



Juan Pablo Gómez-Moreno



La importancia de la licencia social para operar en los arbitrajes de inversión sobre proyectos micro energéticos en América Latina



RESUMEN

En América Latina, los arbitrajes de inversión contra el Estado se han convertido en un evento recurrente en los últimos años para el caso de actividades como las del sector minero energético. Al mismo tiempo, en relación con este sector, varios países de la región han impulsado cambios al nivel de las regulaciones locales, incluyendo el fortalecimiento de mecanismos de participación ciudadana como las consultas previas o la licencia social para operar. Recientemente, en el caso *Bear Creek Mining c. Perú* un tribunal arbitral de inversión identificó por primera vez la interacción entre las inversiones en este sector y las nuevas tendencias de participación ciudadana en las democracias de la región, relación que a todas luces será una nueva tendencia en el campo del arbitraje internacional de inversión. Aprovechando este contexto, el presente artículo tiene por objeto revisar la relación entre licencia social para operar, el arbitraje de inversión y proyectos mineroenergéticos en América Latina, a efectos de ofrecer algunas reflexiones sobre el estado de cosas actual de la discusión y los impactos que pueden tener estas tendencias para los actores relevantes del sector.

Palabras clave: Licencia social para operar, arbitraje internacional de inversión, sector mineroenergético, América Latina

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el sector mineroenergético es uno de los segmentos más rentables y de mayores proporciones en la economía global (Dahl, 2015). Debido a su riqueza de recursos naturales, específicamente minerales y petróleo, América Latina es una de las regiones donde se desarrolla la mayor parte de esta actividad (Perreault, 2018). En los últimos años, se han desarrollado dos grandes fenómenos en las operaciones mineroenergéticas en América Latina. De una parte, el incremento exponencial de los arbitrajes de inversión en contra de países de la región debido a multimillonarios proyectos mineroenergéticos, lo cual demuestra una conexión cercana entre el arbitraje de inversión y el sector mineroenergético en América Latina (Titi, 2014). De otra parte, el creciente interés por el concepto de “licencia social para operar” (SLO), desarrollado en el contexto de las actividades extractivas, el cual se refiere a la legitimación que le pueden dar a una actividad económica las comunidades locales afectadas por esta (Demuijnck & FASTERLING, 2016).

En este contexto, el 11 de agosto de 2014, una serie de medidas adoptadas por el gobierno peruano contra una compañía del sector minero llevaron al arbitraje de inversión *Bear Creek c. Perú*, luego de que el inversionista canadiense presentara una solicitud de arbitraje internacional ante la Secretaria General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Aunque ciertamente este arbitraje de inversión no fue el primero en el sector mineroenergético de América Latina (Anderson et. al., 2011), sí fue el primero en aproximarse al concepto de SLO, teniendo en cuenta si el proyecto había sido legitimado por las comunidades locales (Marcoux & Newcombe, 2018). En ese sentido, este caso es innovador y único, pues permite estudiar en conjunto las dos tendencias del sector mineroenergético en América Latina antes mencionadas, así como preguntarse cómo se interpreta un concepto particularmente difuso como la SLO en un foro como el arbitraje de inversión y cuáles pueden ser los efectos del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, aunque en sentido estricto no hay literatura extensa sobre el tema, es innegable que en los últimos años este caso ha despertado el interés de varios autores. Algunos se han centrado en realizar estudios de caso, enfocándose en las particularidades de los hechos de la controversia, los argumentos de las partes y las consideraciones del tribunal arbitral (Paine, 2018; Marcoux & Newcombe, 2018); otros se han concentrado en explorar la relación entre la SLO, el arbitraje de inversión y ciertos instrumentos puntuales de derecho internacional como la Convención No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011 (UNGPs)

(Barnes, 2019); y otros han estudiado SLO como un estándar aplicable de derecho (Zúñiga, 2021).

Este artículo busca explorar dos premisas. Por una parte, que la SLO, aunque es un concepto novedoso para el arbitraje de inversión y el derecho positivo de muchos países de América Latina, tiene hoy en día tal peso que es plausible que se empiece a aplicar en la solución de estos arbitrajes. Por otra parte, que esto tendría importantes efectos para los actores estratégicos del sector. En ese sentido, mi interés es contextualizar la relación entre la SLO y el arbitraje de inversión, enfocándome en desarrollar la SLO como un elemento relevante para las operaciones del sector mineroenergético en la región. De esta forma, el artículo concluye que, en la medida que la SLO puede afectar distintos vectores de un arbitraje de inversión en el sector mineroenergético, es una cuestión que debe entrar de lleno en la agenda de los distintos actores interesados en estos proyectos, incluidos los inversionistas extranjeros, el Estado y las comunidades locales.

Para estos efectos, este artículo se divide en seis secciones. La Sección II pone en contexto la relación entre el arbitraje de inversión, el sector mineroenergético y las comunidades afectadas. La Sección III explora el concepto de SLO, así como su regulación en algunos instrumentos de derecho internacional y en las normas locales de varios países de América Latina. La Sección IV se refiere a la aplicabilidad de la SLO en el arbitraje de inversión, tomando como referencia arbitrajes pasados y analizando los mecanismos que les permitirían a los tribunales arbitrales tener en cuenta este concepto. La Sección V estudia los impactos que tendría la aplicación de la SLO en los arbitrajes de inversión del sector mineroenergético, especialmente sus efectos sobre el Estado, los inversionistas extranjeros y las comunidades locales. Por último, la Sección VI ofrece algunas reflexiones finales sobre el contenido de este artículo y las discusiones planteadas.

2. LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE DE INVERSIÓN, SECTOR MINEROENERGÉTICO Y COMUNIDADES LOCALES

En ocasiones, el arbitraje de inversión se lee en términos de un conflicto entre el interés privado y el interés público (Gruner, 2002). Sin embargo, es común ver que el interés privado y los intereses sociales confluyen con frecuencia en el universo del arbitraje de inversión de proyectos mineroenergéticos. Autores como Burnett y Bret (2017) coinciden en que este tipo de actividades económicas tienen altos índices de litigiosidad debido a que son particularmente sensibles a riesgos ambientales y sociales porque tienen una gran huella ecológica y tienden a generar ganancias significativas en poblaciones desfavorecidas. En ese sentido,

es casi una regla hoy que estas actividades involucren a comunidades locales con intereses especiales en los proyectos, en particular un importante poder de legitimación, ya que pueden oponerse a estos proyectos por desacuerdos políticos, morales, religiosos, ambientales, entre otros (Randle, 2014).

Esta relación se estrecha especialmente en el caso de América Latina. Para los inversionistas, no es un secreto que esta es una región clave en el sector mineroenergético, pues tiene algunos de los proyectos de mayor escala en el sector (Shapovalova, 2020). De hecho, los países de Sudamérica cuentan con algunas de las reservas más grandes de petróleo y gas, las cuales han dado lugar a grandes proyectos mineroenergéticos liderados por inversionistas extranjeros y que también han estado marcados por fuertes conflictos sociales (Hatzold, 2013). Asimismo, países como Perú y Brasil tienen algunas de las reservas de oro más grandes del mundo, lo que explica el incremento de la actividad minera a cargo de inversionistas extranjeros en estas regiones entre 2002 y 2012, a pesar de una caída en la demanda de estos productos a nivel global (Deonandan & Dougherty, 2016).

Ahora bien, no sólo hay una conexión entre la región, el arbitraje de inversión y los proyectos mineroenergéticos. También las comunidades locales tienen un rol crítico. Es por esto por lo que desde hace varios años las compañías que desarrollan estos proyectos saben que el relacionamiento con las comunidades es clave y se han interesado por las llamadas debidas diligencias sociales (Schafrik & Kazakidis, 2011). Para ejemplificar esta relación cercana y constante entre comunidades locales y proyectos mineroenergéticos, me refiero al caso del Parque Nacional Natural Yaigójé Apaporis en Colombia, que es un terreno protegido localizado en la cuenca baja del río Apaporis, en la Amazonía colombiana, donde se encuentra una gran diversidad de comunidades indígenas y fauna y flora protegida (Rivera & Lopes, 2019). Al mismo tiempo, esta es una zona atractiva para la actividad minera, ya que tiene depósitos de oro valuados en aproximadamente US \$16.5 billones (Rodríguez & González, 2019).

La interacción entre arbitraje de inversión, sector mineroenergético y comunidades locales ya ha aparecido en arbitrajes pasados. En *Gold Reserve c. Venezuela*, el Ministerio de Ambiente venezolano tenía serias preocupaciones sobre el Proyecto Brisas, una extracción minera que estaba ubicada en una zona de protección ecológica y cultural (para. 333). A pesar de estas preocupaciones, las autoridades locales le otorgaron al inversionista permisos para desarrollar su actividad, los cuales fueron revocados posteriormente (para. 341). El argumento del Estado para justificar su medida era que esta decisión estaba amparada por sus facultades constitucionales para proteger el medioambiente, el desarrollo sostenible y los derechos de las comunidades indígenas (para. 318). Es interesante que, en este caso, aunque el tribunal arbitral reconoció que el Estado tiene una responsabilidad de proteger al medioambiente y las poblaciones

locales, consideró que esta responsabilidad no lo exime de cumplir con sus obligaciones hacia los inversionistas extranjeros y que debía buscar la forma de satisfacer de manera balanceada ambos intereses en conflicto (para. 595).

Este pronunciamiento muestra una importante tensión entre las obligaciones del Estado con sus ciudadanos y sus deberes con los inversionistas extranjeros. *A priori*, el tribunal arbitral no es ajeno a los intereses sociales involucrados en un proyecto económico y les reconoce especial legitimidad y relevancia (Reisman, 2013). En ese sentido, pareciera reconocer la capacidad regulatoria del Estado. Sin embargo, no es claro si reconocimiento tiene efectos materiales, pues en últimas el tribunal reafirma y protege los derechos del inversionista extranjero. En ese sentido, el tribunal se refiere a que el Estado debe “balancear” sus deberes con el inversionista y con las comunidades locales, pero no explica en qué consiste esa ponderación o cómo se puede llevar a cabo.

Algo similar ocurre en el caso de *Quiborax c. Bolivia*, una controversia relacionada con un proyecto minero localizado en el Salar de Uyuni, el yacimiento de sal más grande del mundo (Anderson, 2011). En esta controversia, la aprobación de concesiones mineras y licencias ambientales para operar actividades extractivas en una zona protegida desencadenó fuertes protestas de las comunidades locales al punto que el Estado tuvo que declarar el estado de emergencia en la región y revocar los derechos que había otorgado (para. 250). A pesar de las defensas del Estado, centradas en la ilegalidad de la inversión y el ejercicio de su capacidad regulatoria, el tribunal determinó que Bolivia había violado varios de los estándares del tratado bilateral de inversión (BIT), como el trato justo y equitativo (FET) y la expropiación sin una compensación adecuada, por lo cual el inversionista tenía derecho a ser compensado (Brauch, 2016).

Hay dos aspectos de este caso que vale la pena destacar para efectos del artículo. El primero, que las medidas del Estado que resultan en la reclamación del inversionista surgen de las presiones sociales de la comunidad, cuestión que se destaca en el laudo (para. 251). Esta conducta, en la que el Estado protege una inversión extranjera y luego la sanciona como resultado de protestas sociales, la llamaré para efectos de mi análisis la *actitud reaccionaria*. El segundo, que en este caso el tribunal nuevamente planteó que, aunque no tenía razón alguna para dudar de que las acciones de Bolivia estaban motivadas por el interés público, sus medidas no dejaban de ser sancionables, incluso si buscaban un interés social necesario (para. 253). En ese sentido, este es otro caso en el que el tribunal reconoce con formalismos la capacidad regulatoria del Estado, pero no da mayores indicaciones sobre cómo interpretarla ni garantizarla.

3. LA LICENCIA SOCIAL PARA OPERAR, SU REGULACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN AMÉRICA LATINA

3.1. El concepto de licencia social para operar

Teniendo en cuenta las tensiones que he descrito entre intereses de las compañías e intereses de las comunidades, la noción de SLO surge precisamente de la intención de integrar las expectativas de ambas partes (Wheeler, 2015). Varios autores asocian el primer uso del concepto de SLO a Jim Cooney, director de asuntos internacionales y públicos en la compañía minera canadiense Placer Dome Inc., quien en 2017 afirmó que la industria debía actuar positivamente para recuperar su reputación y adquirir una SLO (Lesser et. al., 2021). A partir de este contexto, tiene sentido afirmar que la SLO está íntimamente relacionada con la legitimidad de un proyecto económico ante una comunidad afectada por este (Gehman et. al., 2017).

Para describir adecuadamente el concepto, Barnes (2019) toma como referencia la definición de SLO que tiene el Consejo de Minerales de Australia, la cual permite identificar varios elementos de la SLO. En ese orden de ideas, entre las múltiples características de la SLO, tratándose de un concepto polivalente y con distintas interpretaciones (Cesar, 2020), una tesis con cierto nivel de aceptación es que la SLO (i) es una forma contrato social no escrito, (ii) por medio del cual las comunidades afectadas por un proyecto dan su aprobación a este, y que (iii) si la compañía a cargo del proyecto no obtiene y mantiene, le priva de la legitimidad para llevar a cabo su actividad económica, lo que la expone a que su proyecto sea modificado, suspendido o eliminado (Melé & Armengou, 2016).

3.2. La licencia social para operar en el derecho internacional

Como bien lo ha planteado Barnes (2019) y haciendo énfasis en este *carácter abstracto* de la SLO, este concepto aparece en el derecho internacional rodeado de otras figuras, como (i) el derecho a la participación pública en la toma de decisiones, (ii) el consentimiento libre, previo e informado (FPIC), (iii) y la consulta previa, entre otros. Por ejemplo, el derecho al “acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medioambiente” se encuentra consagrado en la Convención de Aarhus de 1998, que fue suscrita en reconocimiento de la importancia de involucrar a las comunidades locales en decisiones medioambientales (Lee & Abbot, 2003). Esto se materializa en facultades como la contenida en el artículo 6 de dicha Convención según la cual el público puede someter por escrito, audiencia o una investigación pública las observaciones pertinentes sobre un proyecto que lo afecte.

Otro mecanismo de participación que es fundamental en el contexto de la SLO es el FIPIC, especialmente relevante para el caso de las comunidades indígenas. El FIPIC ha sido definido como el derecho a tomar decisiones libres e informadas, sin que estas sean mediadas por la coerción ni la desinformación (Ward, 2011). El FIPIC resulta del desarrollo del derecho de las comunidades indígenas a la autodeterminación, reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) (Clavero, 2005).

Se ha interpretado que este derecho incluye garantías como la libertad para opinar y decidir sobre la vida cultural, incluida la restitución y el uso de tierras ancestrales (Daes, 2008). De esta forma, el FIPIC es un concepto que materializa el derecho a la autodeterminación porque le da una voz a las comunidades sobre los proyectos que las afectan (Anaya, 2005). Adicionalmente, el FIPIC ha evolucionado con los años, al punto que se reconoció en el Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, indicando que los Estados deben establecer consultas con las comunidades indígenas respecto de actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales existentes en sus tierras (Peterson 2013).

De igual manera, el FIPIC también se reconoce en la UNDRIP, un instrumento suscrito para enmarcar la relación entre el derecho internacional y las comunidades indígenas (Gómez, 2019). En ese sentido, el artículo 32 de este instrumento requiere el FIPIC de las comunidades indígenas para la aprobación de proyectos que afectan sus territorios, especialmente en relación con recursos minerales (Raftopoulos & Short, 2019). Muchos otros instrumentos incorporan derechos a la participación como es el caso del FIPIC. Por ejemplo, para el caso de América Latina, es necesario destacar el reciente Acuerdo de Escazú, que se convierte en un instrumento crítico para garantizar la democracia ambiental en la región, al darle a la sociedad civil acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos medioambientales (Nalegach & Astroza, 2020).

3.3. La licencia social para operar en el derecho doméstico y su especial relevancia en América Latina

La recopilación de las regulaciones nacionales sobre derechos asociados a la SLO en América Latina sería objeto de una disertación separada, pues engloba numerosos instrumentos locales (Zaremborg & Torres, 2018). Sin embargo, hay algunos casos especialmente interesantes en tres países: Bolivia, Ecuador y Colombia. En estos países, hay a la vez una regulación que reconoce la SLO y un estado de cosas en el que chocan con frecuencia los intereses privados y los públicos. En Bolivia, el derecho de consulta previa está reconocido expresamente

en la Constitución de 2009. Sin embargo, el país ha tenido fuertes conflictos entre inversionistas extranjeros y comunidades locales por este tipo de normas. Por ejemplo, en los proyectos mineroenergéticos en Bolivia por los gasoductos Bolivia-Brasil, Cuiabá y Gasyrg, se desencadenaron las llamadas “guerras del gas” en el país, causando fuertes daños sociales y ambientales (Gavaldá, 2004).

De manera similar, Ecuador reconoce la SLO en su Constitución de 1998. De hecho, la constitución de este país tiene un capítulo separado sobre comunidades indígenas, lo que marca un hito para estos países en el reconocimiento de los derechos colectivos de estas comunidades, incluido el FIPIC (Aparicio, 2011). El Estado ha tomado en años recientes decisiones sobre proyectos mineroenergéticos que han dado lugar a gran cantidad de controversias con inversionistas extranjeros (Yepes & Larrea, 2015). Entre las controversias respectivas, sobresale el desalojo de los indígenas *shuar* por parte de fuerzas militares como consecuencia de un proyecto de explotación de cobre a cielo abierto en el que no se había realizado una consulta previa (Rudel, 2018). Es de destacar que en Ecuador estos eventos forman parte de una oposición de comunidades locales indígenas y campesinas en contra de los proyectos de minería a gran escala en territorios protegidos (Sánchez et. al., 2017).

En el caso de Colombia, la Constitución de 1991 también reconoce el carácter pluriétnico y multicultural de la nación, apuntando hacia un nuevo constitucionalismo más incluyente (Gros, 1993). El mayor desarrollo de conceptos relacionados con la SLO en el país se ha dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha reconocido la consulta previa como un derecho fundamental (Rodríguez, 2011). A pesar de esto, el país no está exento de los mismos conflictos entre intereses de inversionistas extranjeros y comunidades locales. Nuevamente, el caso referente es el Parque Apaporis, donde a raíz de la inmensa riqueza de recursos minerales varios inversionistas extranjeros han intentado obtener permisos de explotación, causando fuertes tensiones con las comunidades indígenas (Prieto & Rivas, 2020). De hecho, estos conflictos llevaron a la cancelación de licencias, lo que resultó en la presentación de reclamos de inversión por parte de las compañías mineras *Cosigo Resources* y *Tobie Mining Corp.*

Sobre la regulación de la SLO en América Latina, es necesario aclarar que la operatividad de las normas en la práctica dependerá de las circunstancias en cada jurisdicción. De esta forma, a pesar de una normatividad que *a priori* reconoce y protege la importancia de la SLO, existen varios casos en los que o bien el Estado avala inversiones poco responsables que impactan a la comunidad o bien las autoridades detienen proyectos que pueden ser perjudiciales y reciben como consecuencia reclamaciones internacionales de inversión. En ese sentido, es importante resaltar una interesante paradoja en los países de América Latina, ya que, aunque existen regulaciones fuertes a nivel constitucional y reglamentario

sobre la SLO y sus conceptos conexos, también hay grandes dificultades para implementar estos derechos.

4. LA PLAUSIBILIDAD DE APLICAR LA LICENCIA SOCIAL PARA OPERAR EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

4.1. Antecedentes en arbitrajes de inversión

El concepto de SLO no se ha usado en la redacción de BITs ni otros acuerdos similares, lo que hace de este un concepto atípico en el arbitraje de inversión (Marcoux & Newcombe, 2018). Sin embargo, esto no quiere decir que no hayan existido discusiones asociadas a la SLO o sus distintas figuras conexas en arbitrajes de inversión anteriores, en particular porque la tensión entre intereses sociales y actividades económicas es frecuente y profunda en el sector mineroenergético. En ese sentido, a continuación, se discuten algunos arbitrajes de inversión en los que, si bien no hubo una referencia explícita a la SLO, sí se dieron discusiones que sugieren determinadas actitudes tanto de las partes como del tribunal sobre esta cuestión.

En *Álvarez Marín c. Panamá*, un pleito iniciado en marzo de 2015 por un grupo de inversionistas de Países Bajos, la etapa de objeciones preliminares tiene un claro ejemplo. En este caso, el tribunal analizó la ocupación de ciertos terrenos por parte de comunidades indígenas y si esto frustró el valor económico del proyecto (para. 27). En Bolivia, la Ley 10/1997 creó la Comarca Ngöbe-Buglé, una división política especial para promover el bienestar de estas comunidades indígenas que habitan el Distrito de Kusapín y permitir la creación de una zona de desarrollo turístico sostenible (para. 22). En el caso de la compañía de los inversionistas, esta adquirió cuatro fincas aledañas para formar parte de un proyecto hotelero (para. 23). Posteriormente, la Autoridad Nacional de Tierras emitió un informe según el cual dos de las fincas se encontraban en territorios indígenas protegidos, lo que había llevado a las comunidades respectivas a invadir el área (para. 26).

En su defensa, Panamá argumentó que la inversión estaba viciada de ilegalidad, pues era contraria a las protecciones propias de estos territorios indígenas, entre otras, que los derechos de propiedad en estos territorios eran colectivos y no admitían la propiedad privada. En el laudo arbitral, el tribunal decidió a favor del Estado, considerando que la inversión había violado las normas domésticas aplicables a la región protegida de la Comarca. Según estas regulaciones, (i) la propiedad de todo el territorio de la Comarca era colectiva y la propiedad privada estaba prohibida (para. 325), (ii) la inversión del inversionista extranjero era contraria al interés público protegido por estas normas, correspondiente al

bienestar económico y cultural de las comunidades locales (para. 329), y (iii) el incumplimiento del inversionista había sido grave (para. 333).

Si bien este caso no refleja una noción explícita de SLO, es muy indicativo de la tensión entre comunidades locales y proyectos mineroenergéticos al nivel del arbitraje de inversión. Algo para destacar es que en este arbitraje el interés social no aparece como una cuestión de segundo orden. Distinto a lo que ocurre en otros casos, el tribunal arbitral no interpreta la SLO como un valor abstracto. Por el contrario, se trata como un asunto de la mayor relevancia y según el cual la protesta social por parte de las comunidades indígenas es una manifestación de que el inversionista no cuenta con la SLO para desarrollar su actividad. Así, este caso ejemplifica cómo el tribunal puede tomar la SLO y conectarla con la ley doméstica, en el marco del derecho de propiedad y las protecciones constitucionales, para rechazar un reclamo del inversionista.

Las referencias a los conceptos fundacionales de la SLO también aparecen en los escritos post-audiencia del caso *South American Silver Limited c. Bolivia*, en el que se discutía la reversión por parte del gobierno de ciertas concesiones mineras en territorios indígenas. Entre sus reclamaciones, Bolivia destacó que la actitud desinteresada del inversionista resultó en un programa mediocre de relacionamiento con la comunidad (para. 4). El Estado hizo fuertes denuncias sobre otras conductas del inversionista, como engaños y actos de intimidación contra líderes sociales (para. 5). En este orden de ideas, Bolivia llamó la atención del tribunal a que el demandante no tenía intención de explotar el proyecto en cuestión, sino de venderlo al mejor postor (para. 38). A partir de esto, intentó argumentar que el Estado no tuvo alternativa sino revertir las concesiones.

Los árbitros decidieron que (i) había existido una expropiación, toda vez que, si bien las medidas de Bolivia tuvieron un objetivo de interés público (para. 561), no se había compensado al inversionista (para. 610); y (ii) no había ocurrido una violación del estándar FET (para. 674), ya que el inversionista extranjero tenía conocimiento de que su inversión se desarrollaría en un territorio indígena (para. 655) y la conducta del demandante incidió en el conflicto con las comunidades locales (para. 656). Es clave entonces resaltar tres elementos. Primero, el caso revela una intención de defensa del Estado a través de la SLO o conceptos conexos. Segundo, al considerar el estándar FET, los árbitros tuvieron en cuenta lo que era previsible para el inversionista extranjero en términos de relacionamiento con las comunidades. Tercero, el tribunal también le dio importancia a la forma como el inversionista gestionó las relaciones con estos grupos.

El último caso que quiero analizar en esta sección es el de *Copper Mesa c. Ecuador*, donde la controversia versaba sobre tres concesiones mineras para la explotación de proyectos extractivos en Junín, Chaucha y Telimbela (para. 1.8).

Dada la ubicación de algunos de los proyectos, había una potencial afectación de comunidades indígenas en zonas protegidas (para. 1.86). Debido a estas protecciones, el inversionista adelantó estudios de impacto medioambiental y a raíz de los potenciales impactos ocurrieron una serie de protestas sociales (para. 1.99). Estas manifestaciones incluyeron bloqueos viales, la invasión y la quema de campamentos del proyecto y amenazas de violencia física contra oficinas y trabajadores del inversionista (Billo, 2017). Como consecuencia, años después del otorgamiento de las concesiones Ecuador decidió cancelarlas debido a que consideró que la explotación no estaba de acuerdo con el interés nacional (para. 1.111).

En respuesta, el inversionista extranjero inició un arbitraje de inversión en el que alegó que se le habían violado los estándares de FET, protección y seguridad plenas (FPS), trato nacional y expropiación (para. 1.71). En esta controversia, se dio una fuerte diferencia de opiniones de las partes sobre los requisitos de una actividad minera legítima en el país. A juicio del Estado, la obtención de una concesión minera bajo la Ley de Minería del 2000 no daba acceso *ipso facto* al goce de los derechos mineros, sino que debían cumplirse requisitos adicionales propios de la SLO como la realización de estudios medioambientales y consultas previas con las comunidades locales (para. 1.93). La posición del inversionista fue que la SLO no era un requisito legal del sistema jurídico ecuatoriano, ya que era una cuestión meramente voluntaria (para. 6.28). Al respecto, el tribunal consideró que Ecuador violó los estándares de FET y FPS porque fracasó en su deber de apoyar la implementación de la inversión mediante el cumplimiento de las obligaciones y las respectivas consultas previas (para. 6.82).

Lo primero a notar es que Ecuador articuló sus medidas a partir de la SLO, justificando sus actuaciones en la falta de consultas previas del inversionista extranjero con las comunidades afectadas (Levine, 2016). Adicionalmente, es fundamental resaltar que el derecho de consulta se desarrolla a partir de las normas de derecho doméstico y específicamente las reglas de derecho constitucional. En ese orden de ideas, un elemento muy interesante de este caso es que hay una defensa basada en el cumplimiento de la norma interna que está a su vez conectada con aspectos de la SLO. Adicionalmente, en este caso aparece un punto crítico y es hasta qué punto la cuestión de la SLO constituye un estándar de derecho positivo exigible al inversionista o una buena práctica que no es obligatoria. Por último, hay que tener en cuenta que, al analizar el argumento de la SLO, el tribunal arbitral se aproxima desde la responsabilidad del Estado de acompañar al inversionista y no desde la perspectiva de una obligación independiente de este.

4.3. El caso de Bear Creek c. Perú

En los arbitrajes de inversión, el tema de la SLO no se había tratado hasta el caso de *Bear Creek c. Perú*, resuelto el 30 de noviembre de 2017 por un tribunal del CIADI. En este caso, la demandante era una compañía minera canadiense que había iniciado en 2006 el procedimiento para obtener derechos de explotación en el proyecto Santa Ana, localizado en los distritos peruanos de Huacullani y Kelluyo, cerca de la frontera entre Perú y Bolivia, donde habitan varias poblaciones indígenas y campesinas Aymara (Paine, 2018). En 2007, mediante el Decreto 083-2007, el Presidente y el Consejo de Ministros le otorgaron una concesión minera a la compañía, pero en paralelo una fuerte oposición social al proyecto empezó a surgir al punto que en 2011, en el departamento de Puno, ocurrieron protestas y huelgas contra los impactos ambientales del proyecto (Marcoux & Newcombe, 2018). La reacción del Estado a esta conmoción fue la cancelación de los derechos mineros, por lo cual el inversionista extranjero presentó una solicitud de arbitraje internacional.

En particular, el demandante reclamó que las medidas del gobierno fueron contrarias a las disposiciones del tratado de libre comercio (TLC) entre Canadá y Perú sobre expropiación, FET, medidas no razonables o discriminatorias y FPS. En el caso, se discutieron distintas cuestiones, sin embargo, para efectos del presente artículo, me concentraré en los argumentos y consideraciones relevantes en relación con la SLO. La posición de Perú fue que existía un concepto aceptado de SLO en el derecho internacional y el inversionista no había actuado conforme a esta porque no había implementado correctamente un programa de relacionamiento con la comunidad. Perú planteó que el inversionista extranjero, a través de sus omisiones a la SLO, había contribuido directamente a los desmanes llevados a cabo por las comunidades locales, que resultaron en la emisión del Decreto 032-2011 EM por medio del cual se le revocó la concesión minera a la compañía. (para. 264). Por su parte, Bear Creek argumentó que ningún derecho positivo dentro del sistema jurídico peruano establecía que debía obtenerse una SLO para la adquisición de una concesión minera (para. 238) y que tampoco era posible extraer tales obligaciones de los instrumentos relevantes de derecho internacional (para. 241).

El tribunal decidió que las medidas adoptadas por Perú violaron los estándares de protección otorgados al inversionista bajo el TLC. En cuanto al argumento relativo a la SLO, el tribunal lo desestimó porque consideró que el gobierno peruano no había demostrado un nexo causal entre las actividades del demandante, el desorden social y el Decreto 032-2011 EM. Durante el proceso, el tribunal les preguntó a las partes expresamente sobre la cuestión de la SLO y su relación con las obligaciones a su cargo. De una parte, preguntó “¿Qué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas? (énfasis propio, para.

177). Asimismo, preguntó también “En materia de derecho, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de la ausencia de apoyo por parte de una o más comunidades relevantes, o partes de ella, en relación con esta inversión?” (énfasis propio, para. 201). Estas preguntas revelan que el tribunal se tomó en serio los argumentos de Perú sobre la SLO y les preguntó a las partes al respecto para tener un mejor entendimiento del tema. Además, es notorio que una de las principales preocupaciones de los árbitros fue cómo encajar el concepto de SLO dentro de la ley aplicable a la controversia.

Asimismo, es interesante que los miembros del tribunal estuvieron de acuerdo en que, si bien la SLO no está claramente definida en los instrumentos de derecho internacional, es evidente que existe un deber de adelantar consultas previas con las comunidades indígenas (para. 406). Ahora bien, aunque los árbitros reconocieron la importancia de la SLO, interpretaron nuevamente los deberes asociados a esta en la lógica de la responsabilidad del Estado. De esta forma, en opinión de la mayoría del tribunal, todas las actividades del inversionista extranjero fueron conocidas y avaladas por Perú y las autoridades nunca presentaron objeción alguna con respecto al cumplimiento de las cargas asociadas a obtener una SLO. La interpretación del tribunal arbitral fue que el gobierno dio por sentado que el inversionista había cumplido con estos deberes y como resultado de esto otorgó las concesiones, por lo que no le era permitido actuar contra estos propios actos (para. 412).

Lo que es todavía más interesante es que este caso no tuvo una decisión unánime, sino que uno de los árbitros tuvo diferencias significativas con el resto del tribunal. La opinión disidente del árbitro Philippe Sands es de particular interés para el estudio de la SLO porque sugiere que obtener la SLO de las comunidades locales sí era una obligación material del inversionista. A juicio del árbitro, los actos y omisiones del inversionista respecto de la SLO contribuyeron de manera significativa al colapso del proyecto (para. 6). En su análisis, también se destaca el roce entre derecho doméstico y derecho internacional, pues expresa que si bien la Convención No. 169 de la OIT no impone directamente obligaciones a los inversionistas extranjeros este instrumento “no está libre de significado o efectos legales” (para. 10). En ese sentido, afirma que la Convención No. 169 de la OIT tiene relevancia no sólo porque se trata de un instrumento de derecho internacional, sino porque fue incorporado al régimen legal peruano, por lo que el tribunal sí podía tomarla como fundamento para evaluar si Bear Creek cumplió su obligación de dar voz a la comunidad Aymara (para. 11).

4.4. Las vías para aplicar la licencia social para operar

Como se puede notar en casos como *Copper Mesa c. Ecuador* y *Bear Creek c. Perú*, una de las cuestiones más importantes en estos arbitrajes de inversión es si

la SLO incorpora una obligación de derecho positivo en cabeza del inversionista y de qué manera debe interpretarse esta figura. Con esto en mente, hay muchas vías por las cuales la SLO puede aplicarse en un arbitraje de inversión. La primera vía podría llamarse el *giro diplomático*, que se refiere a las negociaciones de los Estados y los cambios al sistema internacional de protección de inversiones. No es secreto en el medio del arbitraje de inversión que hoy existe una tendencia de renegociación y suscripción de BITs de nueva generación, que les prestan más atención a intereses sociales como el medioambiente y la participación ciudadana (Titi, 2015). En ese sentido, no sería extraño ver BITs que les empiecen a dar un lugar a conceptos como las obligaciones del inversionista o la capacidad regulatoria de los Estados respecto de asuntos como el desarrollo sostenible y el bienestar de las comunidades locales (Footer, 2009). De hecho, para el caso de América Latina, podría incluso pensarse en BITs de nueva generación que incorporen expresamente nociones conexas a la SLO como la consulta previa.

Al estar en el lenguaje del tratado, estas nociones podrían ser aplicadas directamente por los tribunales de arbitraje, sin necesidad de remontarse a las reglas generales del derecho internacional público (Crawford, 2008). Es relevante resaltar que los Estados tienen un interés de promover lenguaje más afín con los intereses sociales en sus BITs, pues el sistema internacional de inversiones ha enfrentado recientemente una crisis de legitimidad sobre las asimetrías entre las obligaciones de los Estados y los derechos de los inversionistas extranjeros (Waibel, 2010). De tal forma, si se logra un balance de conceptos como la SLO y los instrumentos de protección de inversiones, los Estados estarán en una mejor posición de explicarle a su ciudadanía los principios de justicia detrás de estas normas (Petersmann, 2009). Este interés se refleja incluso en las cifras de años recientes, que muestran el cambio diplomático hacia BITs más interesados en cuestiones de interés público. Así, de acuerdo con un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) realizado en 2012, de los BITs suscritos entre 2008 y 2012, al menos un 75% se refiere a conceptos como derechos humanos, intereses sociales, capacidad regulatoria y desarrollo sostenible.

La segunda vía es la que podría llamarse la *conciencia arbitral* y se centra en la práctica de los árbitros que conforman estos tribunales. Al respecto, algunos autores ya han resaltado la evolución de suerte de conciencia o sensibilidad arbitral hacia los intereses sociales en ámbitos como los derechos humanos y el medioambiente (Steininger, 2018). En ese sentido, no sería extraño que esta lógica empezara a extrapolarse a otras áreas como la participación ciudadana asociada con la SLO. La misma investigación antes citada de la OCDE revela una tendencia de los tribunales de arbitraje a hacer referencias a conceptos tales como los intereses sociales, la protección del medioambiente y los derechos humanos más frecuentemente en los últimos años, con lo que se tiene en cifras que de 1.113 laudos arbitrales de inversión en el período de tiempo entre 2008 y 2012,

alrededor de un 26% de estos ha analizado dichos asuntos, incluyendo varias nociones conexas a la SLO. En particular, algunos autores han resaltado la preocupación de ciertos árbitros por adoptar decisiones que permitan darle sentido a una idea de justicia en el sistema internacional de protección de inversiones (Petersmann, 2009).

La tercera y última de estas vías es la *judicialización*, es decir, la aplicación por parte de un tribunal de arbitraje de la SLO como estándar normativo, bien sea que el punto de referencia sea internacional, como ocurre en el caso de instrumentos como el Convenio No. 169 de la OIT o la UNDRIP, o nacional, como es el caso de las legislaciones domésticas sobre minería o de los mandatos constitucionales sobre los derechos de las comunidades indígenas. Este es, por supuesto, el enfoque tradicional y en el que se han concentrado la mayoría de los autores que han discutido este tema, pues es el que tiene mayores complejidades y no depende de hipotéticos como si los Estados van o no a renegociar sus tratados para incluir la SLO o nociones conexas a esta. Por esta razón, el tercer enfoque será el que describiré con más detalle a continuación. Sobre el particular, hay dos posiciones principales, que la SLO sería aplicable por referencia al derecho internacional y que lo sería por vía de las regulaciones domésticas del Estado receptor de la inversión. Estas no son opciones mutuamente excluyentes y mi objetivo no es compararlas, sino mostrar que existen distintos caminos para justificar la aplicación de la SLO en estos arbitrajes.

a) Aplicación por referencia al derecho internacional

En *Urbaser c. Argentina*, donde el tribunal analizó el congelamiento de los precios del agua y alcantarillado por parte del gobierno argentino como consecuencia del déficit financiero del país resultante de la crisis de 2000, la contrademanda del Estado hizo referencia a la obligación de los inversionistas de actuar conforme a las normas de derecho internacional sobre derechos humanos. De tal forma, al evaluar este asunto, el tribunal reconoció la obligación de todas las partes, públicas y privadas, de actuar conforme al derecho de toda la ciudadanía a una vida digna y unas condiciones adecuadas de vivienda (para. 1199). Asimismo, el tribunal estableció que el régimen internacional de inversiones no es un campo cerrado y debe construirse en armonía con otras reglas de derecho internacional de las que hace parte (para. 1200). Esto habla de la relación cada vez más estrecha entre el arbitraje de inversión y otras normas de derecho internacional de aplicación general.

De conformidad con esta interacción entre principios generales de derecho internacional y arbitraje de inversión, conceptos como la SLO podrían tener aplicación en las controversias a partir de la noción de “orden público internacional”. Este término ha sido reconocido recientemente por los tribunales de estas controversias y se relaciona con principios que representan un consenso

de la comunidad internacional respecto de estándares y normas de conducta universales, por ejemplo, el rechazo de los actos ilícitos (Sheppard, 2004). Para algunos autores, esta figura es un concepto flexible que puede usarse para balancear casos complejos con intereses en tensión (Hunter & Conde e Silva, 2003), mientras que hay quienes consideran que los tribunales arbitrales de inversión tienen la obligación estricta de aplicar este “orden público internacional” para evitar ciertas violaciones o circunstancias indeseables que pueden presentarse en estos casos (Orakhelashvili, 2006).

Por supuesto, también existen varias críticas a la aplicación permisiva del “orden público internacional”, de las que no me ocuparé en detalle en este artículo. Sin embargo, como se trata de un concepto en gran parte indeterminado, debe enfatizarse que le corresponderá a cada tribunal arbitral delimitar su contenido y aplicarlo a las circunstancias de un caso específico (Vadi, 2011). Ahora bien, hay argumentos que permiten apoyar la idea de que la SLO estaría incluida en el “orden público internacional”, por ejemplo, si se tiene en cuenta que esta es una noción que hace parte del derecho de autodeterminación de los pueblos (Parker & Neylon, 1989) y que por tanto su afectación podría resultar en la violación de una norma imperativa de derecho internacional (Gross, 1979), especialmente en casos que involucran a comunidades indígenas. Así las cosas, no hay que perder de vista que estos suelen ser los casos más comunes en los proyectos mineroenergéticos en América Latina, donde no sólo gran parte de la población de los territorios donde se desarrollan estas actividades es indígena, sino que existen protecciones especiales a estos pueblos.

Parte del discurso que justificaría este tipo de aproximaciones podría ser que los tribunales arbitrales deben ejercer su interpretación de las normas teniendo en cuenta las necesidades cambiantes de la comunidad internacional y no a partir de nociones estáticas y desactualizadas (Abi-Saab et. al., 2019). Esto permitiría incluir conceptos como, por ejemplo, la SLO. Estas teorías igualmente encuentran asidero en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT), que establece que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, así como el artículo 31(3)(c) del mismo instrumento según el cual, en la interpretación de los tratados, “junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta (...) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo que para algunos autores da pie a que se incluyan normas internacionales relativas a intereses sociales (Simma & Kill, 2009), como la protección de las comunidades indígenas.

b) Aplicación por referencia al derecho doméstico

Para este acápite, tomaré como principal punto de referencia la investigación de Zúñiga (2021) sobre el laudo en *Bear Creek c. Perú*. En su artículo, el autor

plantea una clasificación interesante de estándares a partir de las aproximaciones del tribunal para evaluar la conducta del inversionista respecto de la SLO. En primer lugar, el “estándar de legalidad” abarca las medidas de obligatorio cumplimiento que se encuentran tipificadas en la ley. En segundo lugar, el “estándar de posibilidad” se refiere a todas las medidas que un inversionista podría haber implementado. En tercer lugar, el “estándar de idoneidad” se refiere a aquellas medidas adecuadas y necesarias para hacer frente a la situación. En cuanto a la pertinencia de la incorporación de la SLO, el autor articula este concepto con el de “interés público”, que es una noción común en derecho internacional y toma distintas formas, como el orden público interno, el orden público internacional y el orden público verdaderamente internacional (Junngam, 2016). A partir de esta triple división, el autor argumenta que es el orden público interno el que se protege a través de la incorporación de la SLO en el arbitraje de inversión.

Cabe aclarar que el orden público interno debe ser entendido como un conjunto de principios normativos que, en su totalidad, integra la base de la organización social y el sistema jurídico de un país (Zhilsov, 1995). De esta forma, el autor resalta que, a diferencia de otros foros de arbitraje, como es el caso del arbitraje comercial, el arbitraje de inversión implica una evaluación de la conducta del Estado por parte del tribunal, lo que lo conecta inexorablemente con el interés público (Schill, 2003). Ahora bien, teniendo en cuenta este contexto, la relevancia de la posición de este autor es que, a diferencia de otros, Zúñiga considera que la SLO está llamada a operar antes por la vía del orden público nacional que por la vía del orden público transnacional. Esto es así porque debe darse mayor relevancia al hecho de que la relación en estos casos no es exclusivamente entre el inversionista y el Estado, sino que involucra a las comunidades locales. De esta forma, la compleja relación que incorpora a la sociedad civil hace que las normas locales sean más adecuadas para regular estas interacciones entre distintos grupos de interés. En tal medida, es cuando el orden público nacional es insuficiente que el orden público transnacional entraría a tomar parte.

A esta posición debe agregarse, nos dice el autor, que un concepto demasiado “transnacional” de SLO puede restarle relevancia al carácter íntimamente “nacional” de esta figura. A lo anterior es necesario agregar que, como se trata de un concepto que se define y delimita caso a caso y que depende en gran medida de la idiosincrasia de las comunidades locales, tratar de encajarlo a una dimensión internacional podría ser desatinado. Por otra parte, como esta noción de “orden público transnacional” está basada en instrumentos de derecho internacional, parecería que depender de ella lleva a discusiones sobre su aplicabilidad. En ese sentido, la forma de hacer operativa la SLO, según esta teoría, es a través de normas domésticas que regulen derechos conexos de las comunidades, por ejemplo, la consulta previa, el FPIC y otras reglas. Esto tiene mucho sentido, ya que, como esta propuesta se centra en el interés público

nacional, evita las complejidades de las obligaciones internacionales de los inversionistas y dirige la atención al sistema jurídico interno. Al extrapolar esto a las normas conexas con la SLO en los países de América Latina, por ejemplo, los derechos constitucionales a la consulta previa. esta sería una alternativa viable para aplicar la SLO en arbitrajes de inversión.

5. IMPACTOS DE APLICAR LA LICENCIA SOCIAL PARA OPERAR EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN QUE INVOLUCRAN PROYECTOS MINEROENERGÉTICOS

Es interesante notar que los efectos de la SLO rara vez han sido unidireccionales, pues la mayoría de los casos que han tratado este tema se caracterizan por una multiplicidad de circunstancias y actores que no actúan aisladamente (Vargiu, 2021). En ese orden de ideas, algunos autores plantean la noción de “triangulación”, según la cual una implementación efectiva de la SLO requiere de la interacción del Estado, el inversionista y las comunidades locales (Álvarez & Kazeem, 2021). Este concepto es de particular utilidad porque recoge la interacción de distintos actores en estos arbitrajes y sirve como punto de partida para explicar las diferentes consecuencias que la aplicación de la SLO podría tener para ellos. De esta forma, en esta sección, explicaré con mayor detalle el funcionamiento de la triangulación Estado-inversionista-comunidades a efectos de tener claros los impactos que tiene la SLO en cada una de las partes interesadas de estas operaciones económicas.

5.1. Efectos para el Estado

Un efecto relevante que salta a la vista para el Estado es la necesidad de asegurar la operación diligente de sus entidades, en particular las que otorgan los permisos para desarrollar actividades que afectan recursos naturales. En la mayoría de los países de América Latina, el modelo de gobierno es centralizado (Véliz, 1980), lo que quiere decir que la administración está en cabeza de un Jefe de Estado y existen entidades administrativas adscritas a este que actúan con cierto grado de autonomía (Eilon, 1999). El clásico ejemplo de esto son las autoridades territoriales y las agencias medioambientales, que están por lo general a cargo de otorgar licencias y concesiones por medio de las cuales los inversionistas extranjeros adquieren derechos a la explotación de recursos. Esto expone al Estado al riesgo de que se presente una *descoordinación* entre las entidades, como consecuencia de acciones de autoridades que no consultan a otras agencias del gobierno para tomar sus decisiones. Esta desconexión incluso ocurre entre ramas distintas del poder público, como autoridades de la rama ejecutiva que

otorgan permisos y licencias, mientras que las autoridades judiciales deciden que estas medidas son contrarias a la ley doméstica (Schneiderman, 2010).

Esto hace que ciertas reclamaciones de los inversionistas extranjeros tengan legitimidad, pues a pesar de que estos hayan incumplido regulaciones medioambientales o de relacionamiento con la comunidad, pueden tener títulos válidos otorgados por las autoridades nacionales. En particular, como se resaltó en el caso *Gold Reserve c. Venezuela* esto les da unas expectativas legítimas que deben ser protegidas bajo el régimen general de protección de inversiones, por ejemplo, a través de figuras como el FET (Potestá, 2013). Asimismo, en los BIT, un concepto que tiene especial protección y relevancia es el estándar de expropiación, que se ha consolidado como un parámetro que garantiza que las expropiaciones ocurran de manera que el inversionista tenga acceso a una compensación adecuada (Fietta, 2006). En ese orden de ideas, puede que en estos casos de proyectos mineroenergéticos el Estado tenga razones legítimas para detener una inversión, pero las autoridades deben tener presente que, si no actúan de manera adecuada, pueden enfrentarse a futuras reclamaciones.

Otro efecto tiene que ver con el dilema de *legitimidad* que enfrenta el Estado en estos casos y que viene de dos frentes: legitimidad en la relación inversionista-Estado y legitimidad en la relación Estado-comunidades locales (Caron, 2009). Por supuesto, esta tensión entre los deberes del Estado hacia los inversionistas y sus propias poblaciones es connatural al arbitraje de inversión. Sin embargo, los contextos de SLO y proyectos mineroenergéticos exacerbaban este conflicto porque los conceptos asociados a la SLO, por ejemplo, la participación ciudadana y los derechos de las comunidades indígenas, gozan de especial protección en la regulación doméstica de los países de América Latina. Por una parte, el Estado recibe presiones de la comunidad para terminar o rechazar un proyecto que no cuenta con la SLO necesaria para quedarse en el territorio. Por otra parte, recibe reclamaciones de inversionistas extranjeros que se suman a un rechazo de la comunidad internacional por dar la impresión de ser un Estado que no respeta sus compromisos. En una época en que estos países de América Latina necesitan una mayor legitimidad de sus comunidades y buscan mayores inversiones extranjeras en sus territorios, estos impactos son muy significativos y no pueden dejarse a un lado.

Respecto de este impacto, una situación a la que quiero darle especial atención es la interacción entre Estado y comunidades locales. En casos como *Quiborax c. Bolivia*, se puede observar una primera actitud de las autoridades que celebra la inversión y hasta cierto punto es permisiva con las gestiones de un proyecto mineroenergético. Sin embargo, cuando aparece la protesta y las inconformidades de la población, en particular a través de actos violentos y disruptivos, pareciera que los Estados afectan los proyectos porque ceden a presiones sociales (Odumusu, 2008). A esto lo llamé anteriormente la *actitud*

reaccionaria del Estado y se refiere precisamente a situaciones en las que, ante la incomodidad de las comunidades locales y sus presiones, un gobierno decide actuar de forma precipitada y muchas veces dando pie a futuras reclamaciones de inversionistas extranjeros. Por lo general, esta respuesta trae medidas problemáticas como la expropiación sin compensación adecuada o la falta de garantías de debido proceso al no darle al inversionista la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de un derecho.

Asimismo, en las controversias que involucran proyectos mineroenergéticos y SLO, los Estados se arriesgan a promover la *fragmentación* de la ley nacional y el derecho internacional. Al observar estos casos, es evidente que el Estado tiene en simultáneo el deber de integrar los principios internacionales y las regulaciones locales sobre la protección de la inversión extranjera y los derechos de las comunidades, siendo ambas normas jurídicas con plenos efectos y fuerza vinculante. Para el caso de los derechos de las comunidades indígenas, incorporados en fuentes como el Convenio No. 169 de la OIT y la UNDRIP, en la mayoría de los países de América Latina estos instrumentos tienen aplicación directa a nivel doméstico por vía constitucional (Bustamante, 2015). De tal forma, la fragmentación puede darse entre instrumentos que obligan al Estado y las medidas de autoridades descentralizadas que no tienen en su interés o conocimiento la importancia de la armonización normativa.

En igual sentido, también puede ocurrir que las autoridades locales aprueben proyectos que sean contrarios a las disposiciones internas, por ejemplo, al entregar concesiones y permisos para explotar recursos en zonas de especial protección. El claro ejemplo de esto es el caso de *Álvarez Marín c. Panamá*, donde existía un conflicto marcado entre los derechos de propiedad asegurados a los inversionistas en un territorio y las regulaciones nacionales que no permitían la propiedad privada en una región protegida. Nuevamente, esto se puede dar porque la autoridad a cargo de otorgar derechos no conoce la dialéctica entre el derecho interno y el derecho internacional, por lo que no le da importancia a este aspecto en sus decisiones. Esto puede hacer que se vean como antagónicos los contenidos de un BIT y de la ley doméstica, toda vez que *prima facie* el primero parecería reflejar sólo protecciones al inversionista extranjero, mientras que la segunda le impondría restricciones significativas a su actividad económica.

Por último, la aplicación de la SLO en el arbitraje de inversión puede concretarse mediante la *culpa del Estado* por no supervisar las gestiones del inversionista para cumplir con las exigencias de la SLO. Como se discutió brevemente atrás, una de las consideraciones más relevantes del caso *Bear Creek c. Perú* es que el Estado tiene responsabilidades respecto de la SLO. En particular, en este caso el tribunal cuestionó la pasividad del gobierno peruano al no plantear ninguna objeción a las conductas del inversionista y aprobar las gestiones de este en

relación con el proyecto mediante una actitud pasiva y poco exigente. De igual manera, el tribunal consideró que esta actitud del Estado daba a entender que las conductas del inversionista respecto de la SLO eran idóneas y suficientes. Esta actitud del tribunal no es distinta del caso *Copper Mesa c. Ecuador*, donde los árbitros le cuestionaron al Estado su participación en las gestiones del proyecto, ya que consideraron que este tenía la carga de haber acompañado al inversionista en la implementación de sus obligaciones.

5.2. Efectos para el inversionista

En el caso de los inversionistas extranjeros, considero que los distintos impactos que les puede generar la aplicación de la SLO deben ponerse en contexto. Para empezar, es importante dividir los efectos de la SLO en dos etapas: (i) antes del inicio de la actividad económica y (ii) durante su ejecución. En algunos países, los conceptos conexos a la SLO, como la consulta previa, son de obligatorio cumplimiento para que pueda realizarse una actividad económica. De acuerdo con esto, un incumplimiento de la SLO en este período puede dar lugar al no otorgamiento de derechos como licencias, títulos o concesiones. Asimismo, una falla durante la ejecución del proyecto podría desencadenar la suspensión de la actividad o su cancelación. De igual manera, una medida del Estado adoptada como consecuencia de este tipo de deficiencias, siempre que estuviera fundamentada y se implementara de forma correcta, podría dar lugar a una defensa exitosa contra una reclamación internacional de inversión.

Adicionalmente, hay elementos de la SLO que hacen conveniente para el inversionista acatar las medidas detrás del concepto. En concreto, las actitudes deferentes o irrespetuosas hacia la SLO han despertado en el pasado el sabotaje a proyectos mineroenergéticos a través de la protesta social (Vanclay & Hanna, 2019). Por este motivo, la teoría de la debida diligencia social indica claramente que las empresas extractivas deberían buscar el relacionamiento adecuado con las comunidades locales para evitar obstáculos a la actividad económica (Humphreys, 2000). De hecho, como expliqué en mi desarrollo de la idea de una *actitud reaccionaria* del Estado, las presiones comunitarias pueden ser tan fuertes que lleguen a cambiar el actuar de las autoridades por temor. Es más, incluso si estos sabotajes dieran pie a un posterior arbitraje de inversión, el panorama para el inversionista seguiría siendo desfavorable porque, al arriesgarse a perder sus derechos por no contar con la SLO, no sólo se deja en manos de un tribunal arbitral, sino que pone en juego dinero correspondiente a los gastos de sus asesores legales y del arbitraje mismo, así como el tiempo que dure el arbitraje (Franck, 2011).

En términos estrictamente jurídicos, la aplicabilidad de la SLO se refiere a la cuestión de las obligaciones del inversionista y cómo estas tienen un rol en el

arbitraje de inversión. Esto se remonta necesariamente al debate en *Bear Creek c. Perú* sobre la naturaleza jurídica de la SLO y si se trata de una cuestión de derecho positivo o una mera figura de *soft law*. Este análisis también exige una separación conceptual entre un *estándar positivo*, que se refiere a cargas específicas del inversionista respecto de la SLO, y un *estándar negativo*, que corresponde a las formas indirectas en que la SLO, aunque no sea una obligación del inversionista, puede afectar los resultados de un arbitraje de inversión. Respecto del *estándar positivo*, el tribunal podría optar por la posición del profesor Sands en *Bear Creek c. Perú* y determinar que la SLO es un concepto de derecho internacional que se debe tener en cuenta al evaluar el comportamiento del inversionista. En ese sentido, si el inversionista no tuvo en cuenta la SLO, se podrían rechazar sus reclamaciones o reducirse su compensación.

También puede ocurrir que, como en *Álvarez Marín c. Panamá*, el Estado estructure su defensa a las reclamaciones del inversionista a partir de conceptos como la ilegalidad de la inversión por el incumplimiento de las regulaciones domésticas. De hecho, toda vez que la ley aplicable suele ser la del Estado receptor de la inversión (Kjos, 2013), esta puede ser una vía muy conveniente para darle peso a la SLO y algunos de sus conceptos conexos, como la consulta previa (Zúñiga, 2021). En estos casos, es todavía más plausible que el tribunal tenga en cuenta la cuestión de la SLO porque existiría una regla de derecho doméstico que reconoce el concepto y las distintas nociones conexas a este. En este caso, la aplicación de la SLO sería todavía una forma de *estándar positivo*, aunque ya no por la vía del derecho internacional, sino como una cuestión de derecho doméstico. Por supuesto, el *estándar positivo* también incluiría casos en que la SLO aparece expresamente en el BIT respectivo, aunque este escenario parece excepcional actualmente.

En cuanto al *estándar negativo*, es pertinente resaltar el concepto de la “conurrencia de culpas” y sus efectos en la determinación de los daños. En controversias internacionales, esta noción se refiere a que tanto la parte que acusa como la parte acusada tuvieron que ver en el daño causado (Shirlow, 2020). Por ejemplo, en *Copper Mesa c. Ecuador*, el Estado alegó que el inversionista había contribuido a que las comunidades locales realizaran desmanes contra el proyecto porque no había obtenido la SLO y había actuado con violencia. Entre las consecuencias de la conurrencia de culpas, están principalmente la inadmisibilidad de un caso y la reducción de la compensación (Jarrett, 2019). Adicionalmente, en la prueba de esta conurrencia, un elemento fundamental es el nexo causal entre las actuaciones del inversionista y los daños que se les causaron. En ese orden de ideas, en *Bear Creek c. Perú*, una de las críticas del tribunal al Estado fue que nunca logró establecer cómo el desinterés del inversionista respecto de la SLO resultó en las protestas y sabotajes al proyecto.

En cuanto al monto de los daños, tal y como sostiene Barnes (2019), incluso si a la SLO no se le da el lugar de un estándar de derecho aplicable, esta puede afectar significativamente el cálculo de daños. En *Copper Mesa c. Ecuador*, refiriéndose a las alegaciones de concurrencia de culpas, el tribunal determinó que el inversionista había contribuido al daño en al menos un 30%, ya que había reaccionado de forma violenta contra las comunidades locales, lo que resultó en un recrudecimiento del conflicto. Esta misma lógica se podría rastrear en otros arbitrajes de inversión en los que se alegó la SLO y, aunque no fue expresa su injerencia en el cálculo de daños, sí parece haber una correlación con su disminución. Así, en *South American Silver c. Bolivia* el tribunal le concedió al demandante US \$18.7 millones de US \$385.7 que reclamaba y en *Bear Creek c. Perú*, de los US \$522 millones que cuantificó el inversionista, el tribunal concedió US \$18 millones.

De manera similar, el BIT Modelo de los Países Bajos de 2018, que se refiere expresamente a instrumentos de *soft law* como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los UNGPs, establece en su artículo 23 que: “sin perjuicio de procesos domésticos administrativos o penales un tribunal, se espera que, al decidir sobre el monto de la compensación, un tribunal tenga en cuenta el incumplimiento por parte del inversionista de sus compromisos [con estos instrumentos]” (traducción libre). Esto quiere decir que, incluso si el tribunal encuentra una violación, puede reducir el monto que el Estado debe otorgarle al inversionista si este no ha cumplido con compromisos de tipo social como la SLO y sus conceptos conexos. Si consideramos como muchos autores que la compensación es el *quid* de una controversia (Wälde & Sabahi, 2007), entonces regulaciones como esta no son un tema menor para los inversionistas, invitándolos a tener en cuenta cada vez más comportamientos responsables con las comunidades cercanas a sus proyectos.

Todo lo anterior se refiere a la responsabilidad del inversionista por desestimar el marco regulatorio de la SLO. Como mostré, hay diferentes vías por las cuales un tribunal puede darles efectos materiales a estos comportamientos. Sin embargo, otro concepto relevante es el de buena fe objetiva, que corresponde a preguntarse qué estándar de comportamiento puede esperarse razonablemente de una parte. Así, un tribunal como el de *Olguín c. Paraguay* podría tomar como punto de partida que los inversionistas extranjeros son actores sofisticados en su respectivo mercado y que, además de tener conocimientos expertos de su actividad económica, suelen contratar asesores externos para que los mantengan al tanto de las regulaciones del Estado receptor de la inversión. De hecho, esto es lo que se conoce hoy como la “debida diligencia en materia de inversión”. En ese sentido, tribunales como el de *South American Silver c. Bolivia* han considerado que al inversionista se le debe exigir una carga de conducta alta, pues no es una parte completamente indefensa en la relación inversionista-Estado. Esto les haría exigible estar al tanto de cuestiones como la SLO.

5.3. Efectos para las comunidades locales

En el ámbito del arbitraje de inversión, muchos autores han resaltado que la participación de las comunidades locales es una cuestión restringida y subsidiaria (Barstow & Manel, 2008). Para otros, existen vehículos de participación de la sociedad civil, como los *amicus curiae*, por medio de los cuales es posible remitirles a los tribunales opiniones sobre los asuntos de la controversia (Levine, 2011). Sin embargo, los actores detrás de estos recursos suelen ser grupos de interés muy específicos, como las asociaciones activistas y la academia. La realidad hoy es que las comunidades directamente afectadas siguen en gran medida marginadas del foro de solución de controversias, donde las únicas partes con vocería son el Estado y el inversionista extranjero. Con este punto de partida en mente, la SLO es una figura de gran importancia para que las comunidades locales tengan una forma de participación y reconocimiento en el arbitraje de inversión.

Por supuesto, la SLO no va a permitir una participación directa de las comunidades, pues la estructura procesal del arbitraje determina que las partes del procedimiento son el Estado y el inversionista extranjero. Sin embargo, la SLO es una forma de intermediación en la que, ya sea por referencia a la regulación doméstica del Estado receptor de la inversión o por virtud del derecho internacional, el tribunal puede tener en cuenta lo que tiene para decir la opinión pública sobre determinado proyecto económico. De tal forma, la aplicación directa de la SLO en el arbitraje de inversión podría suponer que el tribunal arbitral analice si el inversionista extranjero cuenta o no con la legitimación de las comunidades locales, dándole efectos jurídicos a estas cuestiones. Por tanto, la SLO es un mecanismo importante para fortalecer el aspecto social del arbitraje de inversión que precisamente muchos autores consideran debilitado (Teitelbaum, 2010).

De igual manera, es relevante tener presente que la SLO incorpora intereses diversos que pueden cambiar según se trate de una comunidad u otra, lo que le da al concepto una riqueza suficiente para resaltar las diferencias propias de distintos grupos sociales. El caso de *Bear Creek c. Perú* es nuevamente muy ilustrativo en este sentido, pues entre los muchos hallazgos del tribunal se encontró que el inversionista había adoptado un programa de relacionamiento social extremadamente limitado. Por ejemplo, sólo había incluido en el área de influencia a cinco de 21 comunidades involucradas con el proyecto (para. 406) y había limitado la “participación” de las comunidades a darles empleos en el proyecto y pagarles por el uso de la tierra, mientras que quienes habían objetado habían sido excluidos de los beneficios y hasta del acceso a la información del

proyecto (para. 407). Esto muestra que los inversionistas pueden tener una concepción muy restringida de la SLO y que la aplicación efectiva de estos conceptos puede contribuir a cambiar esto.

El caso de *Bear Creek c. Perú* también ilustra las marcadas diferencias de las partes sobre el concepto de SLO. Para el inversionista, sus programas de relacionamiento social habían sido adecuados. Sin embargo, para el Estado, las gestiones del inversionista habían sido insuficientes y el relacionamiento con la comunidad debía entenderse en sentido amplio, incorporando diferentes opiniones y teniendo en cuenta a todas las comunidades con un interés legítimo y no sólo a las incluidas por el propio inversionista. De lo contrario, la supuesta participación ciudadana en el proyecto podría ser parcial y superflua, resultando en posteriores protestas e incluso en violencia y distribución desigual de recursos entre distintos segmentos de un mismo grupo. Este fue el caso en *Copper Mesa c. Ecuador*, donde el Estado le señaló al tribunal arbitral que incluso al interior de las comunidades locales se habían creado divisiones a favor y en contra de la inversión, con el inversionista apoyando a los grupos que lo favorecían y tomando represalias contra el resto.

En ese sentido, si bien la aplicación de la SLO en el arbitraje de inversión puede abrir un canal para que las comunidades locales participen de las decisiones de interés público, se trata de una figura que debe aplicarse con cuidado. Así, desde el punto de vista de la función social de la SLO, hay quienes consideran que este es un mecanismo que puede contrariar su mismo propósito porque crea un incentivo perverso para los inversionistas extranjeros o las comunidades una vez que la participación pública pierde relevancia y se vuelve una formalidad o un elemento negociable (Owen & Kemp, 2013). En efecto, cuando la SLO se vuelve un mero requisito habilitante de los proyectos económicos antes que un compromiso real de relacionamiento social, las empresas pueden limitarse a implementar medidas superfluas (Moffat & Zhang, 2014). Como fue precisamente esto lo que ocurrió en *Bear Creek c. Perú* y otros arbitrajes, la SLO debe administrarse con particular cuidado en la solución de controversias para evitar que cause efectos indeseables.

6. CONCLUSIONES

En este artículo, he mostrado el estado de cosas respecto de la SLO y el arbitraje de inversión en América Latina desde el enfoque de los proyectos mineroenergéticos, así como los que considero que son los aspectos más relevantes de esta relación a tener en cuenta. En primer lugar, como discutí en la Sección II, es innegable y profunda la relación entre la SLO, los proyectos mineroenergéticos y las comunidades locales en la región. En segundo lugar, como estudié en la Sección III, la noción de SLO se ha incorporado poco a poco

en el ámbito del derecho internacional, pero sobre todo al nivel de las regulaciones domésticas de los países latinoamericanos. En tercer lugar, de acuerdo con los análisis de la Sección IV, la aplicación de la SLO al arbitraje de inversión no sólo es plausible en abstracto, sino que ha sido latente en arbitrajes pasados y se concretó en el caso de *Bear Creek c. Perú*. Además, existen vías de aplicación de la SLO a estos arbitrajes por referencia tanto al derecho internacional como al derecho interno.

En la Sección V, me concentré en plantear algunas reflexiones sobre los impactos que podría tener la aplicación de la SLO en el arbitraje de inversión, enfocándome en los actores más relevantes de la ecuación de estas controversias: Estado, inversionistas y comunidades locales. De estas consideraciones, me parece relevante destacar, en el contexto de un mayor interés en torno a la SLO, la importancia que tiene para los Estados desplegar esfuerzos para coordinar sus actuaciones de forma que pueda tomar medidas regulatorias sin faltar a sus compromisos internacionales. Asimismo, es crítica la urgencia que tienen los inversionistas extranjeros de empezar a tomar más en serio la SLO teniendo en cuenta los efectos que esta les puede causar al nivel de sus obligaciones o los daños que pueden reclamarle a un tribunal de arbitraje. Por último, aunque la SLO puede ser un mecanismo de empoderamiento de las comunidades locales, esta debe manejarse con cuidado para evitar que resulte completamente contraria a sus propósitos y se convierta en una mera formalidad.

Para concluir, cabe resaltar que el concepto de SLO no está libre de dificultades. En la medida que se trata de una noción que no ha sido claramente delimitada en la práctica, la SLO puede traer muchas implicaciones problemáticas. Por ejemplo, es perfectamente posible que un inversionista haya obtenido todos los permisos legalmente requeridos por la ley o las autoridades domésticas y aun así se considere que no cuenta con una SLO (Barnes, 2019). En ese orden de ideas, un gran riesgo de seguridad jurídica para el inversionista es que una noción abstracta de SLO se sobreponga a los límites que ya establece la ley doméstica (Morrison, 2014). De igual manera, algunos autores han señalado que la nebulosidad de concepto y su escasa regulación en las legislaciones domésticas y los BIT dificultan su implementación en la práctica, lo que enfrenta a las partes interesadas a un riesgo de mantener la SLO en efectos simbólicos (Álvarez & Kazeem, 2021).

Todo lo anterior sugiere que, salvo el creciente interés sobre la SLO y la plausibilidad de que se aplique en futuras controversias, son pocas las certezas que se tienen del concepto. Aunque aparece en varios instrumentos de derecho internacional y doméstico, su adaptación al mundo del arbitraje de inversión debe venir con cautela de las partes y los tribunales. Mientras que darle una importancia desmedida puede traer la imposición de cargas y obligaciones inexistentes a los inversionistas, afectando sus garantías de legalidad y seguridad

jurídica, desestimar su importancia también puede favorecer resultados injustos o desproporcionados. En particular, al excluir su aplicación en el análisis de estos casos, los tribunales podrían dejar de lado su componente social y con esto ahondar las serias preguntas que existen hoy sobre la legitimidad del sistema de protección de inversiones. En últimas, más que un asunto meramente jurídico, la SLO es una cuestión de política pública.

REFERENCIAS

Libros y revistas

- Abi-Saab, G., Keith, K., Marceau, G., & Marquet, C. (2019). *Evolutionary Interpretation and International Law*. Bloomsbury Publishing.
- Anaya, J. (2005). Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22, 7.
- Anderson, S. (2011). The Mineral Industry of Bolivia. En *Minerals Yearbook: Area Reports: International 2009 Latin America and Canada*. Government Printing Office.
- Anderson, S., Pérez-Rocha, M., Dreyfus, R., & Artiga-Purcell, A. (2011). *Mining for Profits in International Tribunals*. Institute for Policy Studies.
- Aparicio, M. (2011). Nuevo Constitucionalismo, Derechos y Medio Ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9.
- Barnes, M.-M. (2019). The 'Social License to Operate': An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals. *Journal of International Dispute Settlement*, 10(2), 328–360.
- Billo, E. (2017). Mining, criminalization, and the right to protest: Everyday constructions of the post-neoliberal Ecuadorian state. En *Governance in the Extractive Industries*. Routledge.
- Brauch, M. D. (2016, febrero 29). Quiborax awarded US\$50 million against Bolivia, one-third of initial claim. *Investment Treaty News*.

- Burnett, H., & Bret, L.-A. (2017). *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford University Press.
- Bustamante, G. (2015). The right to consultation and free, prior and informed consent in Latin America: The governmentality of the extraction of natural resources. *Quebec Journal of International Law*, 179–197.
- Caron, D. D. (2009). Investor state arbitration: Strategic and tactical perspectives on legitimacy. *Suffolk Transnational Law Review*, 32(2), 513–524.
- Cesar, S. (2020). Corporate social responsibility fit helps to earn the social license to operate in the mining industry. *Resources Policy*, 101814.
- Clavero, B. (2005). The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22, 41.
- Crawford, J. (2008). Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Arbitration International*, 24(3), 351–374.
- Daes, E.-I. A. (2008). An overview of the history of indigenous peoples: Self-determination and the United Nations. *Cambridge Review of International Affairs*, 21(1), 7–26.
- Dahl, C. (2015). *International Energy Markets: Understanding Pricing, Policies, and Profits*. PennWell Books, LLC.
- Demuijnck, G., & Fasterling, B. (2016). The Social License to Operate. *Journal of Business Ethics*, 136(4), 675–685.
- Deonandan, K., & Dougherty, M. L. (2016). *Mining in Latin America: Critical Approaches to the New Extraction*. Routledge.
- Eilon, S. (1999). Centralism versus Federalism. En S. Eilon (Ed.), *Management Strategies: A Critique of Theories and Practices* (pp. 209–215). Springer US.
- Elisabeth Kjos, H. (2013). *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. Oxford University Press.
- Fietta, S. (2006). Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors Expectations in International Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 23, 375.

- Footer, M. E. (2009). Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment. *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, 18, 33.
- Franck, S. D. (2010). Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration. *Washington University Law Review*, 88, 769.
- Gehman, J., Lefsrud, L. M., & Fast, S. (2017). Social license to operate: Legitimacy by another name? *Canadian Public Administration*, 60(2), 293–317.
- Gómez, F. (2019). The UNDRIP: An increasingly robust legal parameter. *The International Journal of Human Rights*, 23(1–2), 7–21.
- Gros, C. (1993). Derechos indígenas y nueva constitución en Colombia. *Análisis Político*, 19, 8–24.
- Gruner, D. M. (2002). Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform. *Columbia Journal of Transnational Law*, 41, 923.
- Hatzold, M.-E. (2013). Social Conflict, Economic Development and Extractive Industry: Evidence from South America. *Community Development Journal*, 48(3), 501–50.
- Humphreys, D. (2000). A business perspective on community relations in mining. *Resources Policy*, 26(3), 127–131.
- Hunter, M., & Silva, G. C. E. (2003). Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations. *The Journal of World Investment & Trade*, 4(3), vii–378.
- Jarrett, M. (2019). *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*. Cambridge University Press.
- Junngam, N. (2016). Public Policy in International Investment Law: The Confluence of the Three Unruly Horses. *Texas International Law Journal*, 51, 45.
- Lee, M., & Abbot, C. (2003). The Usual Suspects? Public Participation under the Aarhus Convention. *The Modern Law Review*, 66(1), 80–108.
- Lesser, P., Gugerell, K., Poelzer, G., Hitch, M., & Tost, M. (2021). European mining and the social license to operate. *The Extractive Industries and Society*, 8(2), 100787.

- Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, 29, 200.
- Levine, M. (2016, diciembre 12). *Ecuador ordered by PCA tribunal to pay \$24 million to Canadian mining company* [Investment Treaty News].
- Magraw, D. B. J., & Amerasinghe, N. M. (2008). Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 15, 337.
- Marcoux, J.-M., & Newcombe, A. (2018). Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Two Sides of a 'Social License' to Operate. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 33(3), 653–659.
- Melé, D., & Armengou, J. (2016). Moral Legitimacy in Controversial Projects and Its Relationship with Social License to Operate: A Case Study. *Journal of Business Ethics*, 136(4), 729–742.
- Moffat, K., & Zhang, A. (2014). The paths to social licence to operate: An integrative model explaining community acceptance of mining. *Resources Policy*, 39, 61–70.
- Monebhurrin, N. (2015). *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?* *Journal of International Arbitration*, 32(5).
- Morrison, J. (2014). The social license. En J. Morrison (Ed.), *The Social License: How to Keep Your Organization Legitimate* (pp. 12–28). Palgrave Macmillan UK.
- Nalegach, C., & Astroza, P. (2020). La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: El Acuerdo de Escazú. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, 40, 1.
- Odumosu, I. T. (2007). The Law and Politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement. *Penn State International Law Review*, 26, 251.
- Orakhelashvili, A. (2006). Peremptory Norms in International Law. *Ottawa Law Review*, 38, 219.

- Owen, J. R., & Kemp, D. (2013). Social licence and mining: A critical perspective. *Resources Policy*, 38(1), 29–35.
- Paine, J. (2018). Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 33(2), 340–348.
- Parker, K. (1988). Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights. *Hastings International and Comparative Law Review*, 12, 411.
- Perreault, T. (2018). Energy, extractivism and hydrocarbon geographies in contemporary Latin America. *Journal of Latin American Geography*, 17(3), 235–252.
- Petersmann, E.-U. (2009a). Constitutional theories of international economic adjudication and investor-state arbitration. En *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford University Press.
- Petersmann, E.-U. (2009b). International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 513.
- Peterson, K. (2013). Free, Prior and Informed Consent: ILO 169 and UNDRIP. *University of Colorado Law School*, 11(1).
- Potestà, M. (2013). Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 28(1), 88–122.
- Prieto, E., & Rivas, D. (2020). Neocolonialism and the Tension Between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience. En *Indigenous Peoples and International Trade: Building equitable and inclusive international trade*. Cambridge University Press.
- Raftopoulos, M., & Short, D. (2019). Implementing free prior and informed consent: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007), the challenges of REDD+ and the case for the precautionary principle. *The International Journal of Human Rights*, 23(1–2), 87–103.

- Reisman, W. M. (2013). 'Case Specific Mandates' versus 'Systemic Implications': How Should Investment Tribunals Decide? The Freshfields Arbitration Lecture. *Arbitration International*, 29(2), 131–152.
- Rivera, F. A., & Lopes, L. T. (2019). Los regímenes especiales de manejo: El caso del PNN Yaigojé Apaporis – Colombia. *Amazonia Investiga*, 8(24), 561–578.
- Rodríguez, G. A. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, 10(20), Article 20.
- Rodríguez, G., & González, N. C. (2019). Retos en la gestión de los recursos en áreas protegidas, gobernanza y extractivismo en zona del Yaigojé-Apaporis, Amazonía colombiana. *Confluenze. Rivista di Studi Iberoamericani*, 11(1), 271–292.
- Rudel, T. K. (2018). The Extractive Imperative in Populous Indigenous Territories: The Shuar, Copper Mining, and Environmental Injustices in the Ecuadorian Amazon. *Human Ecology*, 46(5), 727–734.
- Schafrik, S., & Kazakidis, V. (2011). Due diligence in mine feasibility studies for the assessment of social risk. *International Journal of Mining, Reclamation and Environment*, 25(1), 86–101.
- Schill, S. W. (2012). Deference in Investment Treaty Arbitration: Reconceptualizing the Standard of Review. *Journal of International Dispute Settlement*, 3(3), 577–607.
- Schneiderman, D. (2010). Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30(2), 383–416.
- Sheppard, A. (2003). Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards. *Oil, Gas & Energy Law*, 1(2).
- Shirlow, E. (2020). Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration. *European Journal of International Law*, 31(4), 1588–1597.
- Simma, B., & Kill, T. (2009). Harmonizing investment protection and international human rights: First steps towards a methodology. En *International Investment Law for the 21st Century*. Oxford University Press.

- Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, 31(1), 33–58.
- Titi, C. (2014). Investment Arbitration in Latin America: The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas. *Arbitration International*, 30(2), 357–386.
- Titi, C. (2015). International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*, 26(3), 639–661.
- Vadi, V. S. (2011). When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law. *Columbia Human Rights Law Review*, 42, 797.
- Van Bekhoven, J. (2016). Public Participation as a General Principle in International Environmental Law: Its Current Status and Real Impact. *National Taiwan University Law Review*, 11, 219.
- Vanclay, F., & Hanna, P. (2019). Conceptualizing Company Response to Community Protest: Principles to Achieve a Social License to Operate. *Land*, 8(6), 101.
- Vargiu, P. (2021). Stakeholders of Investment Arbitration: Establishing a Dialogue Among Arbitrators, States, Investors, Academics and Other Actors in International Investment Law. En K. Fach Gómez (Ed.), *Private Actors in International Investment Law* (pp. 5–25). Springer International Publishing.
- Véliz, C. (1980). La tradición centralista en América Latina. *Estudios Internacionales*, 13(50), 151–162.
- Waibel, M. (2010). *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International B.V.
- Wälde (+), T. W., & Sabahi, B. (2007). Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 4(6).
- Ward, T. (2011). The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law. *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 10, 54.

- Wheeler, S. (2015). Global production, CSR and human rights: The courts of public opinion and the social licence to operate. *The International Journal of Human Rights*, 19(6), 757–778.
- Yepes, I., & Larrea, N. (s/f). Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador. *Unidad San Francisco de Quito Law Review*, 2.
- Zaremborg, G., & Torres, M. (2018). Participation on the Edge: Prior Consultation and Extractivism in Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, 10(3), 29–58.
- Zhilsov, A. N. (1995). Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration. *Netherlands International Law Review*, 42(1), 81–119.
- Zúñiga, R. F. (2021). The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law. *Journal of World Investment & Trade*, 22(1).

Casos

- Álvarez y Marín Corporación S.A. and others v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/15/14.
- Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21.
- Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2.
- Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5.
- Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1.
- Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2.
- South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26.

SOBRE EL AUTOR

Juan Pablo Gómez-Moreno es abogado y filósofo de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Además, cuenta con una Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales y es estudiante de la Maestría en Derecho Privado de la misma institución. Actualmente, trabaja como abogado de arbitraje internacional en la Refinería de Cartagena. Contacto: jp.gomez1102@gmail.com