



Asamblea General

Distr. general
11 de agosto de 2016
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

33^{er} período de sesiones

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas* **

Nota de la Secretaría

En el informe que se transmite por la presente se proporciona un análisis de las repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de los acuerdos internacionales de inversión incluidos los tratados bilaterales de inversión y los capítulos de los acuerdos de libre comercio que se refieren a la inversión.

* El presente documento se presentó con retraso para poder incluir en él la información más actualizada posible.

** Los anexos del presente informe se reproducen en el idioma en que se presentaron únicamente.

GE.16-13924 (S) 211116 241116



* 1 6 1 3 9 2 4 *

Se ruega reciclar



Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Actividades de la Relatora Especial	3
A. Visitas a países	3
B. Informe sobre las medidas de conservación del medio ambiente	3
III. Acuerdos internacionales de inversión	3
A. Antecedentes	3
B. Panorama general de los acuerdos internacionales de inversión	4
IV. Derechos de los pueblos indígenas	5
A. Panorama general	5
B. Reconocimiento y ejecución	6
C. Las empresas y los derechos de los pueblos indígenas	7
V. Repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de las inversiones, los acuerdos internacionales de inversión y la solución de controversias entre inversores y Estados	8
A. Repercusiones de las inversiones sobre los pueblos indígenas	8
B. Repercusiones de los acuerdos internacionales de inversión y de la solución de controversias entre inversores y Estados	9
C. Ejemplos de solución de controversias entre inversores y Estados que afectan a los derechos de los pueblos indígenas	11
D. Observaciones sobre la solución de controversias entre inversores y Estados	15
VI. El Acuerdo de Asociación Transpacífico	18
VII. Conclusiones y recomendaciones	20
A. Conclusiones	20
B. Recomendaciones	22
 Anexos	
I. Participation in international and national conferences and dialogues	28
II. Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples	29
III. Bibliography	34
IV. Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights	37

I. Introducción

1. Este informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas se presenta al Consejo de Derechos Humanos en cumplimiento de sus resoluciones 15/14 y 24/9. En el informe, la Relatora Especial ofrece un breve resumen de sus actividades desde su informe anterior (A/HRC/30/41), así como un análisis temático de las repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de los acuerdos internacionales de inversión.

II. Actividades de la Relatora Especial

A. Visitas a países

2. Desde la celebración del 30º período de sesiones del Consejo, la Relatora Especial ha realizado tres visitas oficiales a países —a Laponia en agosto de 2015, a Honduras en noviembre de 2015 y al Brasil en marzo de 2016—, cuyos informes se publicarán como adiciones al presente informe.

B. Informe sobre las medidas de conservación del medio ambiente

3. La Relatora Especial presentará a la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones un informe temático sobre las medidas de conservación del medio ambiente y sus repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas.

III. Acuerdos internacionales de inversión

A. Antecedentes

4. En su informe de 2015 a la Asamblea General (A/70/301), la Relatora Especial concluyó que la protección que otorgaban los acuerdos internacionales de inversión a los inversores extranjeros podía tener repercusiones significativas en los derechos de los pueblos indígenas. A fin de obtener otras perspectivas sobre la cuestión, envió cuestionarios a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a pueblos indígenas y a organizaciones de la sociedad civil y, en cooperación con el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, el Asia Indigenous Peoples Pact, el Columbia Center on Sustainable Investment y el Centro Internacional de los Pueblos Indígenas para la Investigación en las Políticas y la Educación (Fundación Tebtebba), organizó una serie de consultas regionales y mundiales con pueblos indígenas y expertos en la esfera del derecho internacional en materia de inversiones y los derechos humanos.

5. Esta investigación indica que el régimen internacional de inversiones tiene repercusiones significativas para los derechos de los pueblos indígenas, que se suman a las repercusiones de las inversiones en sí. Esas repercusiones se manifiestan en la subordinación de esos derechos a las disposiciones de protección de los inversores, por lo general como consecuencia de un fenómeno denominado “enfriamiento regulatorio”, y de las graves deficiencias del proceso de solución de controversias instituido por el régimen de inversiones.

6. El presente informe es el segundo de los tres que la Relatora dedicará a esta cuestión. Anteriormente había presentado el tema y había hecho alusión a algunos de los efectos de los acuerdos internacionales de inversión en los derechos de los pueblos indígenas y a las cuestiones sistémicas relacionadas con el régimen de derecho internacional de las inversiones. En el presente informe, pretende ampliar el contexto y profundizar el examen de dichos efectos centrándose en casos relacionados con ese tipo de acuerdos y derechos. En su último informe, reflexionará sobre las normas de protección que confieren esos acuerdos y las pondrá en contexto a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la agenda de desarrollo sostenible en lo tocante a los pueblos indígenas.

7. Con ello, la Relatora Especial pretende promover la coherencia en el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, y velar por que el cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas no se vea obstaculizado por las protecciones que se otorgan a los inversores.

B. Panorama general de los acuerdos internacionales de inversión

8. El régimen internacional en materia de inversiones se compone de 3.268 acuerdos internacionales de inversión, que incluyen casi 3.000 tratados bilaterales de inversión y más de 300 capítulos sobre inversiones en acuerdos de libre comercio bilaterales o regionales¹. Estos acuerdos, celebrados entre Estados, ofrecen protección jurídica a los inversores de los “Estados de origen” en relación con sus inversiones en “Estados receptores”.

9. Los acuerdos internacionales de inversión tienden a seguir un formato uniforme, con disposiciones sobre: prohibición de la expropiación o “confiscación” sin indemnización; trato nacional o no discriminación, lo que significa que los inversores extranjeros reciben un trato no menos favorable que los inversores nacionales; “tratamiento de nación más favorecida”, que requiere el mismo nivel de trato disponible para otros inversores extranjeros; “trato justo y equitativo” o “nivel internacional mínimo de trato”, que puede tener un alcance muy amplio y por lo general incluye la protección de las “expectativas legítimas” de los inversores²; y plena protección y seguridad para los inversores.

10. Normalmente, los acuerdos internacionales de inversión también proporcionan acceso a los inversores a un proceso de solución de controversias entre inversores y Estados, mediante el cual los inversores pueden iniciar procedimientos de arbitraje contra un Estado receptor por un supuesto incumplimiento del deber de proteger sus inversiones con arreglo a los términos de los acuerdos. Por lo general no existe obligación de agotar los recursos internos o el sistema de recursos, y tanto la transparencia como las posibilidades para la intervención de terceros son mínimas. Los laudos arbitrales son ejecutables mediante la adquisición de los activos de un Estado en el extranjero, no están sujetos a ningún límite monetario y pueden alcanzar montos de miles de millones de dólares.

11. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), las cancelaciones o supuestas violaciones de contratos y la revocación o denegación de licencias se cuentan entre las acciones del Estado que con más frecuencia son objeto de recurso, y aproximadamente un 30% de los arreglos conciernen a las

¹ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Recent trends in international investment agreements and investor-State disputes”, Acuerdo internacional de inversión: documento temático (febrero de 2015), disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

² Véase UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*. Series on Issues in International Investment Agreements II (Nueva York, 2012), disponible en http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

industrias extractiva y energética, que suponen la mayor parte de las nuevas inversiones³. La mayoría de casos de este tipo se incoan contra Estados con una población significativa de pueblos indígenas en cuyos territorios se encuentran los minerales y los recursos energéticos o forestales objeto de explotación.

12. En los últimos años se ha observado un número creciente de acuerdos megarregionales de libre comercio, cuyo ámbito va mucho más allá de la esfera comercial e incluye las dimensiones de la inversión y la reglamentación, y que constituyen en esencia acuerdos económicos estructurales mundiales. El más reciente es el Acuerdo de Asociación Transpacífico. Su capítulo sobre inversiones, que contiene muchas de las disposiciones tipo del modelo de tratado bilateral de inversión de los Estados Unidos de América, es uno de sus aspectos más controvertidos. Ha recibido numerosas críticas, entre otras de Relatores Especiales, por limitar el espacio democrático al transferir efectivamente a agentes empresariales los poderes públicos de toma de decisiones en materia de gobernanza económica, social y cultural.

IV. Derechos de los pueblos indígenas

A. Panorama general

13. Con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos indígenas son reconocidos como pueblos dotados del derecho a la libre determinación, como se afirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en virtud de los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propio desarrollo social, cultural y económico. Los derechos establecidos en esos tratados, que han sido ampliamente adoptados, adquieren características particulares cuando se los interpreta a la luz de las realidades, las necesidades, la visión del mundo y los contextos históricos específicos de los pueblos indígenas y la prohibición de *ius cogens* de la discriminación racial. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ofrece la articulación e interpretación más claras de esos derechos en lo tocante a los pueblos indígenas.

14. Ello se refleja en la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, donde se pide a los Estados que, al cumplir sus obligaciones derivadas de los tratados, hagan uso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los tratados también han sido interpretados por tribunales y comisiones nacionales y regionales en América Latina y África a la luz de las disposiciones de la Declaración y del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que indica la aplicabilidad universal de esos instrumentos y apunta la emergencia del derecho internacional consuetudinario en la esfera de los derechos de los pueblos indígenas.

15. El concepto de “pueblos indígenas” no está definido en derecho internacional. Sin embargo, sus características generalmente aceptadas incluyen: la autoidentificación como pueblo indígena; la existencia y el deseo de mantener una relación especial con los territorios ancestrales; la existencia de sistemas sociales, económicos o políticos diferentes de los de la sociedad en general, lo cual puede reflejarse en el idioma, la cultura, las creencias y el derecho consuetudinario; y una posición históricamente no dominante dentro

³ Véase UNCTAD, “Recent trends”.

de la sociedad. Esto se aplica independientemente de la nomenclatura empleada por el Estado.

16. Los derechos territoriales y de propiedad de los pueblos indígenas son de naturaleza *sui generis*, y abarcan los territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado u adquirido de otro modo, incluido el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar los recursos. Esos derechos colectivos existen independientemente de los títulos de propiedad del Estado, y se apoyan en su estatuto como pueblos que ejercen la libre determinación y tienen derecho a las tierras y los recursos necesarios para su supervivencia física y cultural; sus regímenes consuetudinarios de tenencia de la tierra; y la posesión de larga data de territorios ancestrales.

17. Por consiguiente, los Estados están obligados a establecer mecanismos culturalmente adecuados para permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los procesos de decisión que afecten directamente a sus derechos. Para garantizar dicha participación, las normas del derecho internacional de derechos humanos requieren consultas de buena fe para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Este requisito se aplica con anterioridad a la promulgación de medidas legislativas o administrativas, la elaboración de planes de inversión o el otorgamiento de concesiones, licencias o permisos para proyectos en sus territorios o cerca de ellos.

18. Los órganos de derechos humanos, por consiguiente, han aclarado que no se puede invocar el crecimiento económico ni el desarrollo nacional como base para una actuación no consentida que vulnera los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas⁴. Este principio se ve reforzado por el carácter *erga omnes* del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, la prohibición de la discriminación racial y el hecho de que su protección sea una cuestión de interés público.

B. Reconocimiento y ejecución

19. Los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más marginados y discriminados del mundo. El marco internacional para la protección de sus derechos surgió en gran medida como respuesta a esa situación. Se han logrado importantes avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en algunas jurisdicciones, en particular en América Latina, y en el marco normativo interno de otros países se les otorga reconocimiento en grados diversos. Sin embargo, en gran parte de Asia y de África los derechos reconocidos como propios de los grupos que reúnen las características de pueblos indígenas con arreglo al derecho internacional tienden a no estar a la altura de los derechos reconocidos con arreglo a las normas de derecho internacional de los derechos humanos y, en muchos casos, la categoría de “pueblos indígenas” del derecho internacional no se reconoce oficialmente.

20. Incluso en los países en que las normas de derecho internacional de los derechos humanos se han incorporado a la legislación nacional, se precisan otras medidas para modificar la legislación a fin de cumplir plenamente estas normas internacionales y garantizar que se hagan efectivas. El correspondiente “desfase en la aplicación” entre la ley y la práctica es a menudo síntoma de un desequilibrio de poder entre pueblos indígenas vulnerables y élites políticas poderosas que tratan de extraer beneficios de la explotación de recursos que se encuentran en los territorios de los primeros.

⁴ Véase CCPR/C/52/D/511/1992.

21. Este desequilibrio de poder por lo general tiene su reflejo en la relación entre las instituciones establecidas para proteger los derechos de los pueblos indígenas y las instituciones responsables de promover y facilitar la explotación de los recursos naturales. Por lo tanto, incluso en jurisdicciones que cuentan con un marco jurídico avanzado, la discriminación estructural arraigada y los intereses creados pueden dejar sin efecto las medidas de protección jurídica otorgadas a los pueblos indígenas.

C. Las empresas y los derechos de los pueblos indígenas

22. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establecen que las empresas tienen la obligación independiente de respetar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Esa obligación se ve potenciada por la integración de los Principios en determinadas normas, como las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales. Existe un acervo normativo creciente en relación con las inversiones que afectan a las tierras de los pueblos indígenas, que comprende las normas de desempeño de la mayoría de las instituciones financieras internacionales, como la Corporación Financiera Internacional, y se aplica a los bancos privados que se adhieren a los Principios del Ecuador, los cuales exigen a los clientes que respeten los derechos de los pueblos indígenas, incluido el consentimiento libre, previo e informado. El Banco Mundial ha integrado en su proyecto de política revisada la obligación de ese consentimiento. Sin embargo, otros bancos, como el Banco Africano de Desarrollo y el Banco Nacional para el Desarrollo Económico y Social del Brasil, aún no han elaborado políticas de salvaguardia para los pueblos indígenas.

23. Cada vez con más frecuencia, las iniciativas con participación de múltiples interesados incluyen entre sus normas el respeto de los derechos de los pueblos indígenas establecidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y por consiguiente exigen el consentimiento libre, previo e informado antes de que se apruebe o ejecute una inversión. Algunos órganos de la industria extractiva y empresas que operan en el abastecimiento de aceite de palma, azúcar, soja y otros recursos han realizado avances en sus políticas hacia el reconocimiento de los derechos reconocidos en la Declaración, incluido el requisito de dicho consentimiento, como también lo ha hecho el Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Esos avances reflejan el reconocimiento general por parte de las empresas transnacionales de su obligación de respetar los derechos de los pueblos indígenas.

24. Sin embargo, el cumplimiento de esos compromisos sigue siendo insatisfactorio y subsisten dificultades en cuanto a la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas, en particular del derecho a conceder o denegar el consentimiento libre, previo e informado.

25. Afrontar el problema subyacente de la participación de las empresas en las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas contribuiría de forma significativa a abordar el desequilibrio y la incoherencia que actualmente existen en el derecho internacional. Se han propuesto mecanismos para tratar la cuestión de las empresas y los derechos humanos, como los tribunales de arbitraje destinados a proporcionar reparación a los pueblos y los particulares afectados. En las conversaciones intergubernamentales relativas a un tratado sobre las empresas y los derechos humanos también se han planteado muchas de las cuestiones observadas en el contexto de la promoción de las obligaciones de los inversores con arreglo a los acuerdos internacionales de inversión.

V. Repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de las inversiones, los acuerdos internacionales de inversión y la solución de controversias entre inversores y Estados

A. Repercusiones de las inversiones sobre los pueblos indígenas

26. Los estudios realizados por la Relatora Especial revelan un número alarmante de casos en los sectores de la minería, el petróleo y el gas, la energía hidroeléctrica y la agroempresa en que los proyectos de inversión extranjera han dado lugar a violaciones graves de los derechos culturales, a la tierra y al autogobierno de los pueblos indígenas. Esas violaciones de derechos, que pueden llegar a constituir crímenes de lesa humanidad, se han abordado ampliamente en las recomendaciones y la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos internacionales y regionales.

27. Por lo general, los Estados receptores utilizan políticas de desarrollo económico encaminadas a la explotación de recursos energéticos, minerales, terrestres o de otro tipo que están situados predominantemente en los territorios de los pueblos indígenas. Las entidades públicas responsables de aplicar esas políticas consideran que esas tierras y recursos están disponibles para su explotación sin trabas y los promueven como tales de forma activa en el extranjero para generar entradas de capital. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco jurídico interno es inexistente, inadecuado o bien se incumple. Cuando existen, las instituciones con el mandato de defender los derechos de los pueblos indígenas adolecen de debilidad política, no están obligadas a rendir cuentas o reciben financiación insuficiente. Los pueblos indígenas carecen de acceso a vías de reparación en los Estados de origen y receptores y se ven obligados a movilizarse, lo que lleva a la criminalización, la violencia y la pérdida de vidas humanas. Experimentan profundas violaciones de los derechos humanos como consecuencia de los efectos en sus tierras, medios de subsistencia, culturas, opciones de desarrollo y estructuras de gobierno, lo que, en algunos casos, amenaza su misma supervivencia cultural y física. Los proyectos quedan paralizados y existe una tendencia a entablar procesos de solución de controversias entre inversores y Estados por cuestiones de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y expropiación.

28. A pesar de los importantes avances que se han producido en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus salvaguardias con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, las inversiones en esos sectores están “aumentando y generalizando los efectos [...] en la vida de los pueblos indígenas”⁵ puesto que el vacío legal provocado por la falta de reconocimiento u observancia de los derechos de estos pueblos sobre la tierra facilita la expropiación arbitraria de tierras, y permite que las autoridades nacionales y locales pongan esas tierras a disposición de proyectos de inversión. Al mismo tiempo, la inmensa mayoría de esas tierras están protegidas por acuerdos internacionales de inversión, y en África y en Asia se prevé que se ejecuten procesos conexos de solución de controversias entre inversores y Estados en los sectores extractivo y de agroempresa, mientras que en América Latina se observa un número creciente de denuncias relativas a los arreglos adoptados en relación con dichas actividades en territorios indígenas o cerca de ellos.

⁵ Véase A/HRC/24/41, párr. 1.

29. Los Relatores Especiales, los órganos de tratados de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han formulado numerosas recomendaciones instando a los Estados de origen a adoptar medidas reglamentarias para las empresas domiciliadas en su jurisdicción con miras a prevenir, sancionar y reparar las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en el extranjero de las que dichas empresas puedan ser responsables o cómplices⁶.

30. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que al abordar las cuestiones de jurisdicción correspondientes tal vez se precise entablar negociaciones entre los Estados en el marco de acuerdos bilaterales o de otra índole y antes de que se acepte a las empresas extranjeras para que desarrollen sus actividades.

B. Repercusiones de los acuerdos internacionales de inversión y de la solución de controversias entre inversores y Estados

31. Los acuerdos internacionales de inversión pueden afectar gravemente a los derechos de los pueblos indígenas por tres motivos principales que están relacionadas entre sí: a) la falta de un tratamiento adecuado de los derechos humanos en el preámbulo y las disposiciones sustantivas de dichos acuerdos; b) la amenaza real o supuesta de ejecución de las disposiciones de protección de los inversores en un procedimiento de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados, que puede dar lugar al enfriamiento regulatorio; y c) la exclusión de los pueblos indígenas de los procesos de redacción, negociación y aprobación de los acuerdos, así como de la solución de controversias.

32. Estas posibles repercusiones de los acuerdos internacionales de inversión deben considerarse a la luz de la actual situación de insuficiente reconocimiento e inobservancia de los derechos de los pueblos indígenas en los marcos jurídicos nacionales. Esos acuerdos, así como los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados, tienden a bloquear los avances y los cambios necesarios en los marcos jurídicos nacionales en lo que se refiere a la actividad de inversión. Limitan la voluntad y la libertad del Estado para imponer y hacer cumplir a las empresas transnacionales sus obligaciones en materia de derechos humanos y para hacer efectivos progresivamente los derechos humanos. Al afianzar las disposiciones de protección de los inversores, también están afianzando aspectos de los marcos jurídicos existentes que deniegan los derechos humanos, y contribuyendo a impedir las reformas necesarias desde una perspectiva de derechos humanos.

33. El derecho internacional de los derechos humanos y los acuerdos internacionales de inversión contribuyen de manera importante a guiar el comportamiento de los Estados receptores en lo que respecta a la extracción de recursos en los territorios de los pueblos indígenas o cerca de ellos. Los acuerdos sirven para proteger y regular los derechos de propiedad de los inversores en relación con la explotación o el uso de la tierra y los recursos. Esos derechos pueden entrar en conflicto directo con los derechos de propiedad inherentes de los pueblos indígenas, que son preexistentes —aunque no estén necesariamente reconocidos de manera oficial ni dotados de título de propiedad—, se basan en el derecho consuetudinario y en la posesión y están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

34. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que en ciertos contextos pueden imponerse restricciones a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas. Sin embargo, para ser legítimas, esas restricciones deben: a) estar establecidas por la ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales a su finalidad; y d) no comportar restricciones a la

⁶ Véanse A/HRC/24/41, párr. 48, y CERD/CAN/CO/19-20, párr. 14.

supervivencia de los pueblos⁷. Establece que, en el contexto del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, estas condiciones implican que deben celebrarse consultas de buena fe para obtener el consentimiento libre, previo e informado antes de que cualquier medida que afecte a esos derechos de propiedad pueda considerarse legítima.

35. Un nivel inadecuado de respeto y de medidas de protección del derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al consentimiento libre, previo e informado en los procesos de concesión de derechos a inversores sobre los territorios de estos pueblos es la causa profunda de posteriores violaciones graves de sus derechos. En esos contextos, los acuerdos internacionales de inversión que no reconocen las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos contribuyen a que se supediten los derechos de los pueblos indígenas a las disposiciones de protección de los inversores, ya que estas se convierten en un obstáculo para el reconocimiento futuro de los derechos preexistentes de los pueblos indígenas.

36. Con el fin de abordar la situación perversa que surge cuando las medidas de protección concedidas a los inversores impiden que se hagan efectivos los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y a los recursos, un antiguo Relator Especial subrayó lo siguiente:

Que la resolución de las cuestiones relativas a los derechos sobre la tierra [de los pueblos indígenas] tenga en todo momento precedencia sobre la explotación comercial. Debe existir un reconocimiento no solo en la ley sino también en la práctica del derecho preferente de las comunidades tradicionales. Debe rechazarse la noción de conceder un derecho preferente a una compañía minera o cualquier otra empresa y no a una comunidad que ha mantenido y cuidado la tierra durante generaciones, ya que esto pone en entredicho todo el sistema de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas⁸.

37. Los acuerdos internacionales de inversión que han facilitado y protegido las inversiones en territorios indígenas a menudo vienen acompañados del despliegue de servicios de seguridad de carácter militar y privado. Los efectos de esta actuación son motivo de honda preocupación en muchas jurisdicciones, en particular las que tienen un historial de conflictos de baja intensidad. Por lo tanto, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, y como se indica en el artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado⁹. Sin embargo, se establece un mandato efectivo para la presencia de esos servicios de seguridad según ciertas interpretaciones existentes de las disposiciones de esos acuerdos que se refieren a la plena protección y seguridad, lo que conduce a un conflicto directo entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

38. En algunos casos, los acuerdos internacionales de inversión y las medidas consideradas necesarias para facilitar su aplicación han desencadenado conflictos a gran escala y una pérdida importante de vidas. El 1 de enero de 1994, cuando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entró en vigor y dio lugar a la privatización de tierras comunales de pueblos indígenas, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, integrado por pueblos indígenas de Chiapas, inició una rebelión armada, y calificó al Tratado de “sentencia de muerte” para los pueblos indígenas.

⁷ Véase *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007).

⁸ Véase E/CN.4/2003/90/Add.3, párr. 67 e).

⁹ Véase A/HRC/24/41/Add.3, párr. 50.

39. Aproximadamente 14 años más tarde, el acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y el Perú fue utilizado como pretexto para promulgar una serie de decretos legislativos neoliberales, diez de los cuales tenían consecuencias graves para los derechos territoriales de los pueblos indígenas del Amazonas. La negativa del Gobierno del Perú a aceptar las propuestas formuladas por los pueblos indígenas provocó una movilización que se saldó con la trágica muerte de 30 personas cuando, en respuesta, se desplegó a las fuerzas armadas.

40. El examen de casos de solución de controversias entre inversores y Estados que afectan a los derechos de los pueblos indígenas ofrece la oportunidad de evaluar la práctica de los tribunales, los argumentos formulados por Estados e inversores y el espacio existente para la participación de los pueblos indígenas, así como las situaciones en que los acuerdos internacionales de inversión pueden entrar en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos.

C. Ejemplos de solución de controversias entre inversores y Estados que afectan a los derechos de los pueblos indígenas

41. En el caso *Burlington Resources Inc. c. el Ecuador* (2010), visto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones¹⁰, la empresa de petróleo y gas afirmó que el Ecuador había incumplido su obligación de brindar a sus operaciones plena protección y seguridad frente a la oposición y las protestas, en ocasiones violentas, de los pueblos indígenas. El Estado argumentó que las acciones de los pueblos indígenas habían sido un caso de fuerza mayor, y en su defensa no aludió a la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas. El aspecto de seguridad de la denuncia fue rechazado por una cuestión de forma sin tener en cuenta las cuestiones relativas a los derechos indígenas. Paralelamente, el caso también fue sometido a la consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 2012, la Corte dictaminó que al no haberse consultado a los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado, y al haber hecho el Estado uso de la fuerza, se había puesto en peligro la supervivencia de los indígenas¹¹.

42. En *Chevron c. el Ecuador* (2014), la empresa sometió a arbitraje una serie de casos para evitar el pago de una indemnización concedida por los tribunales ecuatorianos en 2011. La indemnización, por un monto de 8.600 millones de dólares, se dictó a resultas de una demanda colectiva para dar respuesta a los daños sufridos por los pueblos indígenas como consecuencia de la contaminación ambiental. Este caso es un ejemplo de una interpretación de “inversión” sumamente amplia y con el potencial de redundar en la denegación de los derechos de los indígenas, ya que abarca posibles demandas en tribunales nacionales y el pago de indemnizaciones a los afectados por la ausencia de reparación. Posteriormente se solicitaron medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para impedir cualquier acción dimanante del laudo de solución de controversias entre inversores y Estados que pudiera contravenir, socavar o amenazar los derechos humanos de las comunidades indígenas afectadas.

43. En *Von Pezold y Border Timbers c. Zimbabwe* (2015), la empresa denunció una expropiación amparándose en los tratados bilaterales de inversión entre Alemania y Zimbabwe y entre Suiza y Zimbabwe en el contexto de la expropiación de tierras por el Estado. Cuatro comunidades indígenas, cuyas tierras tradicionales eran objeto de un proceso, entregaron un documento en calidad de *amicus curiae* en el que se afirmaba que el

¹⁰ *Burlington Resources Inc. c. el Ecuador*, decisión de jurisdicción (2010).

¹¹ *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. el Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012).

Estado y la empresa estaban sujetos a obligaciones de derechos humanos respecto de ellas. En su orden preliminar de junio de 2012, el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones reconoció la reivindicación de esas comunidades sobre las tierras y admitió que era muy posible que sus determinaciones afectaran a los intereses de las comunidades indígenas. Sin embargo, el tribunal rechazó el documento *amicus curiae* por los siguientes motivos: a) las comunidades y sus jefes carecían de “independencia”, ya que estaban vinculados a personas dependientes del Gobierno y por lo tanto los demandantes podían verse perjudicados injustamente por su participación; b) no estaba en posición de decidir si eran o no indígenas y carecía de competencia profesional para interpretar los derechos de los pueblos indígenas; c) no le constaba que formara parte de su mandato el examen de obligaciones con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, incluido el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y las normas del derecho internacional general no se ampliaban necesariamente al derecho internacional de los derechos humanos; y d) ni el Estado ni la empresa habían mencionado cuestiones relativas a los derechos indígenas. El tribunal concluyó que los supuestos derechos de las comunidades indígenas como “pueblos indígenas” con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos eran una cuestión que escapaba al alcance de la controversia.

44. En *Glamis Gold c. los Estados Unidos* (2009), un panel arbitral falló en contra de la empresa, a la que se había negado el acceso a una zona sagrada de la nación tribal quechan. El laudo se basó en la posición del panel de que su papel era valorar si se había infringido la norma del derecho internacional consuetudinario relativa a un trato justo y equitativo, y no si el Estado había encontrado un equilibrio justo entre los derechos contrapuestos de la nación quechan y de la empresa. El panel sostuvo que el Estado había actuado de forma justificada al remitirse a la opinión de los profesionales que había contratado y que, puesto que el Estado no había generado expectativas por parte del inversor de una forma cuasicontractual, ello no conllevaba la violación de un tratado. En el laudo también se señaló la importancia del entorno altamente reglamentado que existía en California con respecto a las medidas medioambientales en general y a la explotación de minerales en particular y que debería haber moderado las expectativas del inversor. El panel aceptó el documento *amicus curiae* de los quechan, pero no tomó en consideración su argumento de que en ese caso era aplicable el derecho internacional de derechos humanos relativo a los pueblos indígenas.

45. En *Grand River Enterprise Six Nations, Ltd. c. los Estados Unidos* (2011), una compañía tabacalera propiedad de miembros de las naciones haudenosaunee del Canadá recurrió medidas adoptadas por los Estados Unidos. Una de las cuestiones planteadas por la empresa fue la ausencia de consulta previa en relación con algunas de las medidas. Aunque concluyó que no se había producido una expropiación, el tribunal afirmó que era muy posible que existiera un principio del derecho internacional consuetudinario que requiriese que las autoridades gubernamentales realizasen consultas con los pueblos indígenas como colectividad con respecto a políticas o acciones gubernamentales que los afectasen de forma significativa. Dado que la empresa era propiedad de personas físicas, el tribunal sostuvo que no estaba obligado a abordar la cuestión de la consulta previa. Sin embargo, agregó que era posible argumentar que deberían haberse celebrado consultas con los gobiernos de las tribus o naciones indígenas en los Estados Unidos, cuyos miembros e intereses soberanos podían resultar, y al parecer resultaban, afectados por las medidas para regular el comercio del tabaco¹².

¹² Véase *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c. los Estados Unidos*, párrs. 210 y 212, disponible en www.state.gov/documents/organization/156820.pdf.

46. En el caso *South American Silver Mining c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, ante la Corte Permanente de Arbitraje, la empresa reclama 387 millones de dólares por la supuesta expropiación de diez concesiones mineras y la infracción del trato justo y equitativo, con arreglo al tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Estado Plurinacional de Bolivia. La empresa sostiene que realizó esfuerzos legítimos ante las comunidades para lograr un consentimiento general y que la oposición al proyecto proviene de un reducido grupo de mineros ilegales y de ciertas organizaciones indígenas, mientras que el Gobierno fomenta el conflicto. Argumenta que las comunidades le han pedido reiteradamente que siga adelante con el proyecto y afirma que el Estado Plurinacional de Bolivia no ha proporcionado plena protección y seguridad, señalando su decisión “manifiestamente irrazonable” de no procesar a los líderes indígenas, dadas las consecuencias para la inversión de la empresa¹³.

47. El Estado Plurinacional de Bolivia respondió: a) que había actuado por causa de utilidad pública y había tenido justificación para revertir la propiedad al Estado de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad, para evitar problemas de seguridad derivados de la oposición de los pueblos indígenas al proyecto y para restaurar el orden público; b) que estaba aplicando la legislación nacional que debería haber moderado las expectativas legítimas de la empresa, puesto que el Estado no había contraído ningún compromiso de estabilidad; c) que el proyecto violaba derechos reconocidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; d) que la empresa había intentado falsificar el consentimiento con total desprecio hacia el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas afectados; e) que el tratado bilateral de inversiones no contenía una cláusula sobre la legislación aplicable, por lo que debería procederse a una “interpretación sistémica” de acuerdo con el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluidas las obligaciones de derechos humanos en relación con los pueblos indígenas con arreglo al derecho nacional e internacional, ya que eso se ajustaría a la naturaleza en evolución de las normas sobre el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, la arbitrariedad y la expropiación; y f) que el derecho internacional consuetudinario reconoce la primacía de los derechos humanos por encima de las disposiciones de protección de los inversores, citando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. el Paraguay* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴.

48. En su respuesta, la empresa mantuvo que: a) el Estado no había mostrado de qué manera la interpretación sistémica obligaría a rebajar las protecciones concedidas a la empresa con arreglo al tratado para respetar los supuestos derechos de las comunidades indígenas en virtud del derecho internacional; b) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las Líneas Directrices de la OCDE y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos eran instrumentos no vinculantes, y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran vinculantes para el Reino Unido y, por consiguiente, no eran normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes; d) el Estado no había demostrado que la protección de los derechos de los pueblos indígenas hubiese progresado hasta alcanzar el nivel de “obligaciones *erga omnes*”, ni por qué motivo los derechos humanos tenían primacía sobre las disposiciones de protección de los inversores.

¹³ Véase notificación de arbitraje y respuesta del reclamante, disponibles en <https://pcacases.com/web/view/54>.

¹⁴ Véase réplica del demandante al memorial de contestación del demandado, disponible en <https://pcacases.com/web/view/54>.

49. La empresa invocó la posición del Canadá en *Grand River Enterprise Six Nations, Ltd. c. los Estados Unidos* (véase el párr. 48) de que el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no formaban parte del derecho internacional consuetudinario, y la decisión de tribunales anteriores, en *Glamis Gold c. los Estados Unidos* (véase el párr. 47) de no resolver sobre la aplicabilidad de los derechos indígenas y en *Von Pezold y Border Timbers c. Zimbabwe* (véase el párr. 46) de que estos derechos no entraban en el ámbito de los tratados bilaterales de inversión. La empresa sostenía que se precisaría una cláusula de excepción que estableciera la primacía de los derechos de los pueblos indígenas sobre las protecciones de los inversores para poder “rebajar” estas últimas, y señaló como prueba la excepción tipo para el pueblo maorí que se empleaba en los tratados bilaterales de inversión de Nueva Zelanda¹⁵.

50. En el caso *Bear Creek Mining Corp. c. el Perú*, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, la empresa reclama más de 500 millones de dólares por presunta expropiación indirecta, ausencia de trato justo y equitativo, discriminación y falta de plena protección y seguridad para sus supuestos derechos de explotación minera en la mina Santa Ana, con arreglo al acuerdo de libre comercio entre el Perú y el Canadá. La reclamación se presentó tras las protestas de los pueblos indígenas, que dieron lugar a la retirada de la concesión para la explotación minera.

51. Según la empresa, las protestas, algunas de las cuales cobraron un cariz violento, tenían una motivación política al contar con la participación de un movimiento contrario a los extranjeros y a la minería, que recibió apoyo del pueblo indígena aymara. La empresa afirmó que, en lugar de valorar las condiciones sociales y ambientales, el Gobierno del Perú había actuado movido por la conveniencia política y había capitulado ante la violencia extrema. La empresa afirmó que tenía intención de cumplir con las licencias ambientales y con su responsabilidad social empresarial y que había consultado a las comunidades indígenas que apoyaban el proyecto y que se beneficiarían de forma significativa en términos de empleo e ingresos¹⁶.

52. En su respuesta, el Estado abordó la naturaleza de la inversión, la necesidad de sus acciones y la ausencia de una consulta adecuada y del consentimiento libre, previo e informado. Argumentó que el proyecto no había constituido una inversión ya que los permisos para proceder con la explotación aún estaban pendientes, incluida la aprobación de la evaluación del impacto ambiental y social. Por consiguiente, la empresa nunca había ostentado derechos a la explotación minera. Las protestas de los pueblos indígenas habían paralizado ciudades importantes en Puno (Perú) durante más de un mes y los violentos disturbios sociales habían estado motivados por una profunda oposición de la comunidad indígena a las actividades mineras, y no se trataba, como afirmaba la empresa, de un “espectáculo de títeres montado por políticos” ni de un “teatro político”. Afirmó que la revocación de la concesión había sido, por lo tanto, un ejercicio no discriminatorio y necesario de los poderes policiales del Estado encaminados a garantizar la seguridad pública¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Véase la memoria del reclamante sobre el fondo, disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

¹⁷ Véase la contramemoria del reclamante sobre el fondo y su memoria sobre la jurisdicción, disponibles en <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

53. En su consideración de los requisitos de consulta y consentimiento, el Estado argumentó que la empresa tenía la responsabilidad de comunicarse con los pueblos indígenas afectados por el proyecto y de informarse sobre sus preocupaciones, pero no había consultado a todos los pueblos indígenas y comunidades ni había obtenido su consentimiento, como debía haber hecho con arreglo a las normas pertinentes de derecho internacional de los derechos humanos, la legislación del Perú, las prácticas recomendadas por el Gobierno del Canadá y las directrices del Consejo Internacional de Minería y Metales. A ese respecto, argumentó que la legislación del Perú servía para aplicar el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT, que requería una consulta previa y en la práctica era un requisito de “consentimiento”. Afirmó que incumbía a la empresa ir más allá del mero trámite de consultar con las comunidades indígenas afectadas, y que debía realmente obtener la aprobación previa ya que, sin tal aprobación o consentimiento, el proyecto no podía funcionar. También afirmó que la empresa no habría obtenido el consentimiento de haberse previsto que se enfrentaría a meses de protestas violentas. Por el contrario, el apoyo recibido por la empresa provenía de unas pocas comunidades en la zona de influencia del proyecto y no de las comunidades vecinas que también se verían afectadas por el proyecto y se oponían a él. Este enfoque de consulta selectivo y divisivo sirvió para alimentar el descontento y el conflicto con consecuencias transfronterizas¹⁸.

54. El Columbia Centre on Sustainable Investment presentó una solicitud a fin de presentar un documento escrito para su inclusión en el expediente, pero el tribunal denegó esa solicitud¹⁹. En ese documento *amicus curiae* se señalaba la incoherencia entre el concepto de “inversión” que tenía el inversor y la definición de ese término en el acuerdo de libre comercio. Además, se mencionaba la subsiguiente no aplicabilidad de la norma de trato justo y equitativo y la falta de elementos para demostrar expectativas legítimas, aun cuando se hubiese aplicado esa norma. En esa misma línea, se señalaba el papel central que el requisito de buscar y obtener un consentimiento libre, previo e informado debía desempeñar en la valoración de los hechos y la determinación del fallo, y lo urgente que resultaba asegurar el cumplimiento de ese requisito, a la luz de los extensos conflictos sociales relacionados con la minería en todo el Perú. Según el documento, indemnizar a la empresa equivaldría a concederle el derecho a la explotación y menospreciaría los derechos de los pueblos indígenas.

D. Observaciones sobre la solución de controversias entre inversores y Estados

55. Con respecto a los casos mencionados, cabe formular diversas observaciones. En primer lugar, en todos los casos en los que se concedió una indemnización, el derecho internacional de los derechos humanos que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas no se consideró una fuente de derecho aplicable. Con la salvedad de *Glamis Gold c. los Estados Unidos*, en la práctica los tribunales hicieron efectivamente caso omiso de los derechos e intereses de los pueblos indígenas y los consideraron irrelevantes para el proceso, a pesar de que las violaciones de estos derechos y los esfuerzos por hacerlos valer habían sido fundamentos clave de las controversias en cuestión, y los fallos de los tribunales habrían podido tener un profundo efecto en los derechos de los pueblos indígenas y su bienestar.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Véase <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/participation-in-investor-state-disputes/>.

56. El laudo arbitral en el caso mencionado se considera una decisión avanzada en la medida en que garantiza el respeto de la protección de los lugares sagrados de los pueblos indígenas y demuestra que los fallos pueden tomar en consideración e incorporar las cuestiones relativas a los pueblos indígenas. El laudo del tribunal, según el cual una reducción del 50% en los beneficios previstos, a consecuencia de una medida encaminada a proteger los lugares sagrados de los pueblos indígenas, no constituía una expropiación indirecta y de que las medidas en cuestión no constituían una denegación de justicia “manifiestamente arbitraria”, respalda esa opinión.

57. Sin embargo, el tribunal hizo esencialmente caso omiso de la postura explicada en el documento *amicus curiae* presentado por la nación quechan, según el cual el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de los derechos afectados en el caso debía considerarse derecho aplicable. Una crítica conexa es que, al determinar lo que constituían las expectativas legítimas de un inversor, el tribunal se remitió en gran medida al sólido historial legislativo de California en relación con el medio ambiente, lo que sienta un precedente peligroso en jurisdicciones que no cuentan con esos antecedentes.

58. Se desconoce cómo respondería un tribunal a tal argumento. Un argumento alternativo podría ser que, en los Estados donde el estado de derecho es débil, una reforma legislativa para establecer el respeto de los derechos humanos será inevitable una vez que el entorno político madure lo suficiente. Puesto que existen obligaciones del Estado en relación con los pueblos indígenas con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, un inversor razonable debería prever que dichas obligaciones acabarían aplicándose, ya que esperar lo contrario es manifiestamente injusto y carece de legitimidad. Se habría evitado esta ambigüedad si el tribunal hubiese adoptado una posición más clara, afirmando que el Estado mantiene su derecho a regular con el fin de proteger los derechos de sus pueblos indígenas, reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

59. Una de las razones esgrimidas para justiciar que los tribunales no tomaran en consideración los derechos indígenas fue que el Estado no hubiera aludido a cuestiones de derechos humanos en sus argumentos, una opinión expresada también por tribunales de otros casos. Ello contrasta con los casos pendientes de *Bear Creek Mining Corp. c. el Perú* y *South American Silver Mining c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, en que los Estados han hecho hincapié de forma significativa en los derechos de los pueblos indígenas, y en particular en los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, como aspectos que merecen la consideración de los tribunales. Este avance apunta a una posible sinergia entre, por un lado, la concesión de protección a los derechos de los pueblos indígenas en la normativa nacional y los acuerdos internacionales de inversión y, por otro, la reducción del riesgo de procesos judiciales posiblemente costosos en el contexto de las medidas que afectan a las protecciones de los inversores.

60. Estos casos también plantean cuestiones importantes sobre las obligaciones de las empresas y de los Estados en lo que respecta a las consultas para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, y sobre la relación que guarda ese consentimiento con el establecimiento de una inversión para la cual un inversor puede reclamar protección. Con ello, estos casos ofrecen a los tribunales la oportunidad de examinar una cuestión de importancia capital para los derechos de los pueblos indígenas y de garantizar una mayor coherencia entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Una cuestión general que se plantea guarda relación con el papel de la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos a la hora de determinar las expectativas legítimas en contextos en los que el conflicto social y las violaciones de derechos parecen inevitables en ausencia de un consentimiento libre, previo e informado.

61. Los casos también ilustran las tensiones que surgen a menudo entre los regímenes del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones. En *Burlington Resources Inc. vs. el Ecuador* existe un marcado contraste entre la constatación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que el Estado había hecho un uso innecesario y excesivo de la fuerza contra los pueblos indígenas, con lo que había puesto en peligro su existencia, y la afirmación por parte de la empresa participante en la solución de controversias entre inversores y Estados de que el Estado no había hecho uso de la fuerza en grado suficiente para proteger la inversión de la empresa frente a esos pueblos indígenas, sin que ni la empresa ni el Estado consideraran oportuno tener en cuenta en sus argumentos los derechos de los pueblos indígenas.

62. El número de casos de solución de controversias entre inversores y Estados que afectan a los derechos de los pueblos indígenas está creciendo, un hecho que podría guardar relación con la naturaleza especulativa de esos asentamientos, que alienta a los inversores, en particular a las empresas extractivas que asumen riesgos, a buscar interpretaciones cada vez más amplias de las protecciones que complementan los acuerdos internacionales de inversión. De la misma forma, la previsión entre los Estados reacios al riesgo de que esta tendencia continuará reduce la probabilidad de que los Estados adopten medidas urgentes para reconocer, proteger, respetar y hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, en particular haciendo frente a las injusticias históricas en relación con la reivindicación de tierras.

63. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. el Paraguay* ilustra este argumento²⁰. El Estado afirmó que no podía aplicar los programas de restitución de tierras encaminados a garantizar los derechos de los pueblos indígenas debido a las medidas de protección concedidas a los inversores con arreglo a su tratado bilateral de inversión con Alemania. La Corte dictaminó que el tratado debía interpretarse a la luz de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y que la confiscación de tierras para su devolución a los pueblos indígenas podía justificarse como “causa de utilidad o interés público”. Si bien este es uno de los pocos casos en los que se ha intentado reconciliar las obligaciones según el derecho internacional de las inversiones y según el derecho internacional de los derechos humanos, no ofrece ninguna orientación sobre el grado en que debe indemnizarse al inversor ni sobre qué consideraciones deben determinar cuándo procede o no una indemnización. Esto apunta a la necesidad de mayor orientación por parte de los órganos de derechos humanos respecto de estas cuestiones.

64. En estos casos también se constata el papel limitado y desigual que atribuyen los tribunales en sus deliberaciones a los documentos *amicus curiae* presentados por los pueblos indígenas. El fundamento en el caso *Von Pezold y Border Timbers c. Zimbabwe* para rechazar el documento *amicus curiae* plantea graves preocupaciones ante la posibilidad de que sirva de orientación para futuros tribunales, como South American Silver sugiere que debería suceder.

65. La idea de que los pueblos indígenas deben demostrar su “independencia” del Estado en relación con las cuestiones que afecten a sus derechos no es coherente con el papel del Estado como garante de esos mismos derechos. Igual de alarmante, y contrario al derecho internacional de los derechos humanos, es que el tribunal desestimara el papel fundamental de la autoidentificación en la determinación de lo que constituye un pueblo indígena.

²⁰ Véase http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

66. En esencia, el tribunal se distanció de cualquier perjuicio que su fallo pudiese producir en los derechos indígenas, al reconocer que su decisión podía afectarlos y al sostener sin embargo que los derechos indígenas escapaban al ámbito de la controversia y no formaban parte del derecho aplicable. Eso equivale a supeditar los derechos de los pueblos indígenas a las disposiciones de protección de los inversores, sin que se ofrezca una opción de participación o recurso. Esos argumentos son un aspecto fundamental de la crisis de legitimidad a la que se enfrenta el régimen de derecho internacional de las inversiones. Las justificaciones basadas en la falta de competencia en relación con los derechos indígenas son otro indicio de las deficiencias del sistema.

67. Todo lo anterior refleja el hecho de que el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados es esencialmente un proceso contencioso y basado en el derecho privado, y en el que los terceros afectados, como los pueblos indígenas, no tienen legitimidad y sus posibilidades de participar son extremadamente limitadas. Los documentos *amicus curiae* y la participación a solicitud de los Estados son recursos manifiestamente insuficientes en un contexto en que los Estados y los inversores están implicados en el menoscabo de los derechos de los pueblos indígenas y la obtención de beneficios por ello.

68. En sus respuestas a los cuestionarios, varios Estados señalaron el enfoque adoptado por la Unión Europea, que en cierta medida se refleja en el capítulo 8 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea como paso hacia la reforma de los sistemas de solución de controversias. Entre sus características mejoradas figuran un modelo revisado para el nombramiento de arbitrajes designados por Estados partes, lo que elimina los conflictos de interés que se producen cuando un árbitro también actúa como consejero y experto, y el acceso a un mecanismo completo de apelación después de dictado el laudo. Cabe mencionar asimismo el enfoque adoptado por el Brasil en sus tratados bilaterales de inversión recientes, que no proporcionan acceso a la solución de controversias entre inversores y Estados, sino que recurren a una combinación de mediación, diplomacia y arbitraje entre Estados.

69. Además de reconocer la necesidad de reformar los sistemas de solución de controversias, los Estados subrayaron la necesidad de garantizar el espacio regulador necesario para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el requisito de una consulta previa con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Las respuestas sugieren que la intención y las expectativas de los Estados de origen y receptores al celebrar un acuerdo internacional de inversión son que no se impongan limitaciones a su capacidad de cumplir los derechos de los pueblos indígenas, bajo el supuesto de que el Estado mantiene el derecho a regular sin enfrentarse a la exigencia de indemnizaciones y que, cuando sean necesarias, las protecciones concedidas a los inversores deberán guardar un equilibrio proporcionado con la obligación de proteger los derechos de los pueblos indígenas. La Relatora Especial alienta a que más Estados respondan a sus cuestionarios, que están disponibles en español, francés e inglés y serán un componente de su informe final sobre esta cuestión.

VI. El Acuerdo de Asociación Transpacífico

70. En 2015, el Acuerdo de Asociación Transpacífico fue firmado por 12 países de tres continentes que, en su conjunto, representan una parte importante del comercio mundial. De esos países, 11 tienen una población significativa de pueblos indígenas, que en un número cada vez mayor se ve afectada negativamente por proyectos de inversión extranjera a gran escala en sus territorios. Esos pueblos han expresado su inquietud por la falta de medidas de protección de sus derechos frente a los de los inversores extranjeros y por el desequilibrio en las medidas de reparación. También han criticado la ausencia de consultas en la

negociación del Acuerdo y la falta de cualquier evaluación de su repercusión en los derechos humanos. Como ha destacado el Tribunal de Waitangi, la ausencia de consultas adecuadas sobre el Acuerdo perjudica la relación con los pueblos indígenas y aumenta la probabilidad de que en el futuro esa relación esté marcada por el enfrentamiento y la falta de confianza²¹. A este respecto, los pueblos indígenas están exigiendo consultas de buena fe antes de la ratificación ya que temen que, a menos que se incluyan medidas de protección adecuadas, el Acuerdo facilitará proyectos y actividades que conduzcan a nuevos conflictos y violaciones graves de sus derechos a la tierra, los territorios y los recursos naturales, incluidos sus derechos a los conocimientos tradicionales.

71. El Acuerdo de Asociación Transpacífico no incluye referencia alguna a los derechos humanos. Aunque sí hace referencia al derecho de regulación en relación con “objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios”, lo matiza afirmando que toda medida deberá ser “compatible con” su capítulo sobre inversiones, lo que a efectos prácticos reduce el ámbito de este derecho al que determinen las interpretaciones amplias de las protecciones generales a la inversión²².

72. Los maoríes de Nueva Zelandia son el único pueblo indígena mencionado en el capítulo de excepciones²³. Mediante esa disposición se permite “un trato favorable a los maoríes” y se excluye la interpretación del Tratado de Waitangi de las disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estados. Sin embargo, los maoríes consideran que esta excepción es inadecuada²⁴. Tras expresar sus inquietudes en relación con las posibles repercusiones de la solución de controversias entre inversores y Estados, el Tribunal de Waitangi recomendó que los maoríes participasen en el nombramiento de árbitros cuando sus derechos resultasen afectados.

73. La excepción relativa a los maoríes en el Acuerdo de Asociación Transpacífico lleva implícito el reconocimiento de que sus derechos, y por extensión los derechos de otros pueblos indígenas, pueden resultar afectados negativamente por las protecciones de los inversores con arreglo al Acuerdo y por su mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados. También queda implícito el hecho de que las protecciones concedidas a los maoríes con arreglo a la excepción se deniegan esencialmente a todos los demás pueblos indígenas afectados, debido a la ausencia de excepciones para ellos.

74. Una de las cuestiones que los pueblos indígenas han subrayado en relación con el Acuerdo es su efecto en el control de esos pueblos sobre sus conocimientos tradicionales, puesto que en el capítulo correspondiente del Acuerdo se refuerzan los derechos de las corporaciones que ostentan derechos de propiedad intelectual, mientras que los derechos sobre los conocimientos tradicionales que quedan fuera del régimen de propiedad intelectual no reciben protección alguna. La experiencia hasta la fecha demuestra que, en ausencia de salvaguardias adecuadas, los conocimientos tradicionales pueden ser objeto de comercialización. Se plantean inquietudes similares en relación con los recursos genéticos y la biodiversidad.

²¹ Véase informe del Tribunal de Waitangi sobre el Acuerdo de Asociación Transpacífico (versión previa a la publicación), disponible en https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf.

²² Véase el Acuerdo de Asociación Transpacífico, artículo 9.15, disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

²³ *Ibid.*, artículo 29.6.

²⁴ Véase Tribunal de Waitangi (nota 21 *supra*).

75. En el capítulo de excepciones se incluye una que permite que las partes adopten medidas en relación con los conocimientos tradicionales de acuerdo con sus obligaciones internacionales, pero en la práctica los árbitros pueden hacer caso omiso de esa excepción o bien interpretar que su relevancia es escasa. En el Acuerdo de Asociación Transpacífico no se incluyeron requisitos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional del medio ambiente en relación con una distribución equitativa de los beneficios, ni tampoco un requisito general respecto del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; únicamente se hace referencia al consentimiento cuando la legislación nacional ya lo requiera.

76. Los efectos del Acuerdo de Asociación Transpacífico, por el que se afirman los derechos de los inversores y se limitan los derechos de los indígenas, podrían ser especialmente profundos para los pueblos indígenas en los numerosos países del Acuerdo que son ricos en recursos, dado el enorme número de empresas de los sectores de la industria extractiva, la silvicultura, el aceite de palma y la energía con sede en Australia, el Canadá, los Estados Unidos, Malasia y Nueva Zelandia. Estos recursos a menudo se encuentran en zonas objeto de controversias y conflictos prolongados entre los pueblos indígenas y los inversores extranjeros.

VII. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

77. **Las inversiones extranjeras pueden contribuir al crecimiento y el desarrollo económicos. Sin embargo, desde hace tiempo existe un debate sobre las condiciones necesarias para que los países en desarrollo se beneficien de esas inversiones, y sobre la medida en que los acuerdos internacionales de inversión facilitan esas condiciones²⁵.**

78. **El orden público internacional moderno exige que el desarrollo sea sostenible y compatible con los derechos humanos y los principios democráticos. Se han dado algunos pasos iniciales para tratar de incorporar esos objetivos políticos en los acuerdos internacionales de inversión, con referencias al libre derecho del Estado a reglamentar en beneficio del interés público en el preámbulo y las disposiciones sustantivas de los modelos de tratados bilaterales de inversión. No obstante, las referencias a los derechos humanos en esos acuerdos son escasas y hasta la fecha la respuesta global del régimen del derecho internacional de las inversiones ha sido inadecuada. En consecuencia, su legitimidad sigue estando en entredicho.**

79. **La investigación que desarrolló la Relatora Especial en preparación del presente informe, incluidos talleres y cuestionarios, indica que las inversiones extranjeras y nacionales tienen importantes repercusiones en los derechos de los pueblos indígenas, incluso cuando no existen acuerdos internacionales de inversión. Por lo tanto, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas se necesitarán no solo reformas dentro del régimen del derecho internacional de las inversiones, sino también un compromiso mucho más proactivo por parte de los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, la investigación de la Relatora Especial también indica que esos acuerdos pueden contribuir a esas graves repercusiones, agravándolas y exacerbándolas, y así sucede en un número cada vez mayor de contextos.**

²⁵ Véase K. Mohamadieh y M. Montes, “Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements”, en *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (South Centre, Ginebra, 2015).

80. Como concluyó el Tribunal de Waitangi en el contexto del Acuerdo de Asociación Transpacífico, incluso cuando se incluye una excepción con la intención de proteger los derechos de los pueblos indígenas:

No estamos en posición de alcanzar una conclusión definitiva sobre el grado en los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados en el marco del Acuerdo de Asociación Transpacífico pueden perjudicar los derechos e intereses de los maoríes con arreglo al Tratado, pero sí lo consideramos una cuestión grave que merece mayor examen, discusión y diálogo entre los asociados en el Tratado. No aceptamos el argumento de la Corona de que los temores del demandante en este aspecto son exagerados²⁶.

81. La armonización del derecho internacional de las inversiones con el derecho internacional de los derechos humanos es una condición previa fundamental para hacer frente a esta crisis de legitimidad, respetar los derechos de los pueblos indígenas y garantizar un conjunto coherente de normas de derecho internacional. Al tomar disposiciones para velar por que los acuerdos internacionales de inversión no limiten el espacio regulador y al adoptar medidas para proteger los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades de los inversores, los Estados podrán prevenir onerosos procesos de solución de controversias entre inversores y Estados y eliminar la incertidumbre en torno a los límites que el derecho internacional de las inversiones impone a la soberanía del Estado y de los pueblos indígenas. Además, si en la solución de controversias los Estados invocan argumentos del derecho internacional de los derechos humanos, aumentarán la presión sobre los inversores para que estos procedan a una adecuada diligencia debida en materia de derechos humanos antes de iniciar un proceso de solución de controversias.

82. Existe por lo tanto una sinergia entre la protección del derecho del Estado a regular en beneficio del interés público y las garantías de protección de los derechos de los pueblos indígenas, ya que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ofrece un conducto por el que los Estados pueden limitar la cesión del control sobre las decisiones en materia de recursos naturales a los inversores extranjeros y a los tribunales encargados de proteger sus intereses.

83. La Relatora Especial considera que es posible desarrollar un sistema de derecho internacional de las inversiones que reduzca los riesgos para los derechos de los pueblos indígenas y actúe en su beneficio y el del Estado, y que al mismo tiempo proporcione a los inversores extranjeros una mayor seguridad en sus inversiones. Para lograrlo se necesitarán reformas a corto y largo plazo, a nivel del derecho internacional de las inversiones y en el marco reglamentario nacional de los Estados de origen y los Estados receptores, así como en las políticas, prácticas y obligaciones de los inversores.

84. Existen sólidos argumentos para reformar de manera radical el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados y para reformar del sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Se han propuesto mecanismos destinados a resolver controversias entre inversores y Estados que incluyan a las comunidades y las personas afectadas mediante la determinación de los hechos y la mediación, y posiblemente mediante poderes judiciales, siguiendo el modelo de un órgano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

85. Es preciso refutar la creencia caduca de los Estados de que pueden garantizar la seguridad de los inversores y al mismo tiempo desatender los derechos de los pueblos indígenas. Los inversores deben asumir su responsabilidad de evaluar el

²⁶ Véase Tribunal de Waitangi (nota 21 *supra*).

riesgo social y político derivado de sus inversiones. De no hacerlo, sus expectativas no podrán ser legítimas. Los sistemas de solución de controversias no pueden seguir excluyendo a los principales afectados por las controversias que esos sistemas supuestamente resuelven; de lo contrario, sus fallos carecerán de legitimidad. La participación plena y efectiva de los pueblos indígenas de acuerdo con su derecho a conceder o denegar el consentimiento, junto con la garantía de una reparación equitativa, son principios fundamentales para superar el sistema actual, incoherente y falto de equilibrio. La Relatora Especial alienta a los interesados a la cooperación y el pensamiento creativo a ese respecto y tiene gran interés en elaborar su informe final, en el que examinará la interacción entre las disposiciones de protección de los inversores y los derechos de los pueblos indígenas, y examinará la forma en que los enfoques de derechos humanos y de desarrollo sostenible pueden ayudar a orientar el futuro del derecho internacional de las inversiones.

B. Recomendaciones

Contenido de los acuerdos internacionales de inversión

86. Los acuerdos internacionales de inversión deben incluir cláusulas construidas apropiadamente sobre el derecho a regular. Esas cláusulas deberían:

a) Evitar el uso del lenguaje restrictivo con respecto al derecho a regular en beneficio del interés público;

b) Proteger ese derecho de una forma que sea explícitamente coherente con el deber del Estado de proteger, respetar y cumplir los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos;

c) Ser de aplicación a todas las normas de protección de los inversores, como las relativas al trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad y la expropiación indirecta;

d) Indicar explícitamente que las medidas adoptadas de buena fe en beneficio de los derechos humanos no constituyen un incumplimiento de los acuerdos internacionales de inversión y no están sujetas a indemnización.

87. Deben desarrollarse mecanismos para modificar los acuerdos internacionales de inversión existentes con el fin de incluir el derecho a regular y a imponer el respeto de los derechos humanos.

88. Los acuerdos internacionales de inversión deben incluir el respeto de los derechos humanos como un objetivo de la política en su preámbulo²⁷.

89. Cuando el derecho a regular no esté suficientemente protegido en los acuerdos internacionales de inversión, deberán incluirse excepciones generales para las medidas encaminadas a la promoción de la igualdad y la lucha contra la discriminación histórica a largo plazo, o excepciones concretas y exenciones a la solución de controversias entre inversores y Estados en relación con las medidas que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas²⁸. Las excepciones concretas deben desarrollarse en cooperación con los pueblos indígenas.

²⁷ Véanse, por ejemplo, los modelos de acuerdo bilateral de inversión de Noruega, el International Institute for Sustainable Development y la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo.

²⁸ Véase el modelo de acuerdo bilateral de inversión del International Institute for Sustainable Development.

90. Las cláusulas de jurisdicción deben prohibir que se atiendan las reclamaciones:

a) Relativas a las inversiones que incumplan la ley, incluido el derecho internacional de los derechos humanos;

b) Presentadas por empresas ficticias o cuya sede sea un apartado fiscal establecidas en jurisdicciones con el objetivo exclusivo o primario de aprovecharse de esas protecciones en los acuerdos internacionales de inversión.

91. Las disposiciones de protección de las inversiones, como el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad y la prohibición de la expropiación, deben aplicarse únicamente a las inversiones establecidas. No deben aplicarse antes de que se hayan realizado consultas para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ni antes de la celebración de acuerdos contractuales con los pueblos indígenas interesados.

92. Los acuerdos internacionales de inversión y los textos interpretativos deben permitir que los Estados presenten contrademandas para solicitar un remedio afirmativo en respuesta a la interferencia de un inversor con las obligaciones de los Estados con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos.

El proceso de negociación

93. De conformidad con las recomendaciones de la Relatora Especial en su informe de 2015 a la Asamblea General (A/70/301), es preciso:

a) Desarrollar procedimientos y mecanismos apropiados para las consultas, en cooperación con los pueblos indígenas, en relación con la redacción, negociación y aprobación de los acuerdos internacionales de inversión, y el derecho de estos pueblos a ser consultados debe quedar garantizado antes de la ratificación del Acuerdo de Asociación Transpacífico;

b) Proceder a una evaluación de las repercusiones en los derechos humanos de todos los acuerdos comerciales y de inversión, en la línea de las evaluaciones de impacto efectuadas en el marco de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos desarrollados por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación.

94. Los Estados deben negociar acuerdos internacionales de inversión de acuerdo con sus obligaciones internacionales de cooperación con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en consonancia con la doctrina de “manos limpias” en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

95. Los Estados deben negociar acuerdos internacionales de inversión en el marco de su cooperación internacional respecto de las obligaciones con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, y en consonancia con la doctrina de “manos limpias”, mediante la realización de evaluaciones de las repercusiones en los derechos humanos, la correspondiente diligencia debida y la generación de conocimientos en relación con todas las posibles repercusiones en los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el interior del país como en el extranjero.

Solución de controversias en materia de inversiones

96. Los órganos de solución de controversias en materia de inversiones encargados de examinar casos que afecten a los derechos de los pueblos indígenas deben promover la convergencia de los derechos humanos y los acuerdos internacionales de inversiones, y para ello deben:

- a) **Adoptar enfoques basados en el derecho internacional de los derechos humanos cuando deban sopesar todos los derechos relacionados con una controversia determinada, abordar cuestiones de necesidad basadas en imperativos de derechos humanos como la eliminación de la discriminación racial, aplicar el principio de proporcionalidad y reconocer los profundos efectos de los proyectos a gran escala en el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y en su bienestar;**
- b) **Otorgar la debida consideración al derecho internacional de los derechos humanos cuando interpreten las disposiciones de protección de las inversiones y la definición de inversión y velar por que sus decisiones respeten el deber del Estado de regular con arreglo a ese derecho, independientemente de que el derecho a regular figure o no de forma explícita en los acuerdos internacionales de inversión de que se trate;**
- c) **Tener en cuenta las responsabilidades que incumben a los inversores en el plano de los derechos humanos, como se indica en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos;**
- d) **Velar por que el derecho aplicable incluya todos los tratados de derecho internacional de los derechos humanos ratificados por alguno de los Estados partes, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como guía de interpretación a efectos de la aplicación de dichos tratados a los pueblos indígenas;**
- e) **Conceder peso a las expectativas legítimas de los Estados en relación con su capacidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas;**
- f) **Reconocer el derecho de los pueblos indígenas interesados a intervenir mediante documentos *amicus curiae* y tomar en plena consideración sus argumentos;**
- g) **Interpretar las cláusulas de los contratos entre inversores y Estados, incluidas las cláusulas de estabilización, cubiertas por dichos acuerdos mediante cláusulas de alcance general, de forma que no se impongan limitaciones a la capacidad del estado para proteger los derechos de los pueblos indígenas;**
- h) **Tomar conciencia de la contribución de las empresas extranjeras a las violaciones de derechos de los pueblos indígenas, y de los obstáculos jurisdiccionales, financieros, culturales, técnicos, logísticos y políticos a que se enfrentan los pueblos indígenas al tratar de que esas empresas asuman sus responsabilidades;**
- i) **Evitar los fallos que contribuyan al enfriamiento regulatorio en relación con los derechos de los pueblos indígenas o que avalen de manera efectiva la implicación de una empresa en actuaciones contra los derechos indígenas;**
- j) **Rechazar, salvo en las situaciones más extremas, la confidencialidad comercial como barrera a la transparencia en el contexto de las medidas reglamentarias relacionadas con los derechos humanos fundamentales.**

97. **Los Estados deben:**

- a) **Promover las prácticas arriba mencionadas mediante texto interpretativo;**
- b) **Ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado;**

c) **Nombrar árbitros que tengan conocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y cooperar para interpretar los acuerdos internacionales de inversión pertinentes en relación con los derechos indígenas;**

d) **Evitar incluir cláusulas de alcance general en los tratados bilaterales de inversión;**

e) **Reforzar sus argumentos de derechos humanos en respuesta a las reclamaciones en procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados, destacando su deber de regular con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas y la responsabilidad de las empresas de respetar esos derechos.**

Obligaciones de las empresas

98. **Los acuerdos internacionales de inversión deben:**

a) **Abordar la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, incluido el requisito de proceder a la diligencia debida en materia de derechos humanos y de prevenir, mitigar y reparar los perjuicios a los derechos humanos en los que hayan podido verse implicadas, en particular en relación con grupos vulnerables como los pueblos indígenas;**

b) **Proteger solo las inversiones de buena fe. Si existen indicios de diligencia debida inadecuada en materia de derechos humanos o de una actuación de la empresa en perjuicio de los derechos indígenas, deberían figurar en el acuerdo disposiciones expresas para la denegación de los beneficios de la protección del inversor en términos de acceso a procesos de solución de controversias entre inversores y Estado a través del deber de los tribunales de declararse incompetentes, con mecanismos para viciar los derechos de las empresas en esos contextos;**

c) **Exigir que las empresas faciliten información pública sobre las posibles repercusiones de sus actividades en los derechos de los pueblos indígenas, y sobre las medidas adoptadas para prevenir y mitigar dichas repercusiones.**

99. **Los Estados deben considerar la posibilidad de:**

a) **Incorporar a la legislación nacional las disposiciones sobre responsabilidad de las empresas que figuran en los acuerdos internacionales de inversión, para hacer posible su ejecución;**

b) **Desarrollar un mecanismo para revisar el grado en que las empresas cumplen con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, tomando como base procesos existentes, como los órganos creados en virtud de tratados y de la Carta de las Naciones Unidas, los puntos nacionales de contacto de la OCDE y los grupos de inspección de las instituciones financieras internacionales, con vistas a garantizar que se otorgue la importancia debida a las constataciones en cualquier reclamación conexa por una controversia en materia de inversiones.**

100. **Los inversores deben:**

a) **Actuar bajo la premisa de que el marco regulatorio evoluciona continuamente para lograr de manera progresiva que se hagan efectivos los derechos humanos de los pueblos indígenas, como lo requiere expresamente el derecho internacional de los derechos humanos;**

b) **Respaldar la transición hacia un modelo de inversiones que promueva la efectividad de los derechos humanos.**

Medidas complementarias que se precisan para mitigar los efectos de los acuerdos internacionales de inversión

101. Los órganos de derechos humanos internacionales y regionales deben seguir formulando recomendaciones sobre la responsabilidad de los Estados de origen y Estados receptores de regular la conducta de las empresas, y considerar la posibilidad de elaborar recomendaciones generales u opiniones consultivas sobre la responsabilidad de los Estados de origen en relación con los derechos de los pueblos indígenas y la confluencia de la protección de los inversores y los derechos humanos.

102. Los Estados de origen deben aprobar y aplicar normas extraterritoriales en relación con los efectos de sus empresas en los pueblos indígenas en el extranjero y asegurarse de que estas rindan cuentas por cualquier violación de derechos, entre otras cosas la denegación de la protección prevista en los acuerdos internacionales de inversión.

103. Los Estados receptores deben cumplir con su deber de regular en relación con los derechos de los pueblos indígenas a:

- a) Las tierras, los territorios y los recursos, lo que exige una delimitación basada en la tenencia, la posesión y el uso de la tierra en régimen consuetudinario;
- b) La restitución de las tierras, territorios y recursos ocupados sin un consentimiento libre, previo e informado;
- c) La libre determinación, en virtud de la cual pueden determinar su propio desarrollo social, cultural y económico y mantener y desarrollar sus instituciones, costumbres y procesos de toma de decisiones;
- d) Consultas previas de buena fe para conceder o denegar el consentimiento libre, previo e informado en relación con medidas que afecten a sus derechos;
- e) Sus creencias y conocimientos tradicionales;
- f) Una forma de vida permanente y duradera elegida por ellos mismos.

104. Las entidades gubernamentales encargadas de proteger los derechos de los pueblos indígenas deben velar por que los inversores extranjeros dispongan de información sobre la necesidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas y sobre la obligación que tiene el Estado de lograr progresivamente la efectividad de esos derechos.

105. Los pueblos indígenas podrían considerar la posibilidad de declarar públicamente sus expectativas en relación con cualquier posible proyecto de inversión en sus territorios, por ejemplo mediante consultas y protocolos de consentimiento libre, previo e informado, con lo que influirían en las expectativas legítimas de los inversores potenciales.

106. Las instituciones financieras internacionales, incluido el Banco Mundial, deben aplicar sus normas de desempeño de una forma coherente con la evolución de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, en particular en relación con el requisito del consentimiento libre, previo e informado.

107. Para suspender o dar por terminado un acuerdo de inversión internacional que afecte a los derechos de los pueblos indígenas, los Estados podrían invocar el artículo 62, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en relación con un cambio fundamental en las circunstancias, como puede ser el reconocimiento de los pueblos indígenas dentro de sus fronteras. Para ello, el Estado debería demostrar que: a) ese reconocimiento no fue previsto en el momento de la celebración del tratado, lo que podría explicarse aludiendo a la evolución en los

Estados de Asia y África de la noción de lo que constituye un pueblo indígena en esas regiones; b) ese cambio modifica radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado, como podría suceder con el requisito de que los planes de inversión cuenten con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; y c) el cambio no resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado, un umbral que no alcanza el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas dentro del Estado receptor.

Reforma a largo plazo

108. La reforma a largo plazo del derecho internacional de las inversiones exige un cambio en el planteamiento de la finalidad y la naturaleza de los acuerdos internacionales de inversión y los mecanismos de solución de controversias. En lugar de considerar que su papel es únicamente, o incluso tal vez principalmente, el de proteger los derechos de los inversores, esos acuerdos y mecanismos deben entenderse dentro de un marco más amplio de políticas públicas y derecho internacional, adecuado a nuestro escenario de mundialización económica e interdependencia, de forma que las legítimas disposiciones de protección de los inversores operen en armonía con los derechos de los indígenas y los derechos humanos en lugar de actuar como una limitación a los objetivos de políticas públicas a largo plazo y servir para seguir fragmentando el orden internacional. Para ello será necesario reformular aspectos del sistema del derecho internacional de las inversiones que no son adecuados a su finalidad. El objetivo debe ser el de proteger los derechos legítimos de los inversores y la necesidad de una previsibilidad razonable, y al mismo tiempo garantizar el derecho del Estado a regular y a proteger los derechos humanos fundamentales, y velar por que los derechos de los más vulnerables no queden supeditados a los intereses económicos de los más poderosos.

Anexo I

[Inglés únicamente]

Participation in international and national conferences and dialogues

The Special Rapporteur participated in a number of international dialogues and conferences, including:

- (a) The twenty-first session of the Conference of Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change;
- (b) A symposium in Canada addressing the national inquiry of the Government on missing and murdered indigenous women;
- (c) A high-level dialogue on the World Bank's draft environmental and social standard on indigenous peoples, held in Addis Ababa;
- (d) A seminar on litigation experiences in cases of violence against women and women's access to justice, held in Guatemala;
- (e) An international seminar on indigenous jurisdiction and access to justice, held in Colombia;
- (f) A panel discussion on conflict and peace negotiations and indigenous peoples, held in New York;
- (g) A meeting with the World Bank and the Nordic Trust Fund on safeguarding indigenous peoples' rights.

Further details on those activities will be included in the forthcoming report of the Special Rapporteur to the General Assembly.

The Special Rapporteur also participated in the regular sessions of the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, and discussed how to better coordinate their mandates. She also held meetings with several State delegations and indigenous organizations.

Anexo II

[Inglés únicamente]

Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples

In order to inform her thematic report, together with IWGIA, AIPP and Tebtebba, the Special Rapporteur organized a series of regional workshops on the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples. The first was held in Lima, Peru, for Latin America and the second in Bangkok, Thailand for Asia. A third is planned for Africa. The Special Rapporteur also co-organized a global expert's seminar, together with CCSI, which was held in New York in May 2016.

The Special Rapporteur wishes to express her gratitude to all of the indigenous peoples' representatives, civil society organizations and individuals who participated in these meetings and contributed to deepening her knowledge of the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples and potential avenues for addressing the challenges this poses. She looks forward to continued collaboration with them over the coming year in the development of her final report on the subject of investments and indigenous peoples' rights.

In particular, the Special Rapporteur would like to thank Jose Alywin, Lorenzo Cotula, Joshua Curtis, Howard Mann, Kinda Mohamadieh, Lone Wandahl Mouyal and Luis Vittor and for their expert input and Cathal Doyle for his assistance in the development of the report. She also expresses her gratitude to Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) the International Working Group Indigenous Affairs (IWGIA) and Tebtebba for their assistance in organizing these workshops. She also thanks the staff and students of the University of Colorado Law School Clinic for research they conducted.

She also acknowledges with gratitude the assistance provided by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and her external team. She also expresses thanks to the many indigenous peoples, States, United Nations bodies and agencies and non-governmental organizations that cooperated with her over the past year in the implementation of her mandate.

The indigenous representatives and expert participants in the two regional workshops and the global workshop are listed below.

Workshop on Indigenous Peoples and International Investment

May 12, 2016, Ford Foundation headquarters

320 East 43rd St., New York

Participants

Jose Aylwin	Co-director, Observatorio Ciudadano, Chile
Rana Bahri	DLA Piper
Manja Bayang	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Chhoun Borith	Indigenous representative, Cambodia
Patricia Borraz	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Amy Brown	Ford Foundation
Stephanie Burgos	Oxfam America
Jesse Coleman	Columbia Center on Sustainable Investment
Kaitlin Cordes	Columbia Center on Sustainable Investment
Lorenzo Cotula	International Institute for Environment and Development
Penny Davies	Ford Foundation
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celeste Drake	Trade & Globalization Policy Specialist at AFL-CIO
Ben Hoffman	Columbia Law School Human Rights Clinic; Human Rights Institute
Atama Katama	CSO Partnership for Development Effectiveness
Birgit Kuba	World Bank Inspection Panel
Danika Littlechild	Canadian Commission for UNESCO
Howie Mann	International Institute for Sustainable Development
Soledad Mills	Equitable Origins
Terry Mitchell	Wilfrid Laurier University, Canada
Marcos Orellana	Center for International Environmental Law
Aaron Marr Page	Forum Nobis
Sochea Pheap	Cambodia Indigenous Youth Association
Nikki Reisch	New York University Center for Human Rights and Global Justice
Stanley Riamit	Indigenous Livelihoods Enhancement Partners, Kenya
Lisa Sachs	Columbia Center on Sustainable Investment
William Shipley	Centre for International Sustainable Development Law
Tui Shortland	Managing Director, Repo Consultancy
Indira Simbolon	Asian Development Bank
Joseph Ole Simmel	Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organization
Rukka Sombolinggi	Aliansi Masyarakat Adat Nusantara

Casper Sonesson	United Nations Development Programme
Elsa Stamatopoulou	Columbia University
Sam Szoke-Burke	Columbia Center on Sustainable Investment
Victoria Tauli-Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Mong Vichet	Highland Association, Cambodia
Samoeun Vothy	Indigenous representative, Cambodia
Christina Warner	University of Colorado American Indian Law Clinic
Shawn Watts	Columbia Law School
Hee-Kyong Yoo	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Michael Zaccaro	University of Colorado American Indian Law Clinic

Remote participants

Filip Balcerzak	SSW, Poland
Ilias Bantekas	Brunel University London
Graeme Everton	Indigenous Traders
Carla Fredericks	University of Colorado
Lise Johnson	Columbia Center on Sustainable Investment
Kinda Mohamadieh	South Centre
Brendan Plant	Cambridge University
Andrea Saldarriaga	London School of Economics
Shana Tabak	Georgia State University

Indigenous Peoples' International Seminar

Free Trade Agreements, Bilateral Investment Treaties and Large Scale Investment Projects (Megaprojects) and their Impacts on the Rights of Indigenous Peoples

Lima 25-26 April 2016

Participants

Alejandro Capetillo	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Alejandro Parellada	IWGIA
Aline Papic	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Ana Maria Llao	Ex Consejera Nacional Mapuche ante Conadi (2012-2016)
Armando Balbuena	Wayuu Representative
Baskut Tunkat	Special Rapporteur on Toxic Waste
Carwyn Jones	Victoria University of Wellington
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celso Padilla	Consejo Continental de la Nación Guaraní
Donald Rojas	MNICR

Emanuel Gomez	Universidad Autónoma Chapingo
Humberto Cholango	Former CONAIE President
Jorge Nahuel	Mapuche Confederation
Jose Aylwin	Observatorio Ciudadano
Jose Fernando Lopez Hernandez	Organización Campesina Emiliano Zapata – Coordinadora Nacional Plan de Ayala (OCEZ-CNPA)
Joseph Nkamasiai	African Inland Child & Community Agency for Development (AICCAD)
Lorenzo Cotula	IIED
Maíra Krenak	CASA
Marcos Cortez Basilio	Red de guardianes del maíz de Coyuca de Benítez, Guerrero
Maximiliano Mendieta	Tierraviva, Paraguay
Melaku Tegegn	ACHPR
Nancy Yanez	Observatorio Ciudadano
Nora Newball	Gobierno Creole de Bluefields
Ovide Mercredi	Former Chief of AFN
Patricia Borraz	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Paulina Acevedo	Observatorio Ciudadano
Raymundo Camacho	Support for Munduruku people Brazil
Rozeninho Saw Munduruku	Munduruku representative Brazil
Sergio Campusano	Diaguitas Huasco Altinos
Terry Mitchel	Wilfrid Laurier University
Thomas Jalong	JOAS
Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples

Asia-Pacific Consultation on International Investment Agreements and Indigenous Peoples

Prince Palace Hotel, Bangkok

Thailand 2-3 May 2016

Participants

Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Catalino Corpuz Jr	Tebtebba
Helen Valdez	Tebtebba
Maribeth Bugtong	Tebtebba
Mary Ann Bayang	Tebtebba
Joan Carling	AIPP
Prabindra Shakya	AIPP
Benedict Mansul	Country Research- Malaysia

Abhay Flavian Xaxa	Country Research-India
Cleto Villacorta III	Country Research-Philippines
Ranja Sengupta	Third World Network
Abdul Fauwaz Aziz	Third World Network
Joseph Purugganan	Philippines Focus on the global south
Kate Lappin	Thailand-APWLD
Diyana Yahaya	Thailand-APWLD
Jacqueline Carino	Philippines CPA
“Nancy” Zhang, Nanjie	Thailand CYLR
Niabdulghafar Tohming	Thailand Focus on the Global South
Te Ringahuaia Hata	Maori representative New Zealand
Myo Ko Ko	POINT Myanmar
Khamla Soubandith	CKSA Laos
Ruslan Khayrulin	Econforum Uzbekistan
Pianporn Deetes	International Rivers Thailand
Vicky Bowman	Myanmar
Khariroh	Komnas Perempuan Indonesia
Aflina Mustafainah	Komnas Perempuan Indonesia
Anne Tauli	CPA Philippines
Kate Ross	International Rivers
Joyce Godio	AIPP
Subhaqya Mangal Chakma	AIPP
Jocelyn Medd	IAP

Anexo III

[Inglés únicamente]

Bibliography

UN documents

A/HRC/24/41 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Extractive industries and indigenous peoples 1 July 2013

A/HRC/24/41/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia (31 July 2013)

CERD/CAN/CO/19-20 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination to Canada (4 April 2012)

E/CN.4/2003/90/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2002/65 MISSION TO THE PHILIPPINES

Lansman et al. V. Finalnd Communication No. 511/1992 UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994)

UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II

UNCTAD, 2014, "IIA issue note 3: Reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward

UNCTAD, 2015. "IIA Issues Note: Recent trends in IIAs and ISDs"

Regional and national documents

ACHPR (2016), Study on the Impact of Extractive Industries and Land Rights (ACHPR, forthcoming 2016)

IACHR (2016), Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the context of Extraction, Exploitation, and Development Activities (IACHR, 2016)

Model BITs

Waitangi Tribunal (2016), Report on the TPP WAI 2522 Waitangi Tribunal Report 2016

Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey IISD Model BIT IISD Model Agreement on Investment for Sustainable Development (April 2005) https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

Norwegian Model BIT Draft version 13 05 15 <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf>

SADC Model BIT SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (July 2012) <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>

Books and articles

Cotula (2011), Cotula L. Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development Briefing 4: Foreign investment contracts (IIED, 2011)

Cotula & Berger, (2015), Cotula L. & T. Berger Land Deals and Investment Treaties: Visualising the interface, IIED, 2015

Curtis (2014). Curtis J. Human Rights and Foreign Investment, PhD Thesis (National University of Ireland, Galway, 2015) <https://aran.library.nuigalway.ie/handle/10379/4932>

Doyle & Whitmore (2014). Doyle C. & A. Whitmore Indigenous Peoples and the Extractive Industries: Towards a rights respecting engagement (Tebtebba, Middlesex University, PIPLinks 2014)

Doyle (2015), Doyle C. Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent (Routledge, 2015)

Hepburn (2015). Hepburn J. Amicus Submission Rejected in Zimbabwe Case; Human Rights Law held inapplicable to ICSID Proceedings (27 June 2012) www.iareporter.com

Hirono et al. (2015). Hirono K, Haigh F, Gleeson D, Harris P and Thow, A M. Negotiating healthy trade in Australia: Health impact assessment of the proposed Trans-Pacific Partnership Agreement. (Liverpool, NSW: Centre for Health Equity Training Research and Evaluation, part of the Centre for Primary Health Care and Equity, Faculty of Medicine, UNSW Australia, 2015)

Johnson & Sach (2015). Johnson L & L Sachs Entrenching, rather than reforming, a flawed system (CCSI, 2015)

Mohamadieh & Montes (2015), Mohamadieh K. & M. F. Montes 'Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements' in Investment Treaties Views and Experiences from Developing Countries (South Centre, 2015)

Kube & Petersmann (2016), Kube V & E.U. Petersmann Human Rights Law in International Investment Arbitration 11(1) AJWH 65 (2016)

Kurtz (2009), Kurtz, J., The Use and Abuse of WTO Law in Investor State Arbitration: Competition and Its Discontents European Journal of International Law 20 no. 3 (2009)

LSE (2016) Guide To Implementing The UN Guiding Principles On Business And Human Rights In Investment Policymaking (LSE, 2016) http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE_UNGPs_Guide_en.pdf

Mann (2008), Mann H. International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities (IISD, 2008)

Mohamadieh & Uribe (2016), Mohamadieh K. & D Uribe. The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors (South Centre, 2016)

Mohamadieh et al (2015) Mohamadieh K., A. Bernardo & L Ka-Min (2015) Investment treaties: views and experiences from developing countries (South Centre, 2015)

Peterson (2016). Peterson L. E. Analysis: Canada-EU Treaty sees radical changes to investment dispute settlement, as Canada falls in line behind EU demands for reforms February 29, 2016 <http://www.iareporter.com>

Sauvant (2015), Sauvant K P The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned The Journal of World Investment & Trade 16 (2015)

Trevino. (2015), Trevino C. South American Silver lays out \$385 Million case against Bolivia; Government counters that UK Treaty should not protect “Canadian Investment” (Jun 14, 2015) <http://www.iareporter.com/articles/23275/>

Wandahl Mouyal (2016), Wandahl Mouyal L (2016). International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective (Routledge 2016)

Regional Cases

Saramaka People v. Suriname IACtHR (2007). Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)

Sarayaku v. Ecuador IACtHR (2012). Inter-American Court of Human Rights Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador Judgment of June 27, 2012 (Merits and reparations)

Sawhoyamaya v. Paraguay IACtHR (2006) Inter-American Court of Human Rights Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Merits, reparations and costs, IACHR Series C No 146, 29th March 2006

ISDS Claims, Awards and Amicus

American Silver Mining v. Bolivia PCA CASE NO. 2013-15 In the matter of an arbitration under the rules of the United Nations Commission on International Trade Law South American Silver Limited Claimant V. The Plurinational State of Bolivia Respondent November 30, 2015

Bear Creek Mining Corp. v. Republic of Peru., International Centre For Settlement Of Investment Disputes ICSID Case No. ARB/14/21 In the Matter of Bear Creek Mining Corporation, Claimant, v. The Republic of Peru, Respondent. Claimant’s Memorial on the Merits

Burlington Resources Inc. v. Ecuador Decision on Jurisdiction (2010). Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010

Colombia Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc February 19, 2016. Notice of arbitration (2013) *American Silver Mining v. Bolivia* Under the Rules of Arbitration of United Nations Commission On International Trade Law The United States-Colombia Trade Promotion Agreement And The Laws Of Colombia

Glamis Gold v. USA Award, (2009) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules Glamis Gold, Ltd. (Claimant) - and - United States of America (Respondent) AWARD

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v. USA, Award, (2011), CLA-138, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, Jan 12, 2011

Von Pezold v. Zimbabwe preliminary order (2012) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Bernhard Von Pezold And Others (Claimants) V. Republic Of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/15) - and - Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/25) Procedural Order No. 2

CCSI Amicus submission on Bear Creek Case (2016)

Anexo IV

[Inglés únicamente]

Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights

In *Bechtel v. Bolivia* (2006), Bechtel, a US company, filed an arbitration case for \$50 million in 2002 under the Bolivia-Netherlands BIT, in a context where the US had no BIT with Bolivia. The case arose when indigenous peoples' protests at privatization of the water supply lead to nationalization. The case was eventually settled when confrontation with the police turned violent led to an international campaign put significant pressure on the parent company.

In *Cosigo Resources Ltd and Tobie Mining & Energy Inc v. Colombia* Canadian and United States mining companies issued a notice of intent to take a \$16.5 billion arbitration case against Colombia under the US-Colombia FTA. They hold that Colombia delayed signing its mining concession until a national park covering the area was established, and that there was inadequate consultation with indigenous peoples in relation to the park's creation. In September 2015, the Colombian Constitutional Court upheld the creation of the park. The companies acknowledge that the proposed mining activities face strong opposition from among the impacted indigenous peoples, but point to an agreement with one indigenous association as evidence of sufficient support to proceed.
