

Los tratados de libre comercio y de inversión extranjera son un obstáculo real para los cambios acordados en La Habana. ¿Los tribunales de arbitramento en el exterior podrían frenar la reforma agraria en Colombia?

## Un modelo nuevo de desarrollo agrario

El principal motor del conflicto armado durante más de 60 años ha sido la disputa por los recursos naturales escasos, y en especial, por el acceso y uso de la tierra: para unos factor de producción en negocios rentables, para otros fuente de autoridad y espacio de dominio, y para la gran mayoría de los habitantes del campo... una promesa eternamente incumplida[1]. Esta realidad se ha visto reflejada tanto en el campo de batalla como en el ámbito legal: si bien en repetidas ocasiones el Estado ha buscado modificar el régimen de acceso y tenencia de la tierra, esos intentos han agravado la violencia en el campo, al defender los intereses de la minoría y no apostar por el campesinado minifundista, que forma el grueso de la población rural[2]. Por eso el primer punto en la agenda de negociación entre el gobierno y las FARC es la política de desarrollo agrario, incluyendo referencias específicas a la democratización y regularización de la tenencia de la tierra. El 27 de mayo pasado se anunció un acuerdo en la materia que — según el presidente Santos — se resume en **cuatro pilares**: *acceso y uso de la tierra; programas de desarrollo con enfoque territorial; acceso a derechos y garantías sociales; y seguridad alimentaria*. Sin conocer aún las particularidades técnicas y administrativas de dichos acuerdos, puede decirse que se trata de una intervención radical y ambiciosa en términos de presupuesto y de capacidad institucional. Un programa que evite los fracasos de las iniciativas previas de reforma agraria y se ajuste al proceso de justicia transicional que se inició con la ley 1448 de 2011 en materia de restitución de tierras. En consecuencia, se trata de aplicar un *modelo de desarrollo* que apuesta por un *proyecto masivo, democrático, sensible a las particularidades de la población y con enfoque de derechos*.

## Inversión extranjera en contravía



Este nuevo intento de reforma agraria no ha sido la única apuesta por otros modelos de desarrollo en la historia reciente de Colombia. Por ejemplo, la Constitución de 1991[3] apostó por el modelo de economía abierta - de inserción en el mercado global — que ha sido impulsado mediante programas de ajuste estructural y de integración económica que incluyen la remoción de barreras arancelarias y los incentivos para el capital extranjero.

En concreto, la promoción y protección de la inversión extranjera ha sido el mecanismo preferido por los gobiernos recientes para insertar a Colombia en el mercado global: los tratados bilaterales de inversión[4] y los acuerdos de libre comercio[5] han buscado acceder a tecnología de punta para la extracción de recursos naturales e inyectar capital para impulsar el crecimiento del PIB en el corto plazo. Pero dado que otros muchos países están buscando esos mismos recursos, se ha presentado una carrera para ver quién ofrece mayores incentivos a los inversionistas internacionales.

El *Derecho Internacional de Inversión*, que se puede encontrar de forma casi idéntica en todos los acuerdos firmados por Colombia, incluye los siguientes elementos:

- Beneficios en materia tributaria y cambiaria.
- Trato equitativo respecto de los inversionistas nacionales.
- Garantía rigurosa de los derechos de propiedad.
- Posibilidad de resolver las disputas entre el inversionista y el Estado mediante un mecanismo de naturaleza privada y excepcional — los tribunales de arbitramento.

Estas medidas implican restringir la capacidad del Estado colombiano para legislar, para ejecutar actos administrativos y para expedir decisiones judiciales *contrarias* a los intereses económicos de las empresas foráneas que operan en el territorio nacional. Y en caso de hacerlo así, los inversionistas podrían acudir directamente ante tribunales de arbitramento en búsqueda de compensación económica.

## El choque de las locomotoras



Cuando las estrategias del Plan de Desarrollo del gobierno Santos se miran en conjunto, se concluye que muy probablemente acabarán chocando la locomotora minera y la del desarrollo agrario, con altísimos costos políticos y económicos para Colombia.

En efecto. Los inversionistas extranjeros se han enfocado primordialmente en la explotación de recursos naturales o en negocios agrícolas donde la tierra es un factor de producción básico. En esa medida, los intereses de las empresas extranjeras dependen crucialmente de la estabilidad material y jurídica de los predios donde operan.

Pero la puesta en marcha de la reforma agraria planteada por el gobierno desde cuando sancionó la Ley de Víctimas[6] — y que se materializará en medidas derivadas del acuerdo de paz — va a requerir intervenciones profundas sobre la tenencia de la tierra — incluyendo los derechos adquiridos vigentes en la actualidad, tanto desde el punto de vista de *sutitularidad* como de su *alcance*: uso, goce y disposición. A continuación ilustro esta realidad con dos ejemplos hipotéticos, pero altamente probables en el contexto colombiano:

- Un juez de restitución de tierras podría determinar que un predio titulado a favor de un inversionista extranjero — o explotado por él — fue anteriormente objeto de despojo ilegal. Por lo tanto podría ordenar su restitución, previo el pago de una compensación económica, cuyo valor va a ser intensamente disputado en virtud de la actividad económica que desarrolla la empresa afectada.
- La expedición o aplicación de alguna norma o medida administrativa en desarrollo de la reforma agraria podría afectar los intereses económicos de los inversionistas extranjeros, como sería constituir una zona de reserva campesina cerca de un yacimiento minero o reglamentar los sistemas de trabajo de las empresas extranjeras.

## Soberanía limitada

Estas situaciones ponen en evidencia que el núcleo de protección de los intereses económicos de los inversionistas extranjeros no es claro, más aún porque los tratados de inversión negociados por Colombia — la única base jurídica que reconocen las empresas extranjeras más allá de la obligación de cumplir con normas nacionales en materia tributaria y cambiaria — contienen definiciones amplias sobre el derecho de propiedad.

En consecuencia, la resolución de estos conflictos de interés no va a tener como sede un tribunal nacional o la diplomacia interestatal: es altamente probable que se traslade a los tribunales de arbitramento en el exterior, previstos en los tratados de inversión para estos casos y a los que Colombia se comprometió a acudir y a acatar.

Los tribunales de arbitramento han favorecido sistemáticamente los intereses de los inversionistas extranjeros debido a que la lógica del *Derecho Internacional de Inversión* se ha construido en torno a la *ineficiencia económica*, bajo la cual el Estado debe interferir lo menos posible en el funcionamiento de los mercados. La experiencia de países en postconflicto como Sudáfrica, Guatemala y El Salvador demuestra que no es descabellado prever este escenario.

Colombia se enfrenta entonces a la limitación de su soberanía para llevar a cabo transformaciones sociales. O en todo caso tendría que añadir a los costos del programa como tal, el valor posiblemente gigantesco de las indemnizaciones a los inversionistas extranjeros.

Si el fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia causó tanto revuelo en la clase política nacional, no me quiero imaginar qué podría suceder con un fenómeno como el que aquí se plantea.

¿Está el gobierno preparado para enfrentar esta eventualidad?

\* Investigador, consultor y profesor universitario, abogado de la Universidad Javeriana, máster en Derecho Internacional de IHEID-Suiza, candidato a Doctor en Derecho de Osgoode Hall Law School-Canadá.

works.bepress.com/marco\_velasquez.

@desmarcado1982

[1] En una perspectiva histórica, los esquemas de tenencia de la tierra en el campo colombiano han estado determinados por la relación entre el latifundio —grandes extensiones de tierra poseídas por un pequeño grupo de personas— y el minifundio —parcelas pequeñas, generalmente de subsistencia, cuya propiedad puede o no estar en cabeza de un campesino—. Aunado a esto, el alto grado de incertidumbre respecto de la situación jurídica de la titularidad sobre la propiedad en el ámbito rural tiene como consecuencia la existencia de diversas relaciones informales alrededor de la tenencia de la tierra, que reflejan esquemas sociales de carácter feudal.

[2] Ver Velásquez Ruiz, Marco A. "Reforma Agraria, Violencia y Derecho en Colombia", en *Revista Javeriana* (mayo 2013).

[3] Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.

[4] En los últimos 10 años se han celebrado acuerdos bilaterales de inversión con Chile, España, Suiza, China, India, Reino Unido, Bélgica, Corea y Japón, entre otros.

[5] Siendo los más célebres los firmados con Canadá, Estados Unidos y la Unión Europea.

[6] El artículo 206 de la Ley 1448 ya hacía referencia directa a la necesidad de expedir un nuevo Estatuto de Desarrollo Rural que fuera compatible con el proceso de finalización del conflicto y de justicia transicional.