen el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas o su derecho a no ser objeto de genocidio cultural en caso de violaciones consistentes de sus territorios y su patrimonio cultural.⁷⁷ Hasta ahora, sin embargo, estos criterios no parece que hayan sido aplicados por los tribunales de inversión, de lo que se deduce que la posibilidad de promover el diálogo continúa sin realizarse.

También las cláusulas en tratados de inversión que requieren la conformidad con el derecho aplicable del Estado de acogida (“*in accordance with host state law clauses*”) pueden ser un medio para dar efecto a los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que estos derechos sean parte de la legislación de dicho Estado. En este sentido, son de especial importancia las normas constitucionales de apertura, en las cuales se hace referencia por ejemplo, “al derecho internacional de los derechos humanos” y por lo tanto también a los estándares internacionales concernientes a los derechos de los pueblos indígenas en la medida que sean vinculantes (es decir, o en tratados internacionales entre las partes o como derecho consuetudinario).⁷⁸ Varios tratados de inversión incluyen en la definición de la inversión la mención a “de acuerdo con el derecho aplicable del Estado de acogida”.⁷⁹ De esa

⁷⁵ Esto parece particularmente importante en virtud del creciente reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, en especial en los países latinoamericanos. Véase por ejemplo las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Para mayores referencias véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference..., *cit.*, p. 23.

⁷⁶ Véase Gazzini, Tarcisio y Radi, Yannick, “Foreign Investment with a Human Face, with Special Reference to Indigenous Peoples’ Rights”, en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and Its Others*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 87, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030871.

⁷⁷ *Cf.* Vadi, Valentina Sara, “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 43, núm. 3, 2011, p. 857 y ss.

⁷⁸ *Cf.* artículo 57 y ss., de la Constitución del Ecuador de 2008.

⁷⁹ *Cf.* artículo 1.1 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y Filipinas (traducción no oficial); véase también artículo 1.4 del Tratado Bilateral de Inversiones entre

manera, las inversiones que se hacen en violación del derecho del Estado de acogida no gozan de protección en virtud de un TBI y, por lo tanto, los inversores pueden perder su protección en casos de graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que al mismo tiempo constituyan una violación del derecho interno del Estado de acogida. Incluso, también sin cláusulas explícitas, los tribunales de inversión han examinado si las inversiones se realizaron de conformidad con la legislación del Estado de acogida antes de otorgarse la protección.⁸⁰ Esa legislación se convierte en un medio de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

El tema se hace mucho más complejo cuando un Estado quiere adecuar su marco legal para reconocer los derechos de los pueblos indígenas después de que se haya hecho una inversión.⁸¹ “*In accordance with host state law clauses*” normalmente hace referencia al derecho del Estado anfitrión al tiempo de realizar la inversión. Así, no se refiere a los cambios legislativos promulgados por un Estado posteriormente, con el fin de adaptar su legislación a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas.⁸² Tales

España y México. Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 664, para mayores detalles.

⁸⁰ El tribunal del CIADI en *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* observó que: “A diferencia de una serie de tratados bilaterales de inversión, el TCE (Tratado sobre la Carta de la Energía) no contiene una disposición que requiera la conformidad de la inversión con una ley en particular. Esto no significa, sin embargo, que las protecciones previstas por el TCE cubran todo tipo de inversiones, incluidas las contrarias a la legislación nacional e internacional”; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, Caso CIADI Núm. ARB/03/24, Laudo de 27 agosto de 2008, párr. 138 (traducción no oficial). Como ha afirmado en general el tribunal del CIADI, en *Phoenix Action v. Czech Republic* en un *obiter dictum*: “Para tomar un ejemplo extremo, nadie sugeriría que la protección del CIADI debe concederse a las inversiones realizadas en violación de las reglas más fundamentales de la protección de los derechos humanos, como las inversiones en virtud de la tortura o el genocidio o en apoyo de la esclavitud y el tráfico de órganos humanos”; *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso CIADI Núm. ARB/06/5, Laudo de 15 abril de 2009, párr. 78 (traducción no oficial). Véase en general Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 665.

⁸¹ Una excepción en contrario es el TBI entre China y Malta, que requiere que las inversiones estén continuamente en conformidad con la ley del Estado anfitrión. El artículo 2.2 del TBI entre China y Malta (2009) afirma: “Las inversiones de cualquiera de las partes contratantes se harán y deben, por toda su duración, estar continuamente en línea con las respectivas legislaciones nacionales” (traducción no oficial). Tal formulación permitiría una consideración más amplia de los derechos de los pueblos indígenas, abarcando incluso las modificaciones jurídicas posteriores. Véase en general Kriebaum, Ursula, *The States Duty to Protect Human Rights. Investment and Human Rights*, p. 8, disponible en: http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Kriebaum/Publikationen/states_duty_protect_human_rights.pdf.

⁸² Cuando los contratos entre el inversionista y el Estado de acogida incluyen cláusulas de estabilización, las reformas legislativas posteriores parecen aún más difíciles. En rela-

cambios legislativos posteriores pueden, en consecuencia, entrar en conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros.

De este modo habría, en el ámbito jurisdiccional y del derecho aplicable, posibilidades para reducir la fragmentación y aumentar el diálogo entre el derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas. Esto con la advertencia de que la posible referencia a los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida del texto y de las disposiciones del respectivo tratado de inversión, y obviamente de la argumentación de las partes.

3. Interpretación de los tratados

También para la interpretación de los tratados, un mayor reconocimiento de los derechos indígenas en el ámbito de los derechos humanos es sin duda de relevancia para los tribunales de inversión y una importante medida para fomentar el diálogo entre los sistemas. Especialmente importante lo constituye el llamado “principio de integración sistémica” del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).⁸³ Se establece que en la interpretación de un tratado, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta, “...toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. De este modo el artículo 31.3.c) de la CVDT puede, en principio, constituir una herramienta importante para interpretar un tratado de inversión de conformidad con los derechos humanos o de los indígenas.

En la medida en que un conjunto normativo en materia de derechos de los pueblos indígenas sea vinculante para las partes, un tribunal de inversión podría referirse a los derechos de los pueblos indígenas invocando el artículo 31.3.c) de la CVDT. De ahí que cuando los inversores indígenas reclaman

ción con las cláusulas de estabilización y los derechos humanos, véase Shemberg Andrea, *Stabilization Clauses and Human Rights*, 11 de marzo de 2008, disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>.

⁸³ En cuanto a la pertinencia del principio de integración sistémica, véase por ejemplo Simma, Bruno y Kill, Theodore, *op. cit.*; véase también el artículo 31.3.c) de la CVDT y el informe del Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párr. 423; Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 260; McLachlan, Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(1)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005, p. 279.

un trato preferencial por ser indígenas, un tribunal podría interpretar las disposiciones relevantes de los tratados de inversión de una manera que sea favorable a las reclamaciones de los inversores indígenas. De hecho, el tribunal *Grand River* se refirió en términos muy amplios a los derechos de los pueblos indígenas en su interpretación de las obligaciones estatales derivadas del tratado de inversión.⁸⁴ Sin embargo y lamentablemente, el tribunal no mencionó el principio de integración sistémica, tal como se recoge en el mencionado artículo de la CVDT.

En segundo lugar, el mayor reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito de los derechos humanos puede promover la referencia a los derechos de los pueblos indígenas cuando un Estado de acogida utiliza estos últimos como un “escudo”. De este modo, un tribunal de inversión podría invocar las normas correspondientes en materia de derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que sean vinculantes entre las partes; adoptar, en consecuencia, una interpretación de las normas de los tratados de inversión acorde con los derechos de los pueblos indígenas; y tomar así una posición favorable en defensa del Estado de acogida. Esto sobre todo en el caso de contar con cláusulas amplias en los tratados, como, por ejemplo, cuando se determina el significado de los estándares del TJE, de las cláusulas de protección y seguridad plena o de las acciones relacionadas con una expropiación directa o indirecta. Hasta el momento, eso no parece haber ocurrido.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. sección 4. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., cit., párr. 182(3). Véase Viñuales, Jorge E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 154.

⁸⁵ De hecho, Bolivia, en su Counter-Memorial, se refirió a la necesidad de una interpretación sistemática del respectivo TBI entre Inglaterra y Bolivia, mencionando también el artículo 31.3.c) CVDT y las normas pertinentes de los derechos de los pueblos indígenas, y citando también decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2013-15, Repondent's Counter-Memorial, 31 de marzo de 2015, p. 58 y ss. (párr. 193 y ss., disponible en: <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/1291>). *Queda por ver si el tribunal va a hacer referencia a la interpretación sistémica*. El caso sigue pendiente. Véase para más información generalmente Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, cit., p. 668 en lo relativo a los derechos humanos. De hecho, el texto del tratado es el comienzo y usualmente, punto final de cualquier interpretación: “*in claris cessat interpretatio*” (“la interpretación se detiene frente a la claridad”). Es la tarea de un tribunal internacional interpretar, no reemplazar una disposición de un tratado. En palabras del tribunal arbitral en el caso de *Laguna del Desierto*, la interpretación es “una función judicial, cuyo propósito es determinar el significado exacto de una disposición, pero que no se puede cambiar”. Véase *Dispute concerning the Course of the Frontier between BP 62 and Monte Fitz Roy «Laguna del Desierto» (Argentina v. Chile)*, Laudo de 21 de octubre de 1994, párr. 75 (traducción no oficial).

De un modo más general y tomando en consideración la escasa práctica, los tribunales de inversión parecen renuentes a incorporar normas externas, en particular las referidas a los derechos humanos e indígenas. Aparte del caso *Grand River*, no se han hecho menciones a los derechos de los pueblos indígenas por parte de otros tribunales de inversión. Las razones de esta limitada mención son múltiples. Por una parte, el objeto especializado y el propósito de la mayoría de los TBI se centra en la protección de la inversión. Este hecho impide, de alguna manera, una debida y necesaria referencia a los derechos humanos e indígenas mediante la interpretación.⁸⁶ Otro elemento que juega un papel importante y que limita las referencias a los tratados de derechos humanos y a otros instrumentos que consagran los derechos de los pueblos indígenas, lo constituye el hecho de que la formación académica de muchos árbitros de inversión reside fundamentalmente en el derecho privado. Por último, si las presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas no son planteadas en las demandas, escritos y argumentaciones de las partes en la controversia, lo más probable es que el tribunal ni siquiera pueda conocerlas.⁸⁷ En general, resulta claro que hasta ahora el impacto de normas concernientes a los derechos indígenas es muy limitado. Aunque existen, en teoría, medidas para favorecer el diálogo y reducir la fragmentación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos, en la práctica y a la luz de los resultados esto no parece haberse alcanzado, al menos todavía. Hasta ahora se constata demasiado poco diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de inversión extranjera.

4. *Participación de los pueblos indígenas como amicus curiae en los procesos de inversión*

La limitada referencia a los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión plantea como desafío cómo y de qué manera se puede informar a un tribunal de inversiones sobre los asuntos que preocupan y afectan a aquellos. La participación de los pueblos indígenas a través de *amicus curiae*

⁸⁶ Cfr. artículo 31.1 de la CVDT, en referencia al objeto y los efectos de la interpretación de un tratado.

⁸⁷ Hay que tener en cuenta también que el razonamiento proporcional puede ser utilizado como una técnica de resolución de conflictos y armonización entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas. Véase por ejemplo Schill, Stephan W., “Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis. The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights”, *ICSID Review*, vol. 27, núm. 1, 2012, p. 87, para más detalles.

adquiere en este contexto una gran importancia, ya que normalmente estos no son parte en las disputas judiciales, pero sí se encuentran en muchos casos afectados por las actividades de inversión. En este sentido la presentación de *amicus curiae* constituye el medio adecuado para que puedan expresar sus preocupaciones.⁸⁸

Los informes de *amicus curiae* tienden a apoyar al tribunal en el logro de una visión más completa de los antecedentes fácticos y jurídicos de un determinado caso.⁸⁹ A veces se acuerdan explícitamente en los tratados de inversión y algunos TBI hacen referencia a la posibilidad de que se presenten *amicus curiae*, generalmente dejando a discreción del tribunal arbitral aceptar la presentación de esos informes.⁹⁰ También, si no se menciona explícitamente en un tratado de inversión, queda a discreción de los tribunales del CIADI la aceptación de los informes *amicus curiae*.⁹¹ En atención al reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos distintos, los tribunales de inversión deberían permitir informes de *amicus curiae* por parte de los pueblos indígenas, cuando sus intereses estén en juego.

Los casos de inversión en los que se ha hecho mención a asuntos de pueblos indígenas han mostrado hasta ahora una significativa relevancia práctica de los informes de *amicus curiae*.⁹² En *Glamis Gold*, la Nación Indígena Quechan presentó un informe *amicus curiae*, que apoyó la posición del Gobierno de los Estados Unidos en cuanto a la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales.⁹³ Un informe de *amicus curiae* fue igualmente presentado en el caso *Chevron v. Ecuador*,

⁸⁸ El incremento de la participación de los pueblos indígenas en litigios sobre inversión viene de la mano del reconocimiento de los mismos como pueblos distintos (véase por ejemplo el artículo 3 DNU DPI) y de su derecho a determinar las estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32.1 de la DNU DPI).

⁸⁹ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 658, para la jurisprudencia relevante sobre las presentaciones escritas de *amicus curiae* por grupos de derechos civiles y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

⁹⁰ Véase el artículo 10.20 del Tratado de Libre Comercio (FTA) Australia-Chile (procedimiento de arbitraje): “...2. El tribunal tendrá la facultad de aceptar y considerar presentaciones escritas de *amicus curiae* que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las presentaciones y argumentos de las partes contendientes que provengan de una persona o entidad, que no sea una parte contendiente...”.

⁹¹ *Cf.* Regla 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI en su versión modificada de 2006.

⁹² Véase, sin embargo, la negativa del tribunal arbitral para admitir la presentación de *amicus curiae* en: *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, *op. cit.* Véase la nota 58 para mayor referencia.

⁹³ Véase por ejemplo la *Non-Party Supplemental Submission by the Quechan Indian Nation* (Comunicación complementaria por parte de la Nación Indígena Quechan), *Glamis Gold Ltd. v. United States*, *op. cit.*, p. 1.

manteniendo que la disputa era a la vez no justiciable y que escapaba de la jurisdicción de un tribunal inversor-Estado.⁹⁴ También en el caso *Grand River*, la Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones de Canadá apoyó a los inversores indígenas a través de un informe de *amicus curiae*.⁹⁵ No obstante, en estos casos, los informes de *amicus curiae*, presentados con el propósito de transmitir las preocupaciones indígenas, no parece que tuvieran un significativo impacto en el resultado de dichos casos.⁹⁶ Así, quedaban más como una medida teórica para fomentar el diálogo que como una práctica con efecto en las decisiones de los tribunales de inversión.

5. *La transparencia en los procesos de inversión*

Aumentar los requisitos para lograr una mayor transparencia en los procesos de inversión —como la observación y el control público por parte de la sociedad civil, los medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales— puede tener un gran impacto en la promoción del respeto de los derechos de los pueblos indígenas,⁹⁷ y, así, parece una medida para impulsar el diálogo. De este modo se puede contrarrestar el secreto que es normalmente cuestionado en los procedimientos de inversión. Sin embargo, es una realidad que los requerimientos para lograr una mayor transparencia

⁹⁴ Fundación Pachamama e International Institute for Sustainable Development (IISD), 5 de noviembre de 2010, Case CPA Núm. 2009-23, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company and The Republic of Ecuador. Submission of Amici*, párr. 1.4, disponible en: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/submission_amici_pachamama_chevron.pdf; el informe de *amicus curiae* que se refiere a la DNUDPI, por ejemplo, en el párr. 4.9.

⁹⁵ Office of the National Chief of the Assembly of Canadian First Nations, *Letter to ICSID tribunal regarding the case Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, 19 de enero de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf>.

⁹⁶ Las razones de la escasa repercusión son varias. Algunos casos son declarados inadmisibles, véase *Burlington v. Ecuador*, *op. cit.*, y *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo..., *cit.* En *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, *op. cit.*, por el contrario, las consideraciones sobre los pueblos indígenas no parecen haber desempeñado ningún papel en las deliberaciones de los tribunales (véase nota 59). *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, la presentación *amicus curiae* reiteró y apoyó abundantemente los argumentos de los demandantes ya expuestos en el memorial, con una relevancia de alguna manera limitada; véase en general en la sección IV.

⁹⁷ *Cfr.* Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 878.

en los tratados de inversión son poco frecuentes.⁹⁸ Aun así, hay una tendencia general hacia una mayor transparencia. Esto se puede evidenciar, particularmente en el reciente Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.⁹⁹ Esto puede ser beneficioso para la causa indígena porque las violaciones de los derechos de estos pueblos están expuestas a la presión y la observación públicas. Con el aumento de la importancia que se le da a los derechos de los pueblos indígenas se espera que los requisitos de transparencia tengan un impacto aun mayor en el futuro y que desarrollen mejor su potencial de facilitar el diálogo.

6. *Derechos humanos e indígenas: pericia de los árbitros*

Por último, la educación y la experiencia de los árbitros son factores relevantes para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. El sesgo del derecho privado o comercial sobre los procedimientos de inversión se ha visto como un posible impedimento para un debido

⁹⁸ UNCITRAL, *Rules on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration*, 2014, disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>. Como un ejemplo de modelo en materia de transparencia véase el artículo 10.22 (Transparencia de las actuaciones arbitrales) del TLC Chile-Australia: “1. De conformidad con los párrafos, 2 y 4, el demandado deberá, después de recibir los siguientes documentos, ponerlos a disposición del público a su costo: (a) la notificación de intención a que se refiere el artículo 10.16.2; (b) la notificación de arbitraje a que se refiere el artículo 10.16.4; (c) los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier presentación escrita efectuada de conformidad con los párrs. 2 y 3 del artículo 10.20, artículo 10.21.2 y artículo 10.26; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y fallos del tribunal. 2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información comercial confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de una Parte, deberá informarlo al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación, incluyendo el cierre de la audiencia durante cualquier discusión sobre información confidencial”. Véase las disposiciones similares en el TBI Modelo de Noruega de 2007 (artículo 29), en el TBI Modelo de EE.UU. de 2012 (artículo 29) y en el TBI Modelo de Canadá de 2004 (artículo 38); en general véase Kriebbaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 659.

⁹⁹ En este sentido, *idem*.

reconocimiento de temas como el de los derechos humanos.¹⁰⁰ Un mayor conocimiento y dominio del derecho internacional público podría inducir a los árbitros a considerar también relevantes intereses públicos en juego, como por ejemplo los derechos humanos e indígenas, más allá de la resolución de una controversia de inversión particular. De hecho, unos conocimientos más específicos sobre los derechos humanos e indígenas podrían ser particularmente beneficiosos para la mejor comprensión de los árbitros sobre las preocupaciones de los indígenas. En *Grand River*, dicha pericia fue asegurada por uno de los tres árbitros, James Anaya, anterior Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Su pericia se aprecia entre líneas en la sentencia,¹⁰¹ y parece haber contribuido positivamente a lograr una lectura armónica de ambos sistemas —los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones—, demostrando un avance en el potencial diálogo entre ambos regímenes.

7. Valoración crítica

Existen varias posibilidades para tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones, así como medidas existentes para impulsar el diálogo entre ambos sistemas. El rango de esas posibilidades incluyen la jurisdicción de un tribunal y el derecho aplicable, los informes *amicus curiae* y la educación y formación de los árbitros en materia de los derechos humanos e indígenas. En principio, estas técnicas se aplican en tanto y en cuanto se utilizan los derechos de los pueblos indígenas como un “escudo”, es decir, como una defensa por parte del Estado de acogida para eludir su responsabilidad en las disputas de inversión; o —aunque con menos frecuencia— como una “espada”, cuando los inversores indígenas se refieren a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas

¹⁰⁰ Véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1096: “Un factor restrictivo en la consideración de los intereses de la comunidad es el origen del arbitraje de inversiones en el arbitraje comercial. No es poco frecuente que los tribunales se centren en la solución de la controversia particular, sin tener en cuenta las repercusiones más amplias de sus decisiones...” (traducción no oficial).

¹⁰¹ Véase por ejemplo *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 210: “Es muy probable, ya que los reclamantes instaron que sí existe un principio de derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas las políticas gubernamentales o acciones que les afecten significativamente. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria al respecto” (traducción no oficial).

para discutir un trato preferencial. El mayor reconocimiento de los derechos indígenas tiene efectos positivos tanto a través del aumento de estándares de derechos indígenas como promoviendo la participación de los indígenas en los procesos de inversión mediante los informes *amicus curiae*, entre otras posibilidades. En general, las técnicas mencionadas deben verse como parte de un enfoque integral, de manera que se complementen mutuamente para lograr el máximo respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

IV. SOLUCIONES ADICIONALES PARA FOMENTAR EL DIÁLOGO Y HACER FRENTE A LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. *Marco general*

La mayoría de las soluciones antes mencionadas pueden implementarse sobre la base de la ley existente —*de lege lata*. Sin embargo, no son necesariamente suficientes para hacer frente a la necesidad de procurar un diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones en materia de derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, se requiere de una reforma —*de lege ferenda*— para promover aún más los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. Esto significa relacionar dichos procesos en los tratados de inversión de manera explícita con el derecho sustantivo que corresponda, por ejemplo con los derechos humanos, con los derechos de los pueblos indígenas o con las cláusulas de excepción cultural. También se incluyen medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas, obligaciones *ex ante* de respeto de los derechos humanos o evaluaciones de impacto cultural. Sin embargo, algunas de estas soluciones *de lege ferenda* deben ser manejadas con mucho criterio y cuidado. El objetivo de fomentar el diálogo y promover los derechos de los pueblos indígenas tiene que equilibrarse con el objetivo principal del arbitraje internacional de inversiones: la resolución oportuna de diferencias relativas a inversiones.

2. *La referencia a los derechos humanos y de los pueblos indígenas en los tratados de inversión*

Incorporar referencias explícitas a los derechos humanos e indígenas en los tratados de inversión sería la primera manera de promover los derechos de

los pueblos indígenas y fomentar el diálogo. Por ejemplo, la referencia a los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión podría inducir a los árbitros a una interpretación del tratado de conformidad con los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. Del mismo modo, los países con un número importante de pueblos indígenas podrían considerar incluir en el preámbulo de sus TBI referencias explícitas a los derechos de estos. Igualmente, referencias más generales a los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión deben inducir a los árbitros a interpretar dicho tratado con la debida consideración de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente cuando sus garantías interfieran con tales derechos.

En este sentido, la incorporación de estas referencias se convertiría en una herramienta potencialmente poderosa. Sin embargo, un tratado de inversión con una referencia general a los derechos humanos, o incluso a los derechos de los pueblos indígenas es aún una aspiración.¹⁰² El único documento con mención explícita de los derechos humanos, aparentemente, es el proyecto noruego de un TBI Modelo (*Model BIT*),¹⁰³ que sin embargo no ha sido aún adoptado.

Una manera incluso más efectiva de lograr el respeto de los derechos humanos e indígenas por parte de los inversores y así fomentar el diálogo sería incluir una cláusula en el texto de los tratados en la que se haga una referencia explícita a los Estados de acogida.¹⁰⁴ Este tipo de cláusulas podrían exigir, con mayor razón, que las inversiones tengan que realizarse de conformidad con la legislación del Estado de acogida, durante toda

¹⁰² Ciertos TBI se refieren a los derechos laborales o la protección de la salud y la seguridad en su preámbulo; véase por ejemplo el TBI entre Estados Unidos y Albania, el TBI entre Estados Unidos y Argentina, el TBI entre Estados Unidos y Armenia, el TBI entre Estados Unidos y Azerbaiyán, el TBI entre Estados Unidos y Bolivia, el TBI entre Estados Unidos y Ecuador o el TBI entre Estados Unidos y Estonia.

¹⁰³ Véase el TBI Modelo de Noruega. El TBI Modelo de Noruega contiene en su Preámbulo un compromiso con los derechos humanos tal como se establece en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Reafirmando su compromiso con la democracia, el Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con sus obligaciones en virtud del Derecho internacional, incluidos los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración universal de Derechos Humanos...” (traducción no oficial), disponible en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf>; véase la discusión en *Letter from Norwegian Centre for Human Rights to Business and Industry Department*, 15 de abril de 2008, disponible en: <http://www.humanrights.uio.no/nasjonalinstitusjon/overvakning/horinger/2008/investeringer.pdf>.

¹⁰⁴ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*

la duración de la inversión.¹⁰⁵ Este proceder tendría la ventaja de que los inversores extranjeros que violen los derechos humanos e indígenas durante la vigencia de su inversión pierdan la protección en virtud del tratado de inversión. Al mismo tiempo, una cláusula demasiado amplia plantea el riesgo de abuso por parte de los Estados de acogida. Ello por lo tanto tiene que ser manejado con cuidado y estar restringido al cumplimiento de las normas protectoras de los derechos humanos e indígenas a nivel nacional y durante la duración de la inversión.

3. *Cláusula de excepción de derechos humanos y culturales en tratados de inversión*

El reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente diferentes pide ir más allá. *De lege ferenda*, para fortalecer sus derechos, se podría incorporar en los tratados de inversión una cláusula de excepción relativa a los derechos culturales y humanos. Una cláusula de excepción cultural en los tratados de inversión permitiría al Estado de acogida proteger los sitios de valor cultural, incluido el patrimonio cultural indígena,¹⁰⁶ pero además, dichas cláusulas podrían referirse también a medidas de acción afirmativa para enmendar injusticias del pasado. La incorporación de cláusulas de excepción cultural o similar en los tratados de inversión permite a los Estados de acogida hacer valer, mediante el uso de políticas de resguardo e incluso de la fuerza pública, la implementación de políticas sociales, en este caso, para proteger a los pueblos indígenas, con lo cual no deberían producirse violaciones de derechos en los respectivos tratados de inversión. De esta manera el Estado de acogida conserva sus poderes reguladores para atender situaciones concretas en las que pueda y deba adoptar medidas para salvaguardar y defender los derechos de los pueblos indígenas, lo que fomenta el diálogo entre los derechos humanos y el sistema de derecho de inversiones. Al mismo tiempo, dichas acciones podrían gravar económicamente al inversionista como consecuencia de las medidas de regulación adoptadas por el Estado anfitrión. Por ello las cláusulas de excepción cultural o similar deben ser utilizadas con precaución y solo deben incluirse con criterios claramente definidos en los tratados de inversión.

Algunos de estos acuerdos ya incorporan excepciones de este tipo. Malasia excluye del ámbito de sus TBI medidas destinadas a promover

¹⁰⁵ *Cf.* artículo 2.2 del TBI entre China y Malta de 2009, el cual, sin embargo, no contiene una referencia explícita a los derechos humanos.

¹⁰⁶ Sobre excepciones culturales, véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 868 y ss.

el empoderamiento económico de la etnia bumiputra.¹⁰⁷ Ciertos TBI sudafricanos prevén excepciones para los programas de acción afirmativa para remediar las injusticias del pasado.¹⁰⁸ La incorporación de cláusulas similares también en otros tratados de inversión podría, con las cautelas anteriores, ser un medio para que los Estados persigan los programas de acción afirmativa en favor de los pueblos indígenas y de sus actividades tradicionales, sin correr el riesgo de ser acusados de violación, por ejemplo, del estándar de trato nacional del tratado de inversión o de las disposiciones de no discriminación. Así, las cláusulas de excepciones culturales proporcionarían un espacio normativo para que los Estados alcancen a reducir la fragmentación entre derechos humanos y el derecho de las inversiones.

4. ¿Derecho a la intervención de los pueblos indígenas?

El amplio reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente distintos y la necesidad de fomentar el diálogo pueden requerir también derechos procesales adicionales, como un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. Tales derechos adicionales representan la identidad cultural de los pueblos indígenas, cuyos intereses, incluso si se ven afectados por el resultado de los procedimientos de inversión, corren el riesgo de no ser adecuadamente representados por el Estado de acogida de la inversión.¹⁰⁹ Por lo tanto tales derechos se encuentran en plena consonancia con la necesidad de impulsar el diálogo entre derechos indígenas y el derecho de inversiones en términos de distinción cultural y autodeterminación indígena.

De hecho, algunos expertos han reclamado un derecho a la intervención de los pueblos aborígenes en los procesos de inversión.¹¹⁰ Este derecho

¹⁰⁷ Véase Mann, Howard, *International Investment Agreements, Business and Human Rights. Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, 2008, disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2008/ia_business_human_rights.pdf.

¹⁰⁸ Cfr. artículo 3.4.c del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mauricio y el Gobierno de la República de Sudáfrica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1998), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1991>; artículo 3.3.c del Acuerdo entre la República Checa y la República de Sudáfrica para la Protección de las Inversiones y Promoción Recíproca (1998, entrada en vigor en espera), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/982>; véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1093, para mayores referencias.

¹⁰⁹ Véase *ibidem*, pp. 361 y ss., para mayor referencia.

¹¹⁰ Wieland, Patrick, “Why the *Amicus Curia* Institution is Ill-suited to Address Indigenous Peoples’ Rights before Investor-State Arbitration Tribunals. Glamis Gold and the Right of Intervention”, *Trade, Law and Development*, vol. 30, núm. 2, 2011, p. 334.

a la intervención los convertiría en partes en el procedimiento, lo que les permitiría presentar escritos sin límite de páginas, asistir y participar en las audiencias orales y tener acceso a los registros.¹¹¹ Por tanto, iría más allá de los informes *amicus curiae*. Sin embargo y a pesar de los consistentes argumentos a favor de un derecho de intervención desde la perspectiva de los pueblos indígenas, esta aspiración parece aún poco probable.¹¹² Por otro lado, un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en procedimientos de inversión dificultaría considerablemente dichos procedimientos, en particular mediante la identificación de los terceros intervinientes afectados por el resultado, el alargamiento de los procedimientos y una posible repolitización de la controversia. Como convincentemente ha argumentado Vadi:

Admitiendo a personas indígenas como terceros intervinientes para actuar como partes en un procedimiento, llevaría la judicialización demasiado lejos y como una cuestión de procedimiento, no sería deseable. Cuando los Estados se comprometen con un TBI, aceptan el arbitraje inversionista-Estado como el mecanismo de solución de controversias para resolver disputas de inversión con los extranjeros, no con otras partes con diferentes intereses.¹¹³

En resumen, una reforma jurídica *de lege ferenda* que permita la intervención de los pueblos como partes en un procedimiento de inversión, parece, desde la perspectiva del derecho de inversión, de un alcance poco deseado. Las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones, en un escenario de reforma de las aspiraciones de los pueblos indígenas y en vistas a realizar un diálogo verdadero entre los sistemas, tienen que ser contabilizadas o sopesadas de una manera diferente.

5. *¿Evaluaciones obligatorias ex ante sobre derechos humanos y culturales?*

Otra medida que podría incorporarse para impulsar el diálogo entre los derechos indígenas y el derecho de inversión se define por la adopción de acciones de protección de derechos antes de la admisión de una inversión. Para decirlo con un ejemplo, el artículo 32.2 de la DNUDPI señala que los Estados celebrarán consultas *de buena fe* con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos. Esta norma presupone el re-

¹¹¹ *Ibidem*, p. 366.

¹¹² *Cfr.* Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 886.

¹¹³ *Idem* (traducción no oficial).

conocimiento del potencial efecto que tiene un proyecto de inversión para los pueblos indígenas. Un medio útil para cumplir con este requisito y con ello atender estas preocupaciones sería precisamente poder exigir evaluaciones *ex ante* sobre la afectación a los derechos humanos y el impacto cultural de un proyecto.¹¹⁴ Ambas constelaciones siguen una lógica similar. Son un instrumento técnico para identificar las consecuencias sobre los derechos humanos o valores culturales de una actividad propuesta, así como un medio para evitar o mitigar esos previsibles efectos perjudiciales. Por tanto, para incluir evaluaciones obligatorias de impacto sobre los derechos culturales o los derechos humanos en general como criterios de admisión para una inversión en los tratados de inversión se debería promover una mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas. Hasta el momento, los tratados de inversión no parecen requerir tales evaluaciones previas de impacto; no obstante, algunos sistemas nacionales lo estipulan.¹¹⁵

De lege ferenda podría ser útil incorporar evaluaciones obligatorias *ex ante* de impacto cultural o de derechos humanos en los tratados de inversión, especialmente para grandes proyectos de inversión, los cuales, por su alto potencial de riesgo, acarrearían graves consecuencias para las comunidades potencialmente afectadas. Así, las evaluaciones previas de impacto podrían ser una importante herramienta para evitar o mitigar los posibles efectos negativos de un proyecto de inversión para los pueblos indígenas antes de que ocurran. Son, por ello, un elemento fundamental para fomentar el diálogo.

6. Valoración crítica

Existen numerosas opciones *de lege ferenda* para mejorar la incorporación de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos ante los tribunales de inversión en clave de diálogo. Dichas soluciones están vinculadas

¹¹⁴ En cuanto a evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos, véase Baxewanos, Fabiane y Raza, Werner, *Human Rights Impact Assessments as a New Tool for Development Policy?*, ÖFSE, Working Paper 37, enero de 2013, disponible en: http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/Publikationen/Workingpaper/WP37_Human_Rights.pdf; Harrison, James, *Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future*, Warwick School of Law Research Paper Núm. 2010-26, 2010, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706742##; véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 797, para más información sobre evaluaciones de impacto cultural.

¹¹⁵ Por ejemplo, las evaluaciones de impacto cultural realizadas en Nueva Zelanda versaron sobre las actividades que puedan afectar a los valores culturales de los Maori y el patrimonio; véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 874.

al derecho sustantivo aplicable, es decir, a la incorporación de referencias a los derechos humanos e indígenas o cláusulas de excepción cultural en los tratados de inversión, así como a los medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas o las evaluaciones obligatorias *ex ante* sobre el impacto cultural y en cuanto a los derechos humanos. Algunas de estas opciones aparecen como medios razonables y necesarios para promover aún más la causa indígena, en la idea de impulsar relaciones dialógicas. Otros por el contrario, como un derecho a la intervención de los pueblos indígenas, van demasiado lejos y pueden poner en peligro la eficacia de la solución de controversias de inversión. Por lo tanto, una cuidadosa consideración de los argumentos a favor y en contra debe preceder a cualquier adopción de medios adicionales para mejorar la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión y para así fomentar el diálogo entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones sugieren cuestiones complejas derivadas, entre otros aspectos, de la identidad de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente distintos con una conexión muy particular con sus tierras. Más aún, los pueblos indígenas, por lo general, viven como minorías en muchos Estados y no son necesariamente representados por el Gobierno de esos Estados, que podrían ser Estados de acogida en un proceso de inversión.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, observamos un fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pero a la vez han aumentado las posibilidades de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y los de los inversores extranjeros. Esto se refleja en la jurisprudencia de las instituciones de supervisión de los derechos humanos. Un caso emblemático lo constituye el amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de la Corte IDH, lo cual ilustra el potencial de enfrentamientos entre los derechos de los inversionistas nacionales, extranjeros y los pueblos indígenas. Es indicio de una fragmentación entre el sistema de derechos humanos/derechos indígenas y el derecho de las inversiones. Este hecho evidencia la necesidad de abordar las interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones. Para decirlo de otra manera: se requieren medidas que faciliten el diálogo.

Hasta el momento, las preocupaciones indígenas han encontrado muy poca reflexión en los procesos de inversión. Únicamente el tribunal *Grand*

River parece haberse pronunciado más extensamente sobre los derechos de los pueblos indígenas, mostrando un esfuerzo por dialogar. Al mismo tiempo, la creciente probabilidad de interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones se traduce en una incuestionable necesidad de coordinación entre ambos sistemas, y llama a medidas para impulsar las relaciones dialógicas entre ellos. También los derechos indígenas exigen más generalmente un reconocimiento mayor de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos de inversión.

El derecho internacional de las inversiones, por su lado, contempla diversas técnicas para coordinar y abordar los conflictos entre los sistemas, para reducir la fragmentación y fomentar al diálogo. Las posibilidades comprenden la jurisdicción de un tribunal y el derecho aplicable, lo que incluye el derecho internacional en general y en consecuencia, las normas de protección de los pueblos indígenas, los métodos de interpretación de los tratados (artículo 31.3.c CVDT) y medios procesales, como los informes de *amicus curiae*. Aún así, los árbitros parecen hacer muy poco uso de esas técnicas. Por lo tanto, se necesitan más acciones *de lege ferenda* para fomentar el diálogo. Como fue demostrado, por ejemplo, se pueden hacer referencias explícitas a los derechos humanos e indígenas en los tratados de inversión o se pueden incorporar cláusulas de excepción cultural en esos tratados. En general, como se muestra en el caso *Grand River*, la experiencia personal de los árbitros es uno de los factores más importantes para dar el debido reconocimiento a las preocupaciones indígenas. Finalmente, para llegar a un enfoque verdaderamente holístico de las interacciones entre el derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas en la realización de un verdadero espíritu de diálogo, se debería recurrir más bien a una combinación de esas técnicas.