

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Caso CIADI Nro. ARB/18/43

En el procedimiento entre

DANIEL W. KAPPES

y

KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES

(los “Demandantes”)

c.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

(la “Demandada”)

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN

7 de diciembre de 2020

Miembros del Tribunal

Sra. Jean Kalicki, *Presidenta del Tribunal*

Sr. John M. Townsend, *Árbitro*

Prof. Zachary Douglas QC, *Árbitro*



Watergate Building
2600 Virginia Avenue, NW, Suite 205
Washington, DC 20037



Ministerio de Economía
8A Avenida 10-43, Ciudad de
Guatemala, Guatemala



Procuraduría General de la Nación
15 avenida 9-69 zona 13, Ciudad de
Guatemala, Guatemala

TABLA DE CONTENIDO

I.	RESUMEN EJECUTIVO	1
II.	ANTECEDENTES	4
	A. Guatemala	4
	B. Las comunidades indígenas en Guatemala	4
	C. El descubrimiento de oro y actividades de exploración en el Tambor.....	6
	D. Daniel W. Kappes y Kappes Cassidy & Associates (KCA).....	13
	E. La operación de Progreso VII	14
	F. La Alegada demora en el dictado de la Decisión de Apelación en el caso de Exmingua	22
III.	ASPECTOS DE DERECHO GUATEMALTECO RELEVANTES A LA DISPUTA	24
	A. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad fueron dictadas conforme al derecho sustantivo	25
	1) Incorporación del Convenio 169 de la OIT al derecho interno de Guatemala.....	25
	2) Las autoridades y cortes guatemaltecas están obligadas a interpretar y aplicar el derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	28
	3) La Corte de Constitucionalidad ha reconocido la existencia y obligatoriedad del derecho a consulta previa	29
	B. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad fueron dictadas conforme al derecho adjetivo..	34
	1) La omisión de cumplimiento con la consulta previa en el otorgamiento de las licencias mineras1 de Exmingua podía ser recurrida mediante acción de amparo.....	34
	2) La acción de amparo ejercida cumplía con los presupuestos procesales requeridos previstos en la Ley de Amparo.....	35
	3) La acción de amparo fue resuelta en concordancia con las decisiones previas de la Corte de Constitucionalidad en supuestos similares.....	36
IV.	LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO INTERNO APLICABLE A LA CONTROVERSIA.....	38
	A. Ley Aplicable sobre Jurisdicción.....	38
	B. Ley Aplicable sobre el Fondo	40
V.	OBJECIONES JURISDICCIONALES	47
	A. Las Inversiones Obtenidas con Ilegalidad y Tergiversación son Inadmisibles en el Derecho Internacional	47
	1) La inversión de los Demandante obtenida por medios ilícitos y tergiversación debe hacer inadmisibles sus demandas	48
	2) El hecho de que un inversor no actúe con la debida diligencia es motivo para rechazar su demanda.	52
	3) El Consentimiento de Guatemala se encuentra restringido a disputas en relación con “inversiones” y tanto el DR-CAFTA y la legislación de Guatemala definen inversión como aquellas inversiones que cumplen con el derecho local.....	53

4) El CAFTA limita su protección a las inversiones conferidas de conformidad con las leyes del Estado anfitrión.....	55
5) El requisito de legalidad también está implícito en el concepto de inversión.....	56
6) La inversión, realizada en violación de las leyes guatemaltecas, nunca tuvo la condición de inversión protegida en virtud de la Ley de Inversión Extranjera	57
7) La mina carecía de un permiso municipal de construcción válido	59
8) Kappes y KCA constantemente violaron la ley guatemalteca	61
B. Reserva de Derechos.....	63
C. El Tribunal No Tiene Jurisdicción para Entender en la Demanda de Protección y Seguridad plena de los Demandantes ya que ha prescrito, conforme al Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA	63
1) Inadmisibilidad del Nuevo Reclamo de Protección y Seguridad.....	63
2) El Artículo 10.18.1 Proscribe las Demandas en virtud del CAFTA Presentadas Tres Años Después de que el Demandante "Tuvo Conocimiento por Primera Vez" de la Violación y la Pérdida	65
3) Los reclamos respecto a Progreso VII y Santa Margarita han prescrito	68
D. El Tribunal carece de competencia para entender en las demandas de los Demandantes por trato nacional y NMF.	75
1) Otra reserva es aplicable a los supuestos reclamos por trato de NMF.....	77
VI. ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A ESTA DISPUTA.....	78
A. Carga de la prueba	78
B. Los Demandantes No Han Establecido Una Violación del Trato Justo y Equitativo Según el Artículo 10.5 del DR-CAFTA	79
1) El Trato Justo y Equitativo Según el Artículo 10.5(1) Prescribe el Nivel Mínimo de Trato a los Extranjeros como se Establece en el Derecho Internacional Consuetudinario	79
2) Los Demandantes No Han Probado que las Normas que Afirman que se Infringieron son Parte del Nivel Mínimo de Trato del Derecho Internacional Consuetudinario.....	91
3) Guatemala No Violó el Trato Justo y Equitativo del nivel mínimo de trato del Derecho Internacional Consuetudinario ni Incumplió las Normas Propuestas por los Demandantes.....	99
4) Los Demandantes No Han Demostrado que Tuvieran Expectativas Legítimas Ni Han Probado que se Hayan Incumplido Dichas Expectativas	108
5) Los Demandantes No Argumentaron la Denegación de Justicia	119
C. Los Demandantes No Establecieron una Violación de la Protección y Seguridad Plena en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA.....	129
1) La obligación de proporcionar protección y seguridad plena en virtud del Artículo 10.5(2) se limita al deber de proporcionar protección contra daños físicos.....	129
2) La Norma de Protección y Seguridad plena Conforme al Nivel Mínimo de Trato es una Obligación No Absoluta, que Sólo Requiere que el Estado Ejercza la Debida Diligencia	130
3) La Demandada No Incumplió su Obligación de Ejercer la Debida Diligencia.....	132
4) Aun cuando la Demandada haya infringido el artículo 10.5(2)(b), los Demandantes no han demostrado que hayan sufrido pérdidas o daños.....	137
D. Guatemala No Violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA	138

1) Los Demandantes no alegaron, dado que no pueden hacerlo, que hubo interferencia con sus acciones en Exmingua o que Exmingua en su totalidad fue tomada.	145
2) Al carecer de un acto gubernamental que pudiera percibirse como una interferencia en sus acciones en Exmingua, los Demandantes afirman ahora que se los ha privado de la "oportunidad de desarrollar y operar proyectos mineros en Tambor". Independientemente de la forma en que los Demandantes caracterizan sus derechos de propiedad o participación, los Demandantes no atribuyeron ningún acto de interferencia al Estado de Guatemala.	152
3) Aun suponiendo que se produjeron actos de interferencia en los derechos o intereses de propiedad de los Demandantes, cualesquiera que sean, atribuibles al Estado de Guatemala, dicha interferencia no alcanza el nivel de expropiación indirecta según los estándares establecidos en el Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA.	170
E. Los Demandantes No Actuaron con la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos, Haciendo Fracasas su Reclamo de Expectativas Legítimas y Expectativas Razonables Respaldadas por la Inversión.	190
F. Guatemala otorgó a los Demandantes el mismo trato que a otros inversionistas nacionales y extranjeros.	201
1) El texto y el propósito de los artículos 10.3 y 10.4.	203
2) Ninguno de los cuatro tratos satisface la norma de trato nacional.	204
3) Los Demandantes no han establecido ningún reclamo por trato de NMF.	215
4) No existen pruebas de discriminación basada en la nacionalidad contra los Demandantes.	215
VII. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS MINEROS PROGRESO VII Y SANTA MARGARITA... 218	
A. Cualquier valor atribuido a la inversión debe reducirse como resultado del conflicto existente entre los Demandantes y las comunidades afectadas por el Proyecto.	218
1) La importancia de la licencia social para proyectos mineros.	219
2) El riesgo de conflicto social en proyectos mineros existía en Guatemala a partir de 2004.	222
3) Las deficientes iniciativas de desarrollo social dificultaron la capacidad de los Demandantes para obtener y mantener una licencia social.	224
4) Los Demandantes conocían el potencial de conflicto social y aun así hicieron mínimo esfuerzo por mitigar ese riesgo, agravando el conflicto social.	230
B. Para obtener su licencia de explotación, Exmingua tergiversó u omitió información clave en su EIA, y luego no cumplió con sus promesas.	237
1) El EIA de los Demandantes omitió o tergiversó información clave.	238
2) El EIA de los demandantes no cumple con los estándares internacionales.	239
3) Las otras deficiencias en el EIA alimentaron aún más el conflicto social, destruyendo cualquier esperanza de obtener una licencia social.	243
4) Los Demandantes no Cumplieron con la Ley Guatemalteca.	247
C. La Valuación de Progreso VII y Santa Margarita no se basa en Principios Aceptados en Materia de Minería.	249
1. El Plan "LOM" es poco fiable y sin fundamento en documentación contemporánea.	249
2. Exmingua no tenía licencia para explotar el yacimiento más grande incluido en el plan LOM.	251
3. No hay soporte para la duración del plan LOM.	251

4.	La tasa de recuperación también está exagerada.....	255
5.	Los costos operativos y de capital asumidos en el plan LOM son superficiales y subestimados 256	
6.	Guatemala ofrece un plan de mina (LOM) revisado que refleje con mayor precisión el recurso mineral y los costos de operación	257
D.	Los Blancos de Exploración y las Oportunidades de Exploración Perdidas: los Demandantes entran al reino de los clarividentes y adivinadores	257
1)	Los Blancos de Exploración Son Demasiado Desconocidos para ser Valuados mediante Estándares de la Industria	258
2)	La Pérdida de Oportunidad de Exploración "no es digna de una discusión seria"	260
VIII.	DAÑOS.....	260
A.	Los Demandantes aplican un estándar compensatorio incorrecto	262
1)	El estándar compensatorio aplicable está contenido en el DR-CAFTA.	262
B.	Los Demandantes utilizan una fecha de valuación incorrecta	265
C.	Los Demandantes no prueban la causación necesaria entre las violaciones denunciadas y los daños reclamados	267
1)	Los daños indirectos reclamados por los Demandantes están sujetos a requisitos específicos de causalidad y prueba.....	270
2)	Los daños reclamados contradicen las decisiones ya adoptadas por el Tribunal.....	273
D.	Los Demandantes aplican un método de valuación incorrecto.....	274
1)	La metodología de valuación invocada no resulta aplicable a emprendimientos especulativos como el de los Demandantes.....	274
2)	Los Demandantes se apoyan en datos o presunciones incorrectas.....	277
E.	La correcta valuación de los daños reclamados	280
F.	La condena de intereses, si fuere procedente, debe ser calculada a una tasa simple no mayor que la tasa de interés libre de riesgo	284
1)	Los intereses deben acumularse a una tasa libre de riesgo	284
2)	Únicamente deben acumularse intereses simples	287
IX.	RECONVENCIÓN DE GUATEMALA: REMEDIACIÓN AMBIENTAL	289
A.	El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para resolver la presente reconvencción bajo el Convenio CIADI y el DR-CAFTA.....	289
B.	Exmingua incumplió las leyes de Guatemala ocasionándole un daño.....	291
X.	COSTOS	292
XI.	PETITORIO.....	293

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el año 1996. En sus artículos 6, 7 y 15, el Convenio establece la obligación de Consulta con los Pueblos Indígenas antes de iniciarse un proyecto que pueda alterar sus territorios y culturas ancestrales. Con el pasar de los años, el respeto de estos derechos ha ido creciendo en urgencia y trascendencia; no obstante ello, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, desde el nacimiento mismo de la obligación, ha ido consolidando una jurisprudencia constante que obliga a la realización de consultas a los Pueblos Originarios. Asimismo, la obligación ha crecido en el Sistema Interamericano hasta alcanzar, en el entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el rango de “principio general de derecho”. Para el momento de la alegada inversión, no solamente era una obligación de derecho internacional, sino que existía ya una sólida jurisprudencia, nacional e internacional, que cualquier inversionista que se precia de tal, más uno que reclama una indemnización de más de 300 millones de dólares (por un proyecto que, si exitoso, apenas vale el 1% de ese valor), no pudo haber ignorado en su debida diligencia. Además, la obligación se había ya transformado en una obligación de buenas prácticas para las compañías internacionales a través de cuerpos jurídicos como las opiniones del Comité Internacional de la Minería e Industrias Metalúrgicas (CIMM) y los Principios de las Naciones Unidas sobre Empresas Multinacionales y Derechos Humanos.

2. Daniel Kappes y su empresa Kappes, Cassidy y Associates (“KCA”), no son una empresa minera, su especialidad es la ingeniería minera, pero como asesores de empresas mineras, no como quien conduce un proyecto minero para que este sea exitoso desde su preparación, exploración, certificación de reservas, explotación y cierre del mismo. No hay ninguna evidencia en el expediente que demuestre que Daniel Kappes y/o KCA han llevado adelante otro proyecto minero con anterioridad a Progreso VII. Por el contrario, la evidencia apunta en otra dirección: ellos eran contratistas de la minera Cerro Blanco en Guatemala hasta poco antes de intentar la aventura de asociarse con Radius para el proyecto Progreso VII, y luego de que Radius por casi 10 años fallara en obtener otros socios con la experiencia internacional para explotar la mina; de hecho dos empresas de mayor renombre, Gold Fields y Goldcorp, tuvieron participación en el proyecto y lo abandonaron, siempre pasando las inversiones realizadas a pérdida o reemplazándolas por utilidades futuras.

3. Es significativo, además, que la mayoría de la alegada inversión de KCA, se produce luego de que el conflicto social en derredor de Progreso VII ya se había producido. De hecho, según los mismos Demandantes, adquirieron el 49% restante del proyecto en el mes de agosto de 2012, cuando las protestas de las comunidades comenzaron a principios de 2012. Asimismo, la construcción de la mina, donde se encuentra radicada la mayor inversión, se produce luego de que el conflicto está en su pleno apogeo. Radius, por el contrario, abandona el proyecto diciendo precisamente que se enfocaría en un área con menos conflictividad.

4. Más allá de que el Estado de Guatemala, en todas sus esferas de competencia hizo todo lo posible para

resolver pacíficamente el conflicto y proteger a todos los involucrados, los Demandantes no pueden alegar su propia torpeza. Las inversiones no debieron hacerse por la fuerza, sino en diálogo con la comunidad y adquiriendo la licencia social necesaria para operar. Radius vendió su participación del 49% en el Tambor (lo cual incluye Progreso VII) a KCA por USD 100,000 con la firma del acuerdo y USD 300,000 con la entrada de producción de la mina, lo cual refleja el valor transaccional de la referida mina. Existe en el sistema de Derecho Civil la máxima que establece que nadie puede reclamar un mejor derecho del que recibe. Lo mismo aplica aquí, los Demandantes no pueden reclamar un mejor derecho que el que adquirieron, ni reclamar por una inversión realizada en un contexto social complicado, respecto al cual la empresa hizo nada para solucionar, una absurda suma de más de USD 300 millones.

5. El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es tan incompleto que no cumple con los estándares del derecho interno y de las prácticas internacionales en la materia. Además, el EIA contiene tergiversaciones y promesas que llevaron a las Autoridades a su aprobación, cuando no debió ser aprobado. Asimismo, todas estas faltas de información y su impacto sobre el medio ambiente y la calidad y cantidad del agua que consumirían las comunidades del área afectada, son el combustible que ha mantenido la llama de la protesta social ardiendo. Aunado a lo anterior, los Demandantes – a través de Exmingua – nunca presentaron un plan de minas ni determinaron la existencia de reservas probadas durante el tiempo en que el proyecto minero funcionó. Más aún, sólo presentan un fantasioso plan de minas para justificar su absurdo reclamo compensatorio. En el referido plan de minas, y en el testimonio del Sr. Kappes, acompañado con el Memorial de Demanda, los Demandantes sostienen que Exmingua produciría 250 toneladas diarias, cuando la licencia se había otorgado bajo la premisa de que se producirían 150 toneladas diarias. Operar sobre ese límite autoimpuesto constituiría una violación al principio de buena fe y a los usos y prácticas internacionales en materia de minería, pues no solo indujo a error al Estado, quien habría podido no otorgar la licencia, sino que habría invalidado cualquier proceso consultivo, pues las comunidades indígenas tienen derecho a ser informadas con exactitud de las medidas que podrían afectar su territorio. Finalmente, debe destacarse que Exmingua utilizó cada oportunidad que tuvo para violar la ley; no solamente el EIA es violatorio de las Reglas Ambientales de Guatemala, sino que Exmingua incurrió en desacato cuando siguió produciendo luego de que el día 11 de noviembre de 2015 se dictara el Amparo Provisional por el cual se suspendió la licencia de explotación. Exmingua tampoco obtuvo el permiso de construcción municipal requerido para la construcción de la mina y presentó documentos apócrifos en procesos judiciales en Guatemala.

6. Por último, en relación con el actuar de los Tribunales de Guatemala, primero debe decirse que Guatemala es un país democrático y un estado de derecho. Las decisiones de los órganos del poder ejecutivo (incluidos los actos del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”) y del Ministerio de Energía y Minas (“MEM”)) están sujetos al control de constitucionalidad por los Tribunales de Guatemala, incluida la

posibilidad de que ese control se ejerza a través de la Acción de Amparo, siendo que ello está específicamente establecido en la Constitución Política de la República y Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Por lo cual correspondía en última instancia a la Corte de Constitucionalidad la determinación de si la licencia de explotación había sido acordada conforme a derecho. La Corte de Constitucionalidad actuó conforme a derecho, y todos los Tribunales de Guatemala a los cuáles Exmingua recurrió, siempre le otorgaron la posibilidad de presentar debidamente su caso, y aunque los Demandantes no lo dicen, muchas veces decidieron a su favor. En el tema específico de las Consultas a los Pueblos Indígenas, la Corte de Constitucionalidad no se apartó en nada de las decisiones dictadas en otros casos que se encontraban en las mismas circunstancias, con lo cual Exmingua no tiene ningún agravio válido. Tampoco existió denegación de justicia por retardo de justicia; primero porque no existió ninguna intencionalidad en relación con Exmingua, pero principalmente porque la Corte actuó dentro de sus facultades y en el contexto que el momento requería, teniendo en consideración que éste no es el único caso del Tribunal. Por el contrario, este es sólo uno de los casos en más de los aproximadamente 6.000 casos que el Tribunal resuelve anualmente.

7. En definitiva, nada en la conducta de Guatemala violó el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (“DR-CAFTA”). Muy por el contrario; el Estado actuó conforme a estándares internacionales cada vez que tuvo que intervenir. Otorgó el nivel de protección a los Demandantes que el derecho internacional le requiere, en forma constante, desde el año 2012 a la fecha. Y los derechos otorgados fueron siempre otorgados en el marco del estado de derecho, el cual otorga facultades y derechos, pero también impone obligaciones. Como los derechos de cualquier ciudadano, los derechos de los Demandantes estuvieron sujetos a los controles y a las limitaciones impuestas por el ordenamiento constitucional del Estado, y el poder judicial les otorgó amplias facultades para hacer valer sus derechos, mecanismos éstos que los Demandantes ampliamente utilizaron. Y, aunque los resultados ante los Tribunales no fueron lo que los Demandantes hubieran querido, aunque sí los que razonablemente deberían haber esperado, las decisiones de los Tribunales, especialmente de la Corte de Constitucionalidad, se inscribe en líneas jurisprudenciales establecidas y reiteradamente confirmadas, no habiendo existido sorpresa alguna en la aplicación del derecho.

8. En este Memorial de Contestación de Demanda, Guatemala contesta – o intenta contestar – todos los argumentos presentados por los Demandantes en su Memorial de Demanda. No obstante, si por omisión involuntaria no se haya expresamente respondido un argumento, el mismo debe tenerse por negado, y Guatemala hace la reserva el derecho de pronunciarse en forma oportuna. Asimismo, Guatemala hace reserva de todos los derechos que puedan corresponder bajo el DR-CAFTA, el Convenio CIADI, el Derecho Internacional y el Derecho de Guatemala en relación a cualquier argumento que pudiere corresponder en relación a la presente disputa

II. ANTECEDENTES

A. Guatemala

9. Guatemala es un Estado soberano y democrático que ha sido históricamente amistoso con la inversión extranjera directa y que ha facilitado las condiciones para su radicación otorgando especial protección, inclusive antes de la firma de los Tratados Bilateral de Inversión (TBIs) en los años 90s. En el año 1997, a través del Consejo Nacional de Promoción de las Exportaciones -CONAPEX, el Estado de Guatemala aprobó la Política Integrada de Comercio Exterior, la cual dentro de sus objetivos estableció la promoción de la inversión extranjera directa, dada la importancia que ésta tiene en el crecimiento económico, la generación de empleo, la transferencia de tecnología y el incremento de los ingresos tributarios, entre otros beneficios.

10. Como resultado de esta política, que fue actualizada en 2012, el Estado de Guatemala aprobó la Ley de Inversión Extranjera y ha suscrito, a la fecha, 19 acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Guatemala también ha negociado 7 acuerdos comerciales que incluyen capítulos para la protección de las inversiones. Ello demuestra la importancia que tiene para el Estado de Guatemala promover la inversión extranjera directa y otorgar a ésta un tratamiento acorde a los compromisos internacionales y de conformidad con la legislación nacional vigente.

11. Más aún, Guatemala ha mantenido históricamente una “política no discriminatoria” en materia de inversiones extranjeras, la cual es anterior y precede por muchos años a los compromisos internacionales adquiridos a través de los TBIs y de la ley nacional de Inversión Extranjera, aprobada en 1998. Como se establece en la parte considerativa de la mencionada ley, cuyo objetivo fue sistematizar en un solo cuerpo legal los preceptos relacionados con las inversiones extranjeras, **“...el Estado de Guatemala se ha caracterizado por tener un régimen jurídico que está basado, principalmente, en la plena equiparación de tratamiento entre los inversionistas nacionales y los extranjeros...”**

B. Las comunidades indígenas en Guatemala

12. Los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5,000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, presente en 70 países diferentes.¹ El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) describe a los pueblos que protege, e incluye los pueblos tribales “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”² y aquellos pueblos indígenas considerados como tales “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización [...]”³

¹ Véase *Los derechos de los pueblos indígenas y tribunales en la práctica, una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Organización Nacional del Trabajo (2009), p. 9 (RL-0119).

² Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (CL-0152)

³ Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (CL-0152)

13. Guatemala es uno de los países de América Latina con mayor población indígena. De conformidad con el más reciente censo poblacional y habitacional de 2018, en Guatemala conviven 14.9 millones de habitantes, dentro de los cuales 6.5 millones (43.80%) se autoidentifican como indígenas de los pueblos Mayas, Garífunas, Xincas y Creoles o afrodescendientes.⁴ Los pueblos Mayas están divididos en 22 etnias, cada una con su propia lengua, idiosincrasia y costumbres.⁵ La importancia de los pueblos originarios se evidencia, entre otras cosas, en el hecho de que en Guatemala se ha creado un Vice-Ministerio de Educación Bilingüe e Intercultural tendiente a la enseñanza tanto del idioma español como de los lenguajes de los pueblos originarios,⁶ y una Academia de Lenguas Mayas, creada por ley.⁷

14. Conforme a los datos disponibles en la página del Instituto Nacional de Estadística, existen poblaciones indígenas en los dos municipios aledaños al proyecto minero Progreso VII.⁸ En el municipio de San Pedro de Ayampuc, aproximadamente 14,891 personas son indígenas, y 156 personas en San José del Golfo son indígenas.⁹ Es importante mencionar que, en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, el Estado reconoció por primera vez que el país está conformado por varios grupos étnicos con derecho a su identidad cultural. Desde ese momento, la Constitución de la República establece que el Estado tiene la obligación de «reconocer, respetar y promover» la cultura y organización social de los diferentes «grupos étnicos».¹⁰

15. En América Latina, entre 1960 y 1996, se llevaron a cabo una serie de movimientos armados y Guatemala no fue la excepción. Por ello, cuando se firmó en la ciudad de Guatemala el Acuerdo de Paz Firme y Duradera entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (“URNG”), poniendo fin a tres décadas de movimientos armados, entraron en vigencia una serie de acuerdos que fueron fundamentales y condiciones de la reconciliación, entre ellos el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas celebrado en la Ciudad de México el 31 de marzo de 1996, el cual tiene entre sus metas el reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas.¹⁰

16. Para concretar el reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas, el acuerdo estableció una serie de compromisos y acciones sustantivas, divididos en tres apartados:

⁴ Instituto Nacional de Estadística Guatemala, XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda. **(R-0002)**

⁵ Existen 22 etnias pertenecientes al pueblo Maya: Chuj, Itza', Ixil, Jacalteco, Kaqchikel, K'iche', Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi', Q'ujub'ál, Q'eqchi', Sakapulteco, Sipakapense, Tektiteko, Tz'utujil, Uspanteco.

⁶ Saquil Bol, Oscar René, *Curriculum Vitae* **(R-0003)**.

⁷ Conforme a la Ley de Idiomas Nacionales de Guatemala, instituida por decreto 19-2003 **(R-0004)**. (en el contexto de precisamente el Convenio 169 de la OIT), el idioma oficial de Guatemala es el español, pero el Estado reconoce, promueve y respeta los idiomas de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca.

⁸ EIA p. 270. **(C-0082)**.

⁹ Instituto Nacional de Estadísticas - *Características generales de la población (Censo 2018)*, Cuadro A5.2 - Población total por pueblos según municipio **(R-0005)**.

¹⁰ PNUD, *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas: Avances y desafíos, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (2016), p. 15 **(R-0006)**.

1. Lucha contra la discriminación,
2. Derechos culturales, y
3. Derechos civiles, políticos, sociales y económicos.¹¹

17. En ese sentido, el Gobierno de Guatemala, por medio de dicho acuerdo, se comprometió a implementar una serie de acciones legislativas, de difusión, de institucionalidad, y de adecuación de la normativa nacional al marco internacional de derechos humanos. Entre ellos, y a nivel de derecho internacional, a promover el reconocimiento de la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, concluir la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (“Convenio 169”), y la aprobación del proyecto de declaración de derechos de pueblos indígenas en las Naciones Unidas.¹²

18. A la fecha, el Estado de Guatemala ha realizado importantes avances con relación al reconocimiento y reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellas la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la promoción y desarrollo de consultas de conformidad con el mismo, como se discute más adelante en la sección III.

C. El descubrimiento de oro y actividades de exploración en el Tambor

19. Las concesiones mineras que constituyen la base de esta controversia, Progreso VII derivada y Santa Margarita (concesiones de explotación y exploración, respectivamente) forman parte de un proyecto minero llamado El Tambor. A pesar de que Guatemala es un país con un alto régimen de lluvias, el Tambor se encuentra en una zona árida al noroeste de la Ciudad de Guatemala, aproximadamente a 30 kilómetros o poco más de una hora de automóvil, desde la entrada principal de la mina hasta la ciudad. En el área existen comunidades indígenas.¹³

20. Radius Explorations Ltd., una empresa minera canadiense registrada en la Comisión de Valores y Bolsa de los EE.UU, que supuestamente descubrió oro en El Tambor en 2000.¹⁴ Hoy en día, su nombre ha cambiado a Radius Gold (a lo largo del presente, nos referiremos indistintamente a Radius Exploration o Radius Gold como "Radius") y sus acciones se venden a un precio de 0,20 USD por acción. Siempre ha sido una "acción barata" con un precio bajo por acción.

21. El fundador de Radius, Simon Ridgway, tenía experiencia y conexiones sustanciales en Guatemala cuando enfocó su atención en El Tambor. Ridgway y su Vicepresidente de Exploración, Robert Wasylshyn, trabajaron para Mar-West Resources, que gestionaba Cerro Blanco y una mina de oro cercana en Honduras,

¹¹ *Id.*

¹² *Id.* pp. 18-19.

¹³ Instituto Nacional de Estadísticas - *Características generales de la población (Censo 2018)*, Cuadro A5.2 - Población total por pueblos según municipio (**R-0005**).

¹⁴ Véase Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Cierra Adquisición de su participación en el Tambor* (30 de marzo de 2004) (**C-0216**).

llamada San Martín.¹⁵

22. Radius comenzó a adquirir concesiones mineras a través de Exploraciones Mineras Guatemala, S.A. ("Exmingua"), una subsidiaria que Radius poseía en usufructo. El 21 de noviembre de 2000, en virtud de una cesión de derechos mineros, Geominas S.A. ("Geominas") transfirió Progreso VII y Santa Margarita, ambos con carácter condicional.¹⁶ Exmingua asumió la obligación de hacer un plan de pagos, comenzando en 10.000 USD y aumentando a 160.000 USD en el curso de cuatro años.¹⁷ Exmingua no tenía los derechos de superficie y se comprometió a "pagar a los titulares y dueños de las tierras afectadas los daños que pudieran producirse en los cultivos, los caminos o la superficie de las tierras a causa de las actividades de exploración de conformidad con la Ley de Minería".¹⁸ Exmingua también acordó pagar una regalía del 2,5% del Retorno Neto de Fundición, que el acuerdo definía como "el valor neto recibido por Exmingua, sociedad anónima, o su entidad controlante", deduciendo ciertos costos de transporte, fundición y otros costos relacionados.¹⁹ Exmingua también acordó, cuatro años y un mes después de la firma del acuerdo, pagar una suma mensual de 10.000 USD.²⁰ Este era un "anticipo" sobre futuras regalías.²¹

23. Al momento del descubrimiento, las empresas mineras estaban en las etapas iniciales de exploración de una franja de oro en el sur de Guatemala, donde había habido poca exploración en el pasado. En 2001, Gold Fields, una minera sudafricana descrita por Radius como "importante"²², compró una participación del 12%²³ en Radius y también estableció una empresa conjunta con Radius (el "Gold Fields Joint Venture").²⁴ Orogen Holding (BVI) Limited ("Orogen"), una empresa afiliada a Gold Fields, adquirió el derecho de invertir cinco (5) millones USD, a cambio de una participación del 55% en las propiedades de Radius.

24. El *Joint Venture* con Gold Fields incluía tres proyectos propiedad de Radius: Bella Vista, Tierra Blanca y El Tambor.²⁵ Las concesiones de Progreso VII y Santa Margarita, objeto de este arbitraje, forman parte de El Tambor y no de Bella Vista o Tierra Blanca.²⁶ Gold Fields se hizo cargo como operador de estos tres proyectos y se comprometió a invertir cinco (5) millones de dólares en el proyecto.²⁷ Una vez que Gold Fields

¹⁵ Véase Rob Robertson, *Golden Fields se une a Radius en Guatemala*, THE NORTHERN MINER, p. 4 (R-0007).

¹⁶ Carta de Minera Sur dirigida a Exmingua de fecha 6 de abril de 2015 (C-0045).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cesión de Derechos Mineros, p. 5 (C-0041)

¹⁹ *Id.* p. 4.

²⁰ *Id.* p. 8.

²¹ Carta de Minera Sur dirigida a Exmingua de fecha de abril de 2015 (C-0045). El momento no es del todo relevante, pero Químicos cedió sus derechos el 31 de diciembre de 2007 y Geominas lo hizo el 12 de diciembre de 2013.

²² Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (25 de febrero de 2002), p. 3 (R-0008).

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.* pp. 3-4.

²⁷ *Id.* p. 3 (R-0008).

gastara esos cinco (5) millones USD iniciales en costos de exploración, Radius tenía el derecho de compartir proporcionalmente los futuros gastos de desarrollo, o bien otorgar a Gold Fields el derecho de adquirir el 15% de acciones adicionales en Radius a cambio de la preparación de un estudio de factibilidad y proyección financiera.²⁸ Gold Fields nunca gastó el monto total.

25. Mientras que Gold Fields se centró en otras concesiones, en 2002 Exmingua adquirió una participación del 100% en La Laguna.²⁹ Ese mismo año, Exmingua adquirió una participación del 100% en Progreso VII, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra con Entre Mares de Guatemala S.A. ("EMG") y sujeto a una regalía del 4%, Retorno Neto de Fundición.³⁰

26. A pesar de la experiencia local, las perforaciones no dieron resultados sorprendentes. Tal como señaló el geólogo consultor de Exmingua, Stephen R. Maynard, "la geología de Guatemala Central es complicada".³¹ A medida que continuaron las actividades de perforación, "la primera basada de unos 30 pozos de circulación inversa y de extracción de núcleo ampliamente espaciados en las zonas de Bridge, Sastre y Lupita, el área defraudó las expectativas de mercado para Radius, al no coincidir con los valores de superficie".

27. En lugar de optar por continuar perforando, Gold Fields vendió toda su participación en Gold Fields Joint Venture a Radius a cambio de 1.300.000 acciones ordinarias de Radius.³² Radius valuó estas acciones en 1.937.000 CAD (1.478.899,50 USD al 31 de marzo de 2004)³³, con un período de venta restringido hasta junio de 2004, cuando el valor había bajado a 1.352.000 USD. Gold Fields nunca invirtió los cinco (5) millones de dólares que había comprometido, concluyendo con 3.250.000 USD en costos. En aquel momento, Gold Fields había preparado sus propias estimaciones de recursos que no fueron compartidas públicamente.³⁴ Después de esta transacción, Radius contrató a Chlumsky, Ambrust & Meyer, una empresa consultora de Colorado, para llevar a cabo una estimación de recursos (el "Informe CAM")³⁵. Radius alegó que el Informe CAM era una debida diligencia con miras a prepararse para una futura emisión de acciones.³⁶

28. El Informe CAM se limitó a estimar la cantidad de oro basándose en las perforaciones realizadas. Este legaba cumplir con la calificación de "informe independiente" en virtud del Instrumento Nacional 43-101 ("NI 43-101")³⁷ que es una norma reglamentaria canadiense para informar sobre los recursos y las reservas de propiedades mineras. Para quienes no estén familiarizados con la terminología minera de Canadá, el Instituto

²⁸ *Id.* p. 10.

²⁹ Informe 20K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (2005) (**R-0011**).

³⁰ *Id.*

³¹ *Veáse*, Rob Robertson, *Golden Fields se une a Radius en Guatemala*, THE NORTHERN MINER, p. 3 (**R-0007**).

³² Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (febrero de 2004), p. 3 (**R-0009**).

³³ *Id.* p. 19 (**R-0009**).

³⁴ Informe 20-F de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (2005) (**R-0010**).

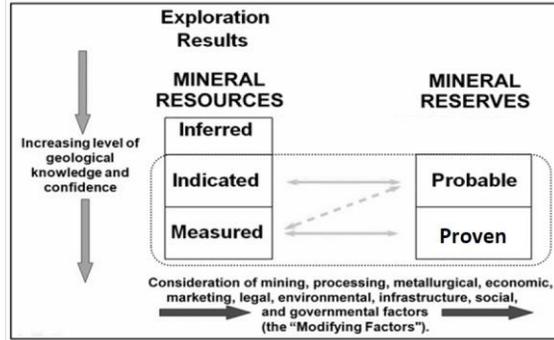
³⁵ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (Febrero de 2004), p. 4 (**R-0009**).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Informe Chlumsky, Ambrust, and Meyer ("CAM"), sección 2.2 p. 2.1 (**C-0039**).

Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo ("CIM") establece normas para diversas actividades, así como terminología específica aplicable a la minería, incluidos los términos "Recursos Minerales" y "Reservas Minerales."

29. La siguiente imagen ayuda a graficar la relación entre los Recursos Minerales y las Reservas Minerales.



30. Las definiciones para estos términos han cambiado con el tiempo, haciéndose hoy más rigurosas. Por ejemplo, en las normas del CIM de 2004 se definen los "Recursos Minerales" como "una concentración o presencia de material orgánico natural, sólido, inorgánico o fosilizado en o sobre la corteza terrestre en forma y cantidad tales y de una calidad o grado tal que tiene perspectivas razonables de extracción económica".³⁸ La frase "perspectivas razonables de extracción económica" tiene una definición en las Normas CIM de 2004, que no difiere de las Normas CIM de 2000.³⁹ El Informe CMA sólo requería "un juicio de la Persona Calificada respecto de los factores técnicos y económicos que pudieran influir en las perspectivas de extracción económica".⁴⁰

31. Diez años después, la normativa ha cambiado. En 2014, las Normas CIM definieron esas mismas palabras, "perspectivas razonables de extracción económica", exigiendo la "base" de la determinación, teniendo en cuenta supuestos que incluyen "estimaciones de la ley de corte y la continuidad geológica en el corte seleccionado, la recuperación metalúrgica, los pagos de fundición, el precio de los productos básicos o el valor del producto, el método de extracción y procesamiento y los costos de extracción, procesamiento, generales y administrativos".⁴¹ El Informe CAM no incluía ningún procesamiento metalúrgico, pagos de fundición, precio del producto básico o valor del producto, método de extracción y procesamiento ni costos de extracción, procesamiento, generales y administrativos.⁴² Asimismo, el Informe CAM tenía otras limitaciones. Gold Fields no realizó ninguna perforación en dos de las trece zonas mineralizadas, y el Informe CAM

³⁸ Instituto de Minería de Canadá ("CIM"), Definición de estándares (2004) (R-0012).

³⁹ *Id.* p. 1.

⁴⁰ *Id.* p. 4.

⁴¹ Instituto de Minería de Canadá ("CIM"), Definición de estándares, CIM (2014), p. 5. (R-0013).

⁴² Véase generalmente Informe CAM (C-0039).

determinó que era "difícil demostrar la continuidad de las zonas individuales".⁴³ El Informe CAM no hizo ningún cálculo de las Reservas Minerales.

32. Después del Informe CAM, Radius alteró la descripción de sus hallazgos. Si bien el Informe CAM no examinó ninguna prueba metalúrgica y se limitó a especular sobre los posibles métodos de procesamiento⁴⁴, Radius proclamó que el Informe CAM "asumió un escenario de lixiviación en pila".⁴⁵ Radius también declaró que no conocía ningún otro factor que afectara la estimación de los recursos minerales.⁴⁶ Sin embargo, no proporcionó ningún estudio que apoyara esta conclusión.

33. Al salir del proyecto, Gold Fields apenas hizo mención al respecto en sus presentaciones públicas. En el Informe Trimestral de 2004, Gold Fields sólo declaró que abandonó El Tambor, entre otros dos proyectos, porque la empresa estaba "respondiendo a las condiciones favorables del mercado de oro aumentando agresivamente su programa de exploración y continuando su búsqueda de adquisiciones de calidad y valor agregado".⁴⁷ Al parecer, El Tambor no se ajustaba a los parámetros de esa búsqueda.

34. A pesar de que Radius insinuaba que muchas empresas tenían interés en Tambor,⁴⁸ Ralph Rushton, Vicepresidente de Desarrollo Corporativo de Radius, tenía una postura diferente. Declaró que el proyecto Tambor "no es estructural o geológicamente sencillo".⁴⁹ Unos meses más tarde, y sólo en un comunicado de prensa dirigido al mercado canadiense, Radius anunció un nuevo proyecto de empresa conjunta, esta vez con Fortuna Ventures ("Fortuna"), otra empresa minera canadiense.⁵⁰ Fortuna tiene una profunda conexión con Radius. Simon Ridgway fundó ambas compañías, desempeñándose como CEO de Radius y como Presidente del Directorio de Fortuna.⁵¹ Fortuna acordó invertir 4 millones USD para obtener el 60% de la empresa conjunta.⁵² Sin embargo, la inversión de Fortuna fue mucho menor. En 2005, Fortuna decidió salir de la empresa conjunta y canceló en sus libros algo más de 108.000 USD, una fracción del valor comprometido.⁵³

35. En la misma época, otro proyecto de Radius tropezó con un obstáculo. El 11 de julio de 2005, Radius

⁴³ Informe CAM, p. 31.1 (C-0039).

⁴⁴ Informe CAM, p. 10.1 (C-0039).

⁴⁵ Informe 6K de Radius presentado ante a Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (febrero de 2004), p. 7 (R-0009).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Comunicado de prensa, Gold Fields, *Reporte del segundo trimestre* (2004), p. 7 (R-0014).

⁴⁸ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (Informe no. 3 de fecha 18 de febrero de 2004), p. 2 (R-0009).

⁴⁹ Radius, *Fortuna alcanzan joint Venture en proyecto de oro Tambor*, BN Américas (3 de diciembre de 2004) (R-0015).

⁵⁰ Comunicado de prensa, Radius, *Radius y Fortuna llegan a acuerdo de empresa conjunta sobre el proyecto Tambor* (2 de diciembre de 2004) (C-0217).

⁵¹ Página web de Radius Gold Inc., Administración, disponible a través de <http://www.radiusgold.com/s/Management.asp?ReportID=414064>. Fortuna Ventures Inc. tiene el mismo símbolo del teletipo que Fortuna Silver Mines Inc. (R-0016)

⁵² Comunicado de prensa, Radius, *Radius y Fortuna llegan a acuerdo de empresa conjunta sobre el proyecto Tambor* (2 de diciembre de 2004) (C-0217).

⁵³ Reporte Anual (2006), Fortuna Silver Mines Inc., p. 57 (R-0017).

anunció que Glamis Gold, su socio en la empresa conjunta del Proyecto Banderas, "estuvo involucrado en un serio incidente de relaciones comunitarias que derivó en que el gobierno guatemalteco estableciera una moratoria en la emisión de nuevos permisos de explotación".⁵⁴ Radius salió a aclarar que "[h]asta tanto la situación de los permisos se resuelva de manera completa y transparente, Radius mantendrá una presencia a través de sus socios en la empresa conjunta únicamente y no se prevé ningún trabajo generativo nuevo en Guatemala durante 2005".⁵⁵

36. Tras la salida de Gold Fields, y con el Informe CAM en mano, Radius optó por comprar la participación de EMG en Progreso VII. Radius había gastado los 800.000 USD requeridos contractualmente en costos de exploración, y el 6 de mayo de 2006, Radius pagó 250.000 USD adicionales para convertirse en el único propietario de Progreso VII.⁵⁶ El 4% de regalías se mantuvo, reservándose Radius el derecho de comprar la mitad de las regalías por 2 millones USD.

37. Aunque ni Goldcorp ni Radius emitieron un comunicado de prensa sobre la adquisición, y la operación nunca se hizo pública, Goldcorp adquirió de Radius una regalía del 4% del NSR sobre El Tambor. Más tarde, el 13 de diciembre de 2007, International Royalty Corp. ("IRC") compró estas regalías a Goldcorp como parte de un paquete por el cual pagó 4 millones USD, lo cual incluía las regalías en el Tambor, pero también proyectos operados por Barrick Gold, y tres pozos de petróleo operativos en Montana.⁵⁷

38. En junio de 2008, Radius y Kappes, Cassidy & Associates ("KCA") firmaron una carta de intención vinculante en la que KCA se comprometía a invertir 6,5 millones USD en costos de exploración en el curso de cuatro años para obtener el 51% del proyecto⁵⁸ y, por primera vez, Radius anunció la magnitud de la operación: 150 toneladas por día (o "tpd").⁵⁹ La tasa de recuperación bajó del 98% al 66%.⁶⁰ Radius expresó que esperaba tener una "pequeña operación de oro" con producción programada para comenzar ese mismo año.⁶¹ Sin embargo, esta predicción resultó ser errónea. Exmingua tampoco pudo pagar el anticipo de 10.000 USD por las regalías que le debía a Minera del Sur.⁶² Más tarde ese año, Radius retrasó el cronograma, señalando que

⁵⁴ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU. (11 de julio de 2005), p. 18. **(R-0018)**.

⁵⁵ *Id.* pp. 18-19

⁵⁶ Informe 20-F de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU. (2005) **(R-0010)**.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius firma acuerdo para el desarrollo del depósito Tambor* (3 de junio de 2008) **(C-0064)**.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU. (20 de mayo de 2009), p. 2 **(R-0019)**.

⁶² Letter from Minera Del Sur to Exmingua, p. 2 **(C-0045)**.

ya se habían comprado varios elementos de la planta pero que la puesta en marcha sería en 2010.⁶³

39. En 2010, se cerró otra transacción que involucraba a El Tambor. Royal Gold compró las acciones de IRC, convirtiéndose en el único propietario del 4% de las regalías del NSR del proyecto. En su siguiente Informe Anual, Royal Gold sólo hizo una breve mención de El Tambor y no atribuyó ningún valor particular a la transacción.⁶⁴ Asimismo, Radius hizo algunos cambios, ninguno relacionado con esta última transacción. En una nota de sus estados financieros, modificó el tamaño de la operación de 150 tpd a 200 tpd y la fecha de inicio del proyecto siguió postergándose.⁶⁵ El mercado no reaccionó en forma favorable al inicio de la construcción y al anuncio de los planes. El plan era explotar la mina a cielo abierto y en forma subterránea al mismo tiempo,⁶⁶ aunque eso tampoco ocurrió. El precio de las acciones de Radius, que aún poseía el 100% del proyecto,⁶⁷ siguió cayendo de 0,89 USD en junio de 2011 a 0,32 USD en marzo de 2012.⁶⁸

40. En junio de 2012, Radius expresó su consternación por los hechos ocurridos con relación a la activista Yolanda Oquelí Veliz.⁶⁹ El incidente ocurrió en las cercanías de la mina, y en agosto de 2012, Radius anunció su salida del proyecto, vendiendo 100% de su participación en Exmingua. Radius recibió apenas 100.000 USD en el momento de la venta y otros 300.000 USD una vez que la mina comenzó a producir.⁷⁰ En sus estados financieros del tercer trimestre de 2012, Radius registró una pérdida de 3.823.118 CAD, con un valor contable de la propiedad de 3.489.495 CAD del total.⁷¹

41. Mientras que Radius declaró que KCA haría pagos futuros "basados en el precio corriente del oro y el número de onzas producidas",⁷² la realidad era más moderada: "[d]ebido a la incertidumbre de recibir futuros pagos de producción de KCA, la Compañía canceló un saldo por cobrar de 429.728 USD y no ha reconocido

⁶³ Comunicado de Prensa, Radius, *Actualización sobre el proyecto de minería Tambor* (6 de octubre de 2009) (R-0024). Véase también, Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (13 de octubre de 2009), p. 26 (R-0020).

⁶⁴ Informe 10-K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (30 de junio de 2010) (R-0025).

⁶⁵ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (11 de febrero de 2011), p. 29 (R-0021).

⁶⁶ Comunicado de Prensa, Radius, *Construcción en curso en el proyecto de oro Tambor de Radius, Guatemala* (27 de febrero de 2012) (C-0222).

⁶⁷ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (mayo de 2012), p. 18 (R-0023).

⁶⁸ Precios de acciones históricos de Radius Gold, Inc. 2011-2012 (R-0026)

⁶⁹ Carta de PDH de fecha 20 de diciembre de 2012 (R-0027); Comunicado de Prensa, Radius, *Actualizaciones de Radius sobre eventos recientes en el proyecto Tambor, Guatemala* (20 de junio de 2012) (R-0028). Por información con la que cuenta la representación de Guatemala, el Sr. Simon Ridgway vive en Guatemala y su esposa es de nacionalidad guatemalteca.

⁷⁰ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (C-0223).

⁷¹ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (17 de diciembre de 2012), p. 11 (R-0022).

⁷² Anexo 99.2 de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (17 de diciembre de 2012), p. 3 (R-0022).

una ganancia contingente en los potenciales pagos de regalías [...]"⁷³

42. El Directorio de Radius dejó claro que "desde la venta en 2012, Radius no ha tenido ninguna participación en la gestión diaria del proyecto, y no ha tenido influencia alguna en el proceso de solicitud de permisos para la mina propuesta, su construcción, su explotación, ni en cualquier decisión sobre el acceso al proyecto".⁷⁴ El presidente de Radius declaró que la venta de Tambor formaba parte de la "estrategia corporativa de desinversión en activos problemáticos..." a fin de permitirle a Radius centrar sus esfuerzos "en áreas menos conflictivas en cuanto al desarrollo de la región".⁷⁵

43. Royal Gold, el titular de las regalías, no tenía mucho que decir. La empresa seguía viendo El Tambor como un proyecto marginal en el panorama minero más amplio. En una presentación en septiembre de 2012, Royal Gold mencionó El Tambor al pasar, aclarando que no había declaración pública de reserva.⁷⁶ El proyecto apenas figuraba en la presentación.⁷⁷

44. Incluso cuando se aproximaba la etapa de producción, Exmingua no hizo los pagos de anticipos adeudados a Minera del Sur, lo cual llevó a Minera del Sur a exigir formalmente el pago el 6 de abril de 2015.⁷⁸ No hay evidencia alguna de que Exmingua, Radius, o KCA hayan hecho estos pagos a los que estaban obligados por contrato. De hecho, no aparecen pagos de regalías en el análisis del flujo de fondos descontados (DCF) de Exmingua hasta 2021. Por otro lado, KCA pagó parte del dinero adeudado a Radius. En 2015, KCA pagó 341.063 dólares para saldar la cuenta por cobrar abierta y 436.293 dólares en concepto de ingresos por regalías, adeudándose aún a Radius 662.619 dólares por el año 2015.⁷⁹ KCA hizo otro pago de las regalías de 2015, por un total de 178.789 dólares, abonados en 2016. Luego, el 11 de mayo de 2016, Radius anunció que estaba al tanto de la suspensión de las actividades mineras en El Tambor.⁸⁰ No hay otros informes de acceso público que refleje el pago de regalías, incluyendo el pago de regalías a Royal Gold.

D. Daniel W. Kappes y Kappes Cassiday & Associates (KCA)

45. Daniel W. Kappes es un profesional de la ingeniería minera y metalúrgica y es fundador y presidente

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (C-0223) ("El Directorio de Radius desea aclarar que, desde la venta en 2012, Radius no ha participado en la gestión cotidiana del proyecto y no tiene ninguna influencia en la concesión de permisos para la mina propuesta, su construcción, su funcionamiento o cualquier decisión relativa al acceso al proyecto").

⁷⁵ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (C-0223).

⁷⁶ Presentación de Royal Gold en *Denver Gold Forum* in September 2012, Slide 34 (R-0029).

⁷⁷ Página web de Royal Gold, Inc., disponible a través de <https://www.royalgold.com/our-portfolio/evaluation-exploration/evaluation/>. Royal Gold todavía reclama el derecho a un 4% de regalías de NSR en El Tambor (R-0030).

⁷⁸ Letter from Minera Del Sur to Exmingua (C-0045).

⁷⁹ Reporte Financiero de Radius (2015), p. 24 (R-0031).

⁸⁰ Comunicado de prensa, Canadian Insider, *Radius comenta sobre los informes de los medios de comunicación sobre la suspensión temporal de las operaciones mineras en la mina Tambor* (11 de mayo de 2016) (R-0032).

de Kappes, Cassiday & Associates (KCA), que se especializa en todos los aspectos del procesamiento de cianuro y lixiviación en pilas.⁸¹ Durante su carrera, el Sr. Kappes ha enfocado su trabajo principalmente en la ingeniería metalúrgica.⁸² Tanto Kappes como KCA son conocidos principalmente por su experiencia en lixiviación en pilas.⁸³

46. KCA es una compañía que principalmente presta servicios de procesamientos metalúrgicos. No es una compañía que se conoce como operadora de proyectos mineros.⁸⁴ Por lo tanto, Progreso VII habría sido la primera y única mina hasta la fecha que operarían Kappes y KCA. No hay información disponible públicamente que demuestre que Kappes o KCA alguna vez hayan asumido la responsabilidad total de una operación minera.

47. KCA no es una empresa minera, sino de ingeniería para la industria minera, que supuestamente prestaba servicios a Radius (anteriores concesionarios de la exploración y explotación de la mina) y aprovechó la oportunidad que dejó Radius al retirarse de la misma, sea debido a su baja productividad o a cuestiones relacionadas con el conflicto social que rodeaba su desarrollo.

E. La operación de Progreso VII

48. Entre los años 2004 y 2005, las comunidades aledañas a la mina Marlín, una mina cercana en la misma falla que Progreso VII, protestaron contra ese proyecto. En parte como consecuencia de esta oposición, en 2009, la Organización Internacional del Trabajo (la "OIT") pidió a Guatemala que no concediera ni renovara ningún permiso relacionado con Marlín, sin que se hicieran consultas con los pueblos indígenas y se los incluyera en los planes de desarrollo.⁸⁵ En respuesta a la solicitud de ciertas comunidades, el 20 de mayo de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos le solicitó a Guatemala que suspendiera las operaciones en la mina.⁸⁶

49. Como consecuencia de la oposición de la comunidad, Goldcorp, propietaria de Marlín, llevó a cabo una auditoría exhaustiva de sus operaciones. En las conclusiones, publicadas en 2010, se recomendó el establecimiento de un proceso de diálogo entre múltiples interesados; que se divulgara íntegramente el Estudio de Impacto Ambiental y Social y los planes de expansión propuestos; creara procesos formales de retroalimentación; ampliara las consultas para incluir la adquisición de tierras, el desempeño ambiental, el

⁸¹ Página web de AIME (Instituto Americano de Ingeniería Minera, Metalúrgica, y Petrolera), disponible a través de: <http://www.aimehq.org/programs/award/bio/daniel-w-kappes> (R-0033).

⁸² *Ibid.*

⁸³ Página web de Kappes, Cassiday & Asociados, disponible a través de: <https://www.kcareno.com/> (R-0034).

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Informe de la OIT (2009), p. 680 (R-0035).

⁸⁶ Informe de admisibilidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de abril de 2014), p. 2 (CL-0225). Véase también, Anexo 99.1 de Radius (Reporte GoldCorp) presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (9 de junio de 2010) (R-0036).

cierre, el período posterior al cierre, la inversión social y la seguridad; y adoptara otras medidas para mejorar y ampliar el proceso de consulta.⁸⁷ El informe también aconsejó la realización de las consultas conforme al artículo 169 de la OIT.

50. En lo que respecta a las cuestiones ambientales, en el informe se instaba a la creación de una fianza para los costos relacionados con el cierre, así como a una mayor transparencia en cuanto a potenciales problemas y a supervisión.⁸⁸ El informe incluía otras recomendaciones relacionadas con cuestiones laborales, adquisición de tierras, inversión económica y social, seguridad y acceso a recursos legales (o procedimientos eficaces de presentación de reclamos y resolución de controversias). Una vez implementadas las recomendaciones, Marlín pudo seguir operando hasta el cierre.

51. Las comunidades también empezaron a tomar acciones administrativas y legales. Varias autoridades municipales convocaron procesos de consulta popular con miras a recabar la opinión de sus habitantes y los pueblos indígenas sobre los proyectos mineros y su impacto ambiental. Otras comunidades ejercieron acciones para resarcir el incumplimiento de las consultas previas previstas en el Convenio 169 de la OIT. Esto devino en una serie de acciones legales que perfilarían la jurisprudencia constante de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de consultas previas a los pueblos indígenas. Estas decisiones serán analizadas en profundidad en las siguientes secciones de este Memorial, pero conviene aclarar desde este momento que desde el año 1996 la Corte de Constitucional ha venido reconociendo la existencia del derecho a consulta previa como un derecho humano, arraigado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

52. A diferencia de Goldcorp y de Marlín, lamentablemente, los Demandantes no fueron tan sofisticados. Los demandantes asumieron la responsabilidad de llevar a cabo las consultas previas a la solicitud de un permiso ambiental. El documento central fue el Estudio de Impacto Ambiental ("EIA"), en la que Exmingua prometió planificar y ejecutar el proyecto "con los más altos estándares de gestión ambiental y social."⁸⁹ Para trabajar en el EIA, Exmingua contrató al Grupo Sierra Madre ("GSM"), que afirmaba ser un consultor ambiental.⁹⁰

53. El EIA incluye notas de las reuniones celebradas con los miembros de la comunidad, sin embargo, como se analiza aquí, la participación de las comunidades involucradas fue mínima o ninguna, y el proyecto nunca obtuvo licencia social. El 1 de marzo de 2012, la Sra. Estela Reyes, residente de la cercana aldea de El Carrizal,⁹¹ decidió estacionar su automóvil frente al portón de El Tambor, bloqueando la entrada a la mina.⁹²

⁸⁷Evaluación de Derecho Humanos, Mina Marlín, p. 193 (mayo de 2010) (R-0037).

⁸⁸ *Id.* p. 196.

⁸⁹ EIA, p. 437 (C-0082).

⁹⁰ Véase Licencia Ambiental de Registro de Empresa Consultora Nro. 011 del 16 de marzo de 2010 (R-0038).

⁹¹ O. Hernández y J. Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (R-0039).

⁹² Rob Mercatante, *La resistencia pacífica anti-minería de "La Puya" celebra dos años de lucha*, UPSIDE DOWN WORLD (11 de marzo de 2014) (R-0040). Realmente el movimiento ya había comenzando en el 2011 con las primeras noticias

Los residentes cercanos se le unieron, y las raíces de un movimiento social conocido con el nombre de La Puya comenzaron a arraigarse.⁹³

54. Al contrario de lo que ha sostenido el Sr. Kappes en reiteradas ocasiones,⁹⁴ no hay pruebas de que los primeros manifestantes hayan actuado a instancias de alguna organización sin fines de lucro o de otro tipo, persiguiendo intereses exógenos a aquellos que siempre ha declarado: el movimiento se abocó a la no violencia y expresó su preocupación por la afectación del agua objeto del consumo de las comunidades aledañas, así como el impacto para el medio ambiente que el proyecto Progreso VII derivada implicaba.

55. Desafortunadamente, desde un principio, Exmingua adoptó un enfoque agresivo hacia los manifestantes y ejecutó acciones totalmente contrarias a actividades tendientes a obtener licencia social. Exmingua envió a exmilitares a amenazar a los manifestantes e incluso a agredir a las mujeres que mayoritariamente constituían la resistencia.⁹⁵ Exmingua contrató a la empresa Servicios Mineros de Centroamérica ("SMC") para actuar como portavoz y supuestamente coordinar los proyectos sociales. José Arias, empleado de SMC, concedió una entrevista en junio de 2012, en la que el Sr. Arias admitió que era difícil explicar el proyecto y que Radius tendría que explicar sus dimensiones.⁹⁶ El Sr. Arias dijo que ya existía un permiso de construcción, una declaración falsa, como veremos seguidamente, y que la mina procesaría 150 toneladas por día, lo cual también falso, según las propias declaraciones del Sr. Kappes en este expediente.⁹⁷

56. A medida que el movimiento de resistencia social crecía, Exmingua – en lugar de desarrollar actividades que contribuirían al desarrollo y adquisición de licencia social, apelaba a tácticas agresivas para intimidar a los manifestantes.⁹⁸ En noviembre de 2012, en un vídeo inquietante, un hombre con una camisola de Exmingua, y apoyado por otro nutrido grupo también identificados con la camisola de la empresa, se acerca a los manifestantes con un megáfono. Se burla de ellos, y descarga su ira en otro hombre que está filmando la escena. El empleado de Exmingua comienza a atacar verbalmente al hombre con la cámara, llamándolo "maricón" y burlándose de él por temblar. Muchos otros hombres apoyan al empleado de Exmingua, parándose

del desarrollo de la mina. Véase también Informe Circunstanciado de la Policía Nacional Civil, del conflicto La Puya entre los años 2012 a 2016, fechado 10 de mayo de 2016 (**R-0206**)

⁹³ Comunicado de prensa, Goldcorp Out News, *Guatemala: Cascos Azules organizados por empresas con fines conflictivos, no pacíficos* (20 de noviembre de 2012) (**R-0041**).

⁹⁴ Carta de Kappes, Cassidy & Associates de fecha de 5 de enero de 2013 (**R-0042**), obtenido de <http://www.business-humanrights.org/media/documents/kappes-cassiday-&-associates-re-el-tambor-mine.doc>

⁹⁵ Kelsey Alford-Jones, *Un bloqueo de carretera se convierte en puerta de entrada a la resistencia en Guatemala*, UPRISING (28 de enero de 2013) (**R-0207**).

⁹⁶ O. Hernández y J. Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (**R-0039**).

⁹⁷ Kappes, ¶ 109.

⁹⁸ Comunicado de prensa, Goldcorp Out News, *Guatemala: Cascos Azules organizados por empresas con fines conflictivos, no pacíficos* (20 de noviembre de 2012) (**R-0041**).

detrás y riéndose.⁹⁹ Este empleado de Exmingua es un ex militar del ejército de Guatemala, que como se explica más adelante, se declaró culpable frente a los Tribunales penales por los hechos de violencia ocurridos en esa oportunidad.¹⁰⁰

57. Exmingua mantuvo su estrategia de intentar forzar las cosas. El 7 de diciembre de 2012, intentó atravesar la entrada con vehículos.¹⁰¹ Posteriores entrevistas con los manifestantes revelaron escenas tensas en que los manifestantes se acostaron en el camino para bloquear la entrada. Las fuerzas de seguridad utilizaron gas lacrimógeno y algunos manifestantes sufrieron golpes. Una manifestante, Paola Aquino Gutiérrez, habló con una organización de noticias independiente: "Mi hija de 12 años fue golpeada el viernes... Mucha gente todavía tiene dolor de garganta por el gas lacrimógeno que se usó contra nosotros... Mi hija y yo estamos más decididas que nunca a continuar esta lucha".¹⁰² En otras ocasiones, Exmingua hizo sobrevuelos con helicópteros en actos de intimidación, lanzando panfletos con críticas a los políticos locales.¹⁰³

58. Después de los enfrentamientos del 7 de diciembre de 2012, grupos de derechos humanos de Canadá y los Estados Unidos comenzaron a presionar a KCA. Tres días después, en una carta abierta, el Sr. Kappes respondió afirmando que "[n]os pasamos tres años entrevistando a todos los habitantes de la zona y preparando un estudio socioambiental de tres volúmenes en el que se describe lo que d proponemos hacer". Sin embargo, no hay evidencias de que se haya entrevistado a "todos", por el contrario, la evidencia demuestra que si hubo consultas estas fueron insignificantes. El Sr. Kappes continuó afirmando que "[n]o estamos desplazando a nadie de su tierra, ni afectando el suministro de agua local (no descargamos agua en absoluto)". El Sr. Kappes declaró que "la mayoría de los ciudadanos locales nos apoyan. Las protestas en nuestra puerta involucran a unas pocas personas a las que las ONG les pagan para estar allí".¹⁰⁴

⁹⁹ Q. De León, *Condenan a ex militar: trabajador de una empresa minera por amenazas a periodistas (contiene video)*, PRENSA COMUNITARIA (17 de octubre de 2013) (**R-0043**); Véase también, Comunicado de prensa, Comisión Guatemalteca de derechos humanos, *Noticias sobre derechos humanos: La Puya, San José del Golfo* (28 de noviembre de 2012) (**R-0044**); Véase también, Comunicado de prensa, Coordinación y convergencia Nacional Maya, *La Puya resiste contra los ataques de la empresa EXMINGUA en San José del Golfo* (14 de noviembre de 2012) (**R-0045**).

¹⁰⁰ En octubre de 2013, el comportamiento agresivo a partir de noviembre de 2012 derivó en condenas a dos empleados de Exmingua, Juan José Reyes Carrera y Pablo Silas Orozco Cifuentes, quienes admitieron el delito de haber amenazado a periodistas. Orozco era el director de operaciones de Exmingua y un exteniente del ejército guatemalteco, a quien se vé en videos y fotografías arengando a supuestos trabajadores de la mina para acceder a la misma por la fuerza. En la audiencia, Exmingua proporcionó un abogado para Reyes y Orozco, y durante la tramitación de la misma, estuvo presente el representante de la empresa, el coronel retirado Mario Ricardo Figueroa Archila. Video disponible a través de: <https://www.youtube.com/embed/HR37g-4ic8M?feature=oembed>.

¹⁰¹ Comunicado de prensa, Comisión Guatemalteca de derechos humanos, *Actualización de La Puya: Nueva alerta de llegada de maquinaria adicional* (23 de mayo de 2014) (**R-0046**).

¹⁰² Comunicado de prensa, GoldCorp Out News, *Guatemaltecos resisten invasión de minas norteamericanas* (7 de enero de 2013) (**R-0047**).

¹⁰³ O. Hernández y J. Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (**R-0039**).

¹⁰⁴ G. Rusell, *La policía guatemalteca utiliza gases lacrimógenos y violencia en nombre de KCA Mining Company (y Radius Gold Inc.) para intentar desalojar a defensores comunitarios y ambientales*, MAC: MINES AND COMMUNITIES (10 de diciembre de 2012), p.6 (**R-0048**).

59. Varios profesionales de la minería liderados por un ingeniero llamado Robert Robinson examinaron el EIA del Proyecto.¹⁰⁵ Estos profesionales identificaron numerosos errores, ausencia de información y engaños en el documento, lo que respalda las preocupaciones de las comunidades aledañas y refleja el escaso trabajo realizado durante el proceso de concesión de permisos.¹⁰⁶ El Sr. Robinson identificó, entre otras, los siguientes problemas con el Estudio de Impacto Ambiental (EIA): (i) falta de estudios de base sobre los suelos superficiales, mineralogía, potencial de efluentes de minas de metales tóxicos ácidos, vías de agua subterránea e hidrogeología (ii) estudio mínimo o incompleto de posibles liberaciones de metales tóxicos de los vertederos en el aire y en el agua (iii) poca información sobre los relaves del molino de alto riesgo, incluidas las características químicas y físicas, la estabilidad del vertedero, la cobertura del vertedero, la desviación de agua superficial y la filtración de agua de proceso retenida y lluvia (iv) plan de monitoreo es mínimo durante las operaciones de la mina e inexistente para el período posterior a la extracción y (v) falta de gestión de agua.¹⁰⁷ Posteriormente, en mayo 2014, otro experto internacional, y profesor de la Escuela de Minería de Colorado, el Sr. Robert E. Moran, también declararía respecto a las falencias del EIA. El Sr. Moran describe al EIA como un EIA “de la peor calidad que he revisado en más de 42 años de experiencia profesional en hidrogeología / geoquímica, que incluyen cientos de minas en todo el mundo.”¹⁰⁸

60. A pesar de que Kappes plantea un caso de falta de protección y seguridad, la realidad indica todo lo contrario. La presencia del Estado durante las manifestaciones sociales ha estado siempre presente, a través de distintos órganos que actuaron sea dando protección física, como el caso de la Policía Nacional Civil,¹⁰⁹ o mediando entre la empresa y los manifestantes a través de la Procuración de Derechos Humanos, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH) y el Sistema Nacional del Dialogo.¹¹⁰ En un esfuerzo por resolver el conflicto, el 12 de junio de 2013 el Presidente

¹⁰⁵ Informe del Sr. Robert Robinson (“Informe Robinson”) (29 de diciembre de 2012) (R-0049).

¹⁰⁶ Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *La licencia de la mina El Tambor debería ser suspendida* (15 de febrero de 2013) (R-0050).

¹⁰⁷ Informe Robinson (R-0049).

¹⁰⁸ Informe del Dr. Robert Moran (“Informe Moran”) (3 de mayo de 2014), p.1 (R-0051).

¹⁰⁹ Véase Informe Circunstanciado de la División de Operaciones Conjuntas de la Policía Nacional Civil, presentando en el Expediente 1904-2016 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, (R-0052) Por el contrario, si hay alguna situación que se dio durante esa época fue el apoyo policial constante a la empresa, lo cual surge de un análisis de la evidencia en su conjunto. Los medios que permiten demostrar estos extremos son abundantes.

¹¹⁰ Véase Informe Circunstanciado de la División de Operaciones Conjuntas de la Policía Nacional Civil, presentando en el Expediente 1904-2016 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (R-0052) Véase también Informe Circunstanciado de la Sección de Operaciones de la PNC, donde se denotan las actuaciones de la PNC desde el 2016 hasta la fecha (R-0053) Véase también Oficio No. 196-2015/REF/UHGH/dl del Jefe de la Sub Estación 12-52 de San Jose del Golfo, de fecha 24 de mayo de 2015, donde se denotan las actuaciones de la PNC durante 2015 (R-0054); Véase Informe Sobre las Acciones Específicas Realizadas por la PDH en el caso de Exmingua y La Puya, de fecha 10 de junio de 2019 (R-0055); Véase también Informe "Conflicto La Puya, Proyecto Minera, San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Guatemala contra el funcionamiento de una empresa extractiva de metales", emanado de la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala en fecha 01 de diciembre de 2020 (R-0056) (Exmingua también gozo de protección de parte del

de Guatemala presidió una sesión en la que participaron representantes del Gobierno, La Puya y Exmingua, incluido el Sr. Kappes.¹¹¹ La Puya presentó una serie de inquietudes sobre los impactos ambientales, la cantidad de arsénico, el posible desplazamiento de las comunidades y las tácticas empleadas por Exmingua, que incluían amenazas verbales y escritas, volantes con mensajes difamatorios y tácticas agresivas concebidas para provocar una respuesta violenta de los manifestantes.¹¹²

61. El 22 de mayo de 2014, y con ayuda policial, la maquinaria pesada para el trabajo en la mina finalmente se abrió paso y derribó el portón erigido frente a la mina por el movimiento social La Puya. El portavoz de Exmingua, Dennis Colindres, continuó con la línea invariable de la compañía: "creemos que hay desinformación, y esto genera preocupación, ellos ignoran los beneficios que les puede aportar la mina".¹¹³ No se mencionó en absoluto los efectos del funcionamiento de la mina en el agua subterránea, la contaminación de los cuerpos de agua aledaños, la garantía de que los locales accedan a trabajos de calidad, ni la respuesta a cualquier otra queja planteada por las comunidades. El arzobispo local lamentó la ausencia de diálogo antes del proyecto.¹¹⁴

62. El Sr. Kappes adoptó una actitud desdeñosa con respecto a las protestas. En comentarios hechos a la prensa y publicados el 4 de agosto de 2015, el Sr. Kappes dijo que "la resistencia no viene de la gente local" y que "están siendo manipulados por influencias externas".¹¹⁵ En el relato del Sr. Kappes, los manifestantes "piensan que, si son lo suficientemente odiosos, la mina desaparecerá". No hay siquiera mención de abordar alguna de las inquietudes expresadas por los manifestantes. El Sr. Kappes admitió incluso que Exmingua construyó la mina sin un permiso de construcción, señalando que "la licencia de construcción es un punto irrelevante... la construcción finalizó en 2014".¹¹⁶ Sin embargo, la falta de Permiso de Construcción, como se discute en las secciones respectivas de este Memorial, son cuestiones fundamentales que afectan la legalidad con la que se llevó adelante el proyecto. A pedido de dos alcaldes auxiliares de las dos comunidades aledañas de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo, el 15 de julio de 2015, los tribunales guatemaltecos suspendieron la licencia de explotación de Exmingua y ordenaron que la explotación se detuviera por completo.¹¹⁷

Poder Judicial guatemalteco, el cual resolvió solicitudes de exhibición personal en resguardo de los derechos de Exmingua y sus empleados. Véase Informe de Intervenciones Exhibiciones Personales caso "La Puya" del Juzgado de Paz del Municipio San José del Golfo, Departamento de Guatemala, de fecha 21 de noviembre de 2020, p. 1 (se realizó una exhibición personal en favor de Exmingua el 10 de abril de 2012)

¹¹¹ Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *La resistencia pacífica de La Puya en reunión con el Presidente de la República* (12 de junio de 2013) (R-0057).

¹¹² Carta del Director General de Minería del MEM Fernando Castellanos Barquín al Vice-Ministro de Energía y Minas de fecha 11 de octubre de 2012 (R-0058).

¹¹³ J. Lara, *Desalojo violento en La Puya deja 26 lesionados*, PRENSA LIBRE (23 de mayo de 2014) (R-0059).

¹¹⁴ Comunicado de prensa, *Arzobispo Óscar Vian aboga por diálogo en La Puya*, PRENSA LIBRE (25 de mayo de 2014) (R-0060).

¹¹⁵ J. Abott, *Manifestantes 'desagradables' no harán desaparecer la mina de oro guatemalteca, dice el CEO*, VICE NEWS (4 de agosto de 2015) (R-0061).

¹¹⁶ *Ibid.* Véase también pieza 7 del expediente de primera instancia del 3580 [1050-2014-871], pp. 173 a 175 (R-0062).

¹¹⁷ Comunicado de prensa, *La Puya: Logran que se suspenda la licencia minera de una empresa norteamericana*, PRENSA COMUNITARIA (15 de julio de 2015) (R-0063).

63. En la resolución, el Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil se pronunció sobre el pedido de amparo, acción que se sustancia para garantizar los derechos fundamentales. Mientras que el amparo se dirigía contra la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, Exmingua fue parte interesada en el proceso, y tuvo la facultad de presentar pruebas y argumentos. Exmingua presentó una gran cantidad de argumentos jurisdiccionales.¹¹⁸ El tribunal determinó que no se habían realizado consultas a las comunidades involucradas en los términos del artículo 63-66 del Código Municipal¹¹⁹ y que las consultas no estaban destinadas a notificar adecuadamente a los habitantes cercanos.¹²⁰ Exmingua sostuvo que su reunión con los funcionarios municipales era suficiente para dar el debido aviso, pero el tribunal no estuvo de acuerdo, determinando que la población local no tenía conocimiento del proyecto y no tenía la posibilidad de expresar su opinión.¹²¹

64. En cuanto a la cuestión de la degradación del medio ambiente, el tribunal concluyó que Exmingua no había hecho suficientes estudios para determinar si los niveles naturalmente elevados de arsénico en las aguas del municipio habrían de aumentar con las actividades mineras.¹²² Exmingua se había limitado a argumentar que la minería no había generado ningún efecto negativo, hasta el momento, lo que significaba que era innecesario realizar más estudios. El tribunal no adoptó esta línea de argumentación. El tribunal también discrepó con el EIA, al determinar que el MEM notificó a Exmingua de varias deficiencias, le permitió a Exmingua corregir tales deficiencias, pero que Exmingua nunca adoptó medidas de mitigación ni un Plan de Contingencia.¹²³

65. Pasando al tercer y último punto, el tribunal consideró la falta de permiso de construcción. No había duda de que Exmingua carecía del permiso de construcción.¹²⁴ El tribunal expuso las posibles opciones para la falta de un permiso, incluido el cierre provisional o la destrucción, completa o parcial, del establecimiento. El tribunal no emitió resolución alguna sobre las consecuencias de la falta de permiso, dejando este tema en manos del gobierno municipal. El Tribunal también envió el expediente a la justicia criminal, a los fines de que determinara si se había cometido un ilícito sea con la falsificación del certificado de construcción.¹²⁵

66. Mientras tanto, y como se analizará en detalle en las siguientes secciones, las comunidades ejercieron

¹¹⁸ Sentencia del de Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil el 15 de julio de 2015 Exp. 01050-2014-00871, pp. 13-16 (**R-0064**).

¹¹⁹ *Id.* p. 18.

¹²⁰ *Id.* p. 21.

¹²¹ *Id.* p. 25.

¹²² *Id.* pp. 23-24.

¹²³ *Id.* pp. 25-26.

¹²⁴ *Id.* p. 28.

¹²⁵ Sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala en fecha 13 de julio de 2015 (**R-0065**) El fallo atrajo la atención internacional. Intervinieron miembros del Congreso de los Estados Unidos, instando al Presidente de Guatemala a que utilizara su "autoridad para garantizar que KCA y EXMINGUA cumplan de inmediato con el fallo del tribunal del 15 de julio de 2015 y pongan fin a todas las operaciones ilegales". Véase, Carta del Congreso de EE.UU. al Presidente Alejandro Maldonado Aguirre (26 de octubre de 2015) (**R-0066**).

otras acciones en oposición al proyecto. Una de estas, resultó en una Sentencia de Amparo dictada el 15 de noviembre de 2016, mediante la cual la Corte Suprema de Guatemala, actuando como Tribunal de Amparo, emitió una orden judicial suspendiendo la licencia de explotación de Exmingua. A pesar de ello, las actividades mineras continuaron. Personas en la comunidad filmaron con sus teléfonos helicópteros que entraban y salían de la mina.¹²⁶ Periodistas independientes también encontraron facturas que revelaban que Exmingua había contratado un helicóptero para transportar material el 29 de marzo de 2016.¹²⁷ El MEM tomó las medidas administrativas para hacer cumplir la decisión del tribunal, suspendiendo la Licencia de Explotación de Exmingua el 10 de marzo de 2016.¹²⁸

67. A pesar de que la Corte Suprema ordenó al MEM que suspendiera la licencia, y éste así lo hizo siguiendo la orden del Tribunal, acto al cual los Demandantes identifican como una alegada violación del DR-CAFTA. Lo cierto es que para el momento en que el MEM decidió notificar físicamente el Amparo a Exmingua sus efectos ya habían tenido plenamente lugar debido al carácter automático de los amparos provisionales y, por lo tanto, la suspensión de la licencia hizo pleno efecto desde su dictado el día 15 de noviembre de 2020.¹²⁹

68. En abril de 2016, los inspectores del MEM confirmaron que continuó operando¹³⁰, y aproximadamente un mes después, el 9 de mayo de 2016, la policía y los fiscales sorprendieron a los empleados de Exmingua transportando concentrado de oro desde la mina.¹³¹ Las autoridades estimaron que cada bolsa tenía un valor de 100.000 dólares. Exmingua reclama por este material, el cual fue secuestrado como medio de prueba [conforme a los artículos 198, 200 y 201 del Código Procesal Penal¹³² de Guatemala]. A pesar de que el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente¹³³ dictó la falta de mérito del personal de Exmingua, en el sistema de derecho romano continental (*civil law*) ello no significa que la investigación haya terminado ni que estas personas hayan sido exoneradas,¹³⁴ como sostienen los Demandantes.

¹²⁶ Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *Compañía estadounidense continúa operaciones mineras ilegales El Tambor* (22 de marzo de 2016) (R-0067).

¹²⁷ Página web fdodocuments.net, *Explotación y transporte aéreo ilegal de minerales en La Puya: tras el rastro del TG-ECU* (9 de julio de 2016), disponible en: <https://fdodocuments.net/amp/document/transporte-ilegal-de-minera-en-la-puya-cementos-progreso-crimen-organizado.html> (R-0068).

¹²⁸ Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *Organismos internacionales reiteran apoyo a comunidades e instituciones guatemaltecas que defienden el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos en el caso de las comunidades de La Puya y Mina El Tambor* (24 de mayo de 2016) (R-0069).

¹²⁹ Informe Richter, ¶¶ 127, 130 y 133.

¹³⁰ Comunicado de prensa, Ministerio Público, *Fiscalía de Delitos contra el Ambiente coordina aprehensión de cuatro personas por explotación ilegal de recursos naturales* (9 de mayo de 2016) (R-0070).

¹³¹ *Id.*

¹³² Véase Código Procesal Penal de Guatemala, Artículos 198, 200 y 201 (C-0506).

¹³³ A lo largo del Memorial de Contestación, al referimos a un Juzgado de Primera Instancia Penal, nos estaremos refiriendo a un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala.

¹³⁴ La figura de la “Falta de Mérito no es exoneración”. Por el contrario, significa que la investigación sigue abierta y que si se recaban medios suficientes de convicción y prueba el procedimiento continuará. Véase Auto de Falta de Mérito citado por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos con el Ambiente en fecha 10 de mayo de 2016 (R-0071).

F. La Alegada demora en el dictado de la Decisión de Apelación en el caso de Exmingua

69. Los Demandantes argumentan que hubo razones políticas que llevaron a la Corte de Constitucionalidad a demorar el dictado de la sentencia de apelación en el presente caso.¹³⁵ Esto es injustificado, y carece absolutamente de toda evidencia probatoria. Ello es más increíble aún, si se piensa que el resultado es exactamente el mismo que aquel en los demás casos de la industria minera. Como lo explica en forma absolutamente transparente la Corte de Constitucionalidad en el informe de respuestas a las preguntas formuladas por la Procuraduría General de la Nación de Guatemala¹³⁶, no hubo ninguna intencionalidad con el expediente de apelación de Exmingua (apelación también impetrada por el MARN) sino circunstancias de exceso de trabajo del órgano jurisdiccional, y un clima político enrarecido por hechos absolutamente ajenos a este caso.

70. La Corte de Constitucionalidad renueva todos sus miembros menos uno (1) cada cinco años.¹³⁷ La Magistratura que actuó en el expediente de Exmingua bajo análisis ha sido la Magistratura VII (período VII), cuya actividad comenzó el 14 de abril de 2016.¹³⁸ Como es dable esperar, el nuevo grupo de magistrados toma un tiempo para ajustar sus criterios jurídicos a la nueva conformación y establecer la nueva modalidad de trabajo. Asimismo, esta Magistratura tuvo que enfrentar acontecimientos extraordinarios para la vida del país, que consumieron enormes esfuerzos: (1) Dictamen de la Ley de Orden Público, (2) Inconstitucionalidad de la Ley de la Carrera Judicial, (3) casos de La Línea, que ha sido una de las crisis más importantes del país,¹³⁹ (4) casos relacionados a la partida de la CICIG (Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala),¹⁴⁰ (5) casos relacionados a la iniciativa del gobierno del Presidente Trump para hacer de Guatemala un Tercer País Seguro,¹⁴¹ así como la infinidad de otros casos cuyo número se demuestra en el informe proporcionado por la Corte de Constitucionalidad.¹⁴²

71. Es de destacar, en la actividad de la Corte de Constitucionalidad y, en el trabajo del Magistrado Bonerge Amílcar Mejía Orellana, el hecho de que por sorteo le fuera asignado el caso de la minera San Rafael.

¹³⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 133-142.

¹³⁶ Informe de la Corte de Constitucionalidad (R-0074).

¹³⁷ Sobre cuestiones generales del funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad véase Página web [www.wikipedia.org, https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_de_Constitucionalidad_de_Guatemala](https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_de_Constitucionalidad_de_Guatemala), visitado el 14 de noviembre de 2020 (R-0073). Véase también Informe de la Coordinadora de la Magistratura IV de la Corte de Constitucionalidad de fecha 18 de noviembre de 2020, (R-0074).

¹³⁸ Véase *Asumen Magistrados de la Corte de Constitucionalidad*, Prensa Libre, (14 de abril de 2016) (R-0075)

¹³⁹ Informe de la Corte de Constitucionalidad (R-0074).

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.* La Corte de Constitucionalidad conoció 6,530 expedientes en el año 2016, 6316 en el año 2017, 6303 en el año 2018, 7354 en el año 2019 y en 3,835 casos en el año 2020, a pesar de la crisis del COVID-19. Otra cifra alarmante es la cantidad de plenarios en la que los distintos Magistrados han participado en cada uno de los años relevantes 168 en el año 2016, 173 en el año 2017, 181 en el año 2018, 167 en el año 2019 y 162 en el año 2020. Ello significa un plenario, es decir, una reunión para discutir el contenido de las Decisiones que el órgano dicta como colegiado, cada día por medio, si consideramos sábados, domingos y feriados incluidos.

Debido a que dos comunidades con intereses opuestos, una a favor de la actividad minera y la otra en contra de ella se instalaron a acampar frente al edificio de la Corte de Constitucionalidad, ejerciendo presión social, y a veces, violencia física y psicológica, llevó a que el Tribunal debiera darle prioridad este expediente, complicando otros expedientes en que el Magistrado era ponente, incluido el caso de Exmingua.¹⁴³

72. Respecto al expediente de Exmingua, es de destacar que la asignación de expedientes se hace por asignación aleatoria a través del sistema informático.¹⁴⁴ El mismo recayó en la Magistrada Dina Ochoa Escribá,¹⁴⁵ quien poco después se inhibió de intervenir en el expediente. Al inhibirse, el expediente pasó a al Magistrado Bonerge Mejía Orellana, quien como ya hemos visto también llevaba el expediente del caso San Rafael. En este período (2016-2020) la vocalía IV, a cargo del Magistrado Mejía Orellana (solamente, es decir, sin contar los casos en otras magistraturas), conoció 5188 Amparos, y recursos relacionados a Amparos, de los cuáles a la fecha lleva resueltos 4796, es decir, un promedio de más de mil (1000) expedientes de amparo por año.¹⁴⁶ Asimismo, en el año 2018, el expediente 3344-2016 fue acumulado con el expediente 3207-2016, lo cual retrasó su tratamiento.

73. En el año 2019, el Magistrado Bonerge Mejía, a cargo del expediente, tuvo que presidir la Corte de Constitucionalidad, lo cual le requirió dedicar una parte importante de su tiempo a las cuestiones administrativas de la Corte. Durante el tiempo en que los Magistrados se desempeñan como Presidente del Tribunal sólo se le asignan casos durante el primer trimestre del año, dado que se espera que ellos estarán sumamente atareados con tareas administrativas. Como explica la Corte, en el año 2019, el Magistrado Bonerge Mejía firmó como Presidente de la Corte el número extraordinario de 32.818 resoluciones de trámite, y como Magistrado participó en la firma de 2.628 sentencias y 6.601 autos.¹⁴⁷ Asimismo, el expediente acumulado 3207-2016 y 3344-2016 llegó a plenario 6 veces a partir de finales del año 2019,¹⁴⁸ antes del dictado de la sentencia final.

74. Más importante aún, es decir que desde en que la Corte de Constitucionalidad confirmó, en menos de 3 meses el Amparo Provisional dictado por la Corte Suprema, conteniendo esta decisión todos los elementos que Exmingua esperaba de la decisión ya se encontraban allí sustentados. En todas las decisiones posteriores en materia de minería y consulta a los pueblos indígenas, la Corte de Constitucionalidad mantuvo la misma posición. Nada pudo haber sorprendido a Exmingua o a los Demandantes porque nada sorpresivo existió. Lo cual demuestra que no hubo ninguna intencionalidad, ni una mano negra que haya perseguido intereses que

¹⁴³S. Dalmaso, *Mina San Rafael: 7 meses y medio de protesta frente a la CC*, PLAZA PÚBLICA (19 de abril de 2018) (**R-0076**).

¹⁴⁴ Informe de la Corte de Constitucionalidad (**R-0074**).

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

Exmingua no termina de definir, dado que las sentencias son todas iguales y en nada difieren, cuando se trata de materia minera, de sentencias similares y contemporáneas.

III. ASPECTOS DE DERECHO GUATEMALTECO RELEVANTES A LA DISPUTA

75. Los Demandantes alegan que las decisiones tomadas por la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (así como sus actos de ejecución) fueron tomadas de forma arbitraria y violando o aplicando retroactivamente el derecho guatemalteco. Esto es falso.

76. En realidad, los hechos relevantes del caso demuestran que estamos frente a una medida adoptada por el Poder Ejecutivo (el otorgamiento de una licencia de explotación) y sujeta a un control judicial de constitucionalidad, por un órgano independiente y de conformidad con mecanismos previstos en la Constitución y las leyes de Guatemala. Este patrón de conducta es una clara evidencia del correcto funcionamiento del sistema de balances y contrapesos que debe tener todo país regido por un sistema de separación de poderes, tal como lo expresó la Corte de Constitucionalidad en el fallo dictado en fecha 19 de mayo de 1992 en el expediente No. 113-1992.¹⁴⁹

77. En este expediente, la Corte de Constitucionalidad fue confrontada con un acto administrativo dictado en quebrantamiento de derechos constitucionales y principios generales de derecho internacional, que comprometía el interés general de los miembros de una comunidad indígena y la responsabilidad internacional de la República de Guatemala. La Corte de Constitucionalidad, en su carácter de máxima intérprete de la constitución guatemalteca y en respeto de su propia jurisprudencia y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectuó un ejercicio de ponderación y estableció un mecanismo que permite reestablecer la situación jurídica infringida, preservando el interés general y respetando las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos de la República de Guatemala; permitiendo al mismo tiempo un camino para preservar los intereses particulares y económicos de los Demandantes.

78. En consecuencia, los reproches que hacen los Demandantes a las decisiones de la Corte de Constitucionalidad y sus razones carecen de fundamento.

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 19 de mayo de 1992, expediente No. 113-1992. **(R-0077)**. “Uno de los principios básicos del estado de derecho es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad ...”

A. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad fueron dictadas conforme al derecho sustantivo

79. Los Demandantes han omitido poner al Tribunal en conocimiento de la existencia y aplicación preferente de normas constitucionales y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que prevén el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente mediante mecanismos de buena fe y culturalmente apropiados. Asimismo, omitieron el rol de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de adecuar sus interpretaciones a ésta para dotar a las disposiciones la precitada convención de un efecto útil.

80. Finalmente, los Demandantes omitieron convenientemente que la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad reconoce —desde hace décadas— el carácter incuestionable del derecho a la consulta y a la necesidad de dar cumplimiento a este con antelación a la adopción de cualquier medida administrativa, como la licencia minera de Exmingua.

1) Incorporación del Convenio 169 de la OIT al derecho interno de Guatemala

81. Bajo la ley guatemalteca, todos los actos de la administración pública se encuentran sujetos al principio de la legalidad. Este principio se encuentra previsto en los artículos 5 y 152 de la constitución de Guatemala y, en virtud de ellos, todos los actos de la administración pública (incluyendo el otorgamiento de licencias mineras y las decisiones de la Corte de Constitucionalidad) se encuentran sujetos a la constitución y la ley. Ese marco normativo aplicable también incluye los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala, incluyendo especialmente al Convenio 169 de la OIT.

82. Lo anterior es consecuencia de lo previsto en el artículo 46 de la Constitución de Guatemala, según el cual "[s]e establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno."¹⁵⁰, este artículo es complementado por lo dispuesto en el artículo 44, el cual confirma el rango de las normas de derecho internacional de los Derechos Humanos al expresar que "[s]erán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza."¹⁵¹

83. El rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es confirmado también en normas de rango legal, por ejemplo el artículo 3 de la Ley de Amparo dispone claramente que "...en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno."¹⁵²; esta norma es posteriormente desarrollada en el artículo 114 de la misma norma,

¹⁵⁰ Véase Constitución Política de Guatemala, Art. 46 (C-0414).

¹⁵¹ *Ibid.* Art. 44.

¹⁵² Véase Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Art. 3 (C-0416).

la cual afirma que "...en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala."¹⁵³

84. Finalmente, la norma aplicable al Poder Judicial guatemalteco reitera este criterio de la siguiente manera: [l]os tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos. que prevalecen sobre el derecho interno.¹⁵⁴

85. La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre el rango constitucional o suprallegal de los tratados en materia de derechos humanos en varias oportunidades. Por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad dictó el 18 de mayo de 1995 una opinión consultiva sobre el Convenio 169 de la OIT, donde estableció la compatibilidad del mismo con la constitución guatemalteca.¹⁵⁵ En el mismo sentido en su sentencia dictada el 31 de octubre del 2000, la Corte de Constitucionalidad analizó la preeminencia de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las normas internas y concluyó que: "...por virtud del artículo 46, se somete al principio general de que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno."¹⁵⁶

86. En síntesis, el marco legal aplicable para analizar la validez de las licencias mineras en Guatemala debe incluir a las normas de derecho interno y aquellas de derecho internacional en materia de Derechos Humanos previstas en los tratados en materia de Derechos Humanos que hayan sido ratificadas por Guatemala.

87. Entrando al análisis de las normas en concreto, encontramos que los artículos 66 al 69 de la Constitución de Guatemala reconocen un catálogo de derechos en favor de los pueblos indígenas, enfatizando que el "...Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos."¹⁵⁷. A saber:

- Declaración universal de Derechos Humanos.
- Convención americana de Derecho Humanos.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

¹⁵³ *Ibid.* Art. 114.

¹⁵⁴ Véase Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Art. 9 (C-0415).

¹⁵⁵ "Cabe afirmar que se reconoce en el artículo 46 de la Constitución el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Al respecto, esta Corte ha considerado que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional". Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 18 de mayo de 1995, expediente No. 199-1995, p. 6 (R-0078).

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en fecha 31 de octubre de 2000, expediente No. 30-2000, p. 7 (caso *Ley de Minería*) (R-0079).

¹⁵⁷ Véase Constitución Política de Guatemala, Art. 66 (C-0414).

- Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.
- Acuerdo sobre la identidad y derechos de los pueblos indígenas. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas.

88. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala analizó estos instrumentos en su decisión dictada en el caso *Cementos Progreso* del 21 de diciembre de 2009, concluyendo que:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a situación actual del país.¹⁵⁸

89. En consecuencia, tanto la constitución como la jurisprudencia guatemalteca reconocen la integración del catálogo de derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT dentro del llamado bloque de la constitucionalidad, desde su ratificación en fecha 05 de junio de 1996.

90. Asimismo, en Guatemala existen órganos del Estado cuyo objeto es asegurar la paz social y el respeto de los Derechos Humanos. Así, la constitución de Guatemala establece en su artículo 274 la figura del Procurador de los Derechos Humanos, el cual “[t]endrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de cinco años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.¹⁵⁹

91. Por otro lado, hasta el año 2020, existió dentro de la República de Guatemala la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), la cual estaba integrada por representantes de distintos órganos y entes de la Administración Pública guatemalteca. Esta institución fue liquidada por virtud del Acuerdo Gubernativo 99-2020 del Presidente de la República, creándose, en consecuencia, la Comisión Presidencial por la Paz y los Derechos Humanos, mediante Acuerdo Gubernativo 100-2020 del Presidente de la República.

92. La institución del Procurador de los Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente y, en conjunto con la COPREDEH y el sistema Nacional de Dialogo, ha participado activamente en la mediación del conflicto social entre los miembros de las comunidades aledañas al proyecto Tambor y Exmingua¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 21 de diciembre de 2009, expediente No. 3878-2007, pp. 12-13 (caso *Cementos Progreso*) (R-0080).

¹⁵⁹ Véase Constitución Política de Guatemala, Art. 274 (C-0414).

¹⁶⁰ Véase Informe emitido por el Procurador de Derechos Humanos de fecha 26 de noviembre de 2020 (R-0081).

93. En virtud de lo anteriormente expuesto, se evidencia que el derecho a consulta previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es una norma de rango constitucional del ordenamiento jurídico guatemalteco, que se encuentra en vigor desde la ratificación de dicho tratado y que su aplicación ha sido reconocida por la jurisprudencia y la institucionalidad guatemalteca en materia de Derechos Humanos.

2) Las autoridades y cortes guatemaltecas están obligadas a interpretar y aplicar el derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

94. Otro elemento omitido en el análisis que hacen los Demandantes del derecho interno es la obligación de las cortes guatemaltecas de interpretar los tratados en materia de Derechos Humanos de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”).

95. Lo anterior deviene del control difuso de la convencionalidad, el cual ha sido explicado por la Corte IDH en los siguientes términos:

124. (...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella (...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.¹⁶¹

96. La CIDH confirmó esta obligación en un caso que involucró precisamente a Guatemala, indicando de una forma particularmente clara que:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.¹⁶²

97. Ahora bien, la CIDH ha considerado el tema de las consultas previas a los pueblos indígenas en diferentes casos. En *Saramaka c. Surinam*, un grupo de doce clanes indígenas sometió a consideración el otorgamiento de concesiones para la explotación maderera y minera dentro de sus territorios. En su decisión, la CIDH estableció que “...el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones... Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.”¹⁶³

¹⁶¹ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de septiembre de 2006 (caso *Amonacid Arellano c. Chile*), ¶ 124 (R-0082).

¹⁶² Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 4 de septiembre de 2012, (caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala*), ¶ 262 (énfasis añadido) (R-0083), ¶ 262 (énfasis añadido).

¹⁶³ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2007 (caso *Samaraka c. Surinam*), ¶133 (R-0084).

98. En *Saramayaku c. Ecuador*, la Corte fue aún más allá y reconoció que "...**la obligación de consulta** [prevista en el Convenio 169 de la OIT], además de constituir una norma convencional, **es también un principio general del Derecho Internacional.**"¹⁶⁴

99. Estas conclusiones han sido posteriormente ratificadas por la CIDH en los casos *Garífuna Punta Piedra c. Honduras*¹⁶⁵ y *Garífuna Triunfo de la Cruz c. Honduras*¹⁶⁶, en los cuales la CIDH ha insistido en el carácter inalienable del derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT y de la obligación del estado de cerciorarse que se haya cumplido con este antes de dictar cualquier medida que pueda incidir en la esfera de derechos de los miembros de las comunidades involucradas.

100. Estas sentencias, fueron dictadas con antelación a la presentación de la solicitud de la licencia de explotación correspondiente a Progreso VII Derivada y/o con anterioridad a las decisiones dictadas por la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en los casos de Exmingua/CALAS. Ello así, queda claro que resulta imposible aseverar que las cortes de Guatemala "cambiaron las reglas del juego".

3) La Corte de Constitucionalidad ha reconocido la existencia y obligatoriedad del derecho a consulta previa

101. Los Demandantes afirman que la Corte de Constitucionalidad supuestamente "cambió las reglas del juego" al aplicar retroactivamente una nueva interpretación e imponiendo nuevos requisitos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad entre los años 1995 y 2020 demuestra lo contrario. En efecto, la Corte de Constitucionalidad ha reconocido de forma constante y reiterada —desde 1995— la existencia del derecho de consulta previa a los pueblos indígenas y la obligación de satisfacer este requisito antes de adoptar cualquier medida administrativa que pueda afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

102. En primer lugar, ya expresamos que la Corte de Constitucionalidad tuvo la oportunidad confirmar la compatibilidad del Convenio 169 de la OIT con la Constitución de Guatemala, en la opinión consultiva dictada el 18 de mayo de 1995.¹⁶⁷ Años después y tras la ratificación y entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, se requirió a la Corte de Constitucionalidad que se pronunciara sobre la constitucionalidad de una consulta popular convocada por las autoridades de la Municipalidad de Sipacapa (caso *Sipacapa*). En este caso, los miembros del Concejo Municipal de dicho municipio convocaron a una "consulta de buena fe" con la finalidad de obtener la opinión de los pueblos indígenas residentes en dicha localidad, sobre el desarrollo de actividades mineras a cielo abierto en la zona. La convocatoria de la consulta electoral le confería efectos vinculantes,

¹⁶⁴ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 27 de junio de 2012 (caso *Sarayaku c. Ecuador*), ¶164, p. 49 (R-0085).

¹⁶⁵ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 08 de octubre de 2015 (caso *Garífuna Punta Piedra c. Honduras*), 216, p. 145 (R-0087).

¹⁶⁶ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 08 de octubre de 2015 (caso *Garífuna Triunfo de la Cruz c. Honduras*), 160, p. 145 (R-0204).

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 8.

razón por la cual se ejerció la acción de amparo.

103. La Corte de Constitucionalidad resolvió el caso el 8 de mayo de 2007, señalando que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas susceptibles de causarles afectación emana de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, el cual fue ratificado por Guatemala y el cual fue declarado compatible con la ley fundamental mediante la opinión consultiva 199-1995.¹⁶⁸

104. La Corte de Constitucionalidad también fue confrontada con un escenario muy parecido, en dos acciones relacionadas con un proyecto hidroeléctrico en la localidad de Río Hondo (casos *Río Hondo I*¹⁶⁹ y *Río Hondo II*¹⁷⁰). En dichas sentencias la Corte de Constitucionalidad reiteró textualmente los pasajes del fallo dictado en el caso *Sipacapa*, reiterando el carácter incuestionable,¹⁷¹ su carácter previo al otorgamiento de cualquier licencia,¹⁷² la obligación del Estado de propiciar el ejercicio de este derecho mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas, que permitan alcanzar acuerdos o consensos sobre las medidas propuestas, así como la generación de mecanismos que propicien una justa compensación a las comunidades relacionadas con los proyectos.¹⁷³

105. En el caso *Cementos Progreso*, la Corte de Constitucionalidad desarrolló aún más los aspectos claves relacionados con la vigencia y aplicación de los artículos 6 y 15 de la Convención 169 de la OIT. Este fue decidido el 21 de diciembre de 2009¹⁷⁴ (con al menos dos meses de antelación al inicio de las supuestas consultas desarrolladas por Exmingua) y versó sobre la solicitud de convocatoria de una consulta popular efectuada por miembros de los pueblos indígenas residentes la localidad de San Juan Sacatepéquez.

106. En este caso, la Corte de Constitucionalidad ratificó que el asidero normativo del derecho a consulta de los pueblos indígenas radica en: (i) los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, el cual fue debidamente ratificado por Guatemala y el cual fue declarado compatible con la ley fundamental mediante la opinión consultiva 199-1995¹⁷⁵, (ii) el artículo 21(2)(3) de la Convención Americana de Derechos Humanos [citando la anteriormente referida sentencia de la CIDH en el caso *Samaraka c. Surinam*]¹⁷⁶, (iii) la Convención

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en fecha 8 de mayo de 2007, expediente No. 1179-2005, p. 13 (caso *Sipacapa*) (C-0440).

¹⁶⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 4 de septiembre de 2007, expediente No. 1408-2005, p. 8 (caso *Río Hondo I*) (R-0880).

¹⁷⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 9 de abril de 2008, expediente No. 2376-2007, p. 8 (caso *Río hondo II*) (R-0089).

¹⁷¹ *Río Hondo I*, p. 8 (R-0088), *Río Hondo II*, p. 12 (R-0089).

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Río Hondo II*, p. 17 (R-0089).

¹⁷⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 21 de diciembre de 2009, expediente No. 3878-2007, pp. 12-13 (caso *Cementos Progreso*) (R-0080).

¹⁷⁵ *Ibid.* pp. 10-11.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 11.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁷⁷, y (iv) el artículo 32 (2)(3) la Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁷⁸

107. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad reiteró que las limitaciones que podrían presentar las normas de derecho interno (esto es, la ausencia de normas de rango legal que regulen expresamente la consulta previa y el procedimiento aplicable para su evacuación), no son óbice para el reconocimiento, cumplimiento y protección del derecho de consulta.

108. La Corte de Constitucionalidad también esclareció los elementos que debe llenar la consulta previa para satisfacer el estándar previsto en las normas que le dan sustento a dicho derecho, siendo lo siguiente:

- Debe realizarse con carácter previo al otorgamiento de la licencia minera: afirmando que la dinámica del derecho de consulta requiere que se facilite su ejercicio con antelación a medida gubernamental, aun habiendo sido puesta en marcha (en tanto no se haya consumado) y en caso de haberse completado la medida, se procederá a la promoción de acciones que propendan a disponer medidas reparadoras/o resarcitorias.¹⁷⁹
- Debe ser más que una mera audiencia informativa: la consulta no se agota con la mera información, debe tratarse de un dialogo genuino en un espacio de verdadero intercambio orientado a alcanzar acuerdos.¹⁸⁰
- Debe ser de buena fe: el Estado, los pueblos indígenas y "**aún aquellos sectores que, de estar involucrados en las medidas a implementar**" también están llamados a intervenir en implementar mecanismos que excedan un mero trámite formal [como entrevistas o la publicación de edictos] y propiciar procedimientos de dialogo en un clima de confianza.¹⁸¹
- Debe ser adecuada y por medios culteramente apropiados: la consulta debe respetar los idiomas y costumbres de los pueblos a consultar, por lo que no existe un único procedimiento de consulta a aplicar (dependerá de cada caso en concreto y de las comunidades que se encuentren involucradas en el proceso consultivo).¹⁸²
- Ser transparente: la consulta debe efectuarse mediante procedimientos medianamente formalizados, sistemáticos y replicables, con la finalidad de evitar arbitrariedades y conflictos contraproducentes.¹⁸³
- Tener un alcance no vinculante: la consulta no representa un derecho de veto en favor de las comunidades indígenas, sino un mecanismo para promover el entendimiento y generar consensos.¹⁸⁴

109. Como se puede ver, *Cementos Progreso* fue la decisión que terminó de sentar las bases de lo que sería la línea jurisprudencial seguida por la Corte de Constitucionalidad en los años siguientes, en los cuales se evidencia un constante ejercicio de ponderación orientado a preservar el derecho de consulta de los pueblos indígenas.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 11-12.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 20.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 21.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.* pp. 21-22.

¹⁸³ *Ibid.* p. 23.

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 24.

110. En efecto, este criterio fue posteriormente ratificado en una acción de amparo paralela y devenida del mismo proyecto de explotación minera (caso *Cementos Progreso II*).¹⁸⁵

111. En el mismo orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad mantuvo su criterio en el caso *Corrientes del Río*, el cual versaba sobre la construcción de una planta hidroeléctrica en la localidad de San Agustín Lanquín, sin haberse agotado cabalmente el proceso de consulta. En este caso, se confirmó el carácter incuestionable del derecho a la consulta previa¹⁸⁶, su carácter previo y su carácter no vinculante¹⁸⁷, y añadió que "...la materialización del derecho de consulta está al alcance de los pueblos no obstante las actitudes omisas de la propia administración central y de la falta de regulación"¹⁸⁸. Finalmente, la Corte de Constitucionalidad realizó una pertinente precisión sobre el derecho de consulta previa en casos relacionados con proyectos hidroeléctricos o de generación de energía, afirmando que:

al ser la electricidad un producto que, sin entrar a estimaciones sobre políticas económicas, resulta de interés nacional, también debe ponderarse la importancia de construcción de obras que tiendan a su producción, al existir un interés de todos los habitantes de la nación, a quienes, por principio de solidaridad, no puede negárseles el acceso al mismo.¹⁸⁹

112. Apenas unos días después, la Corte de Constitucionalidad resolvió una acción de amparo ejercida en contra de la Ley de Minería reiterando el reconocimiento del derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT e indicando que:

es obligación del Estado de Guatemala organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio del derecho a la consulta previa, el cual debe llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia, entendiéndose esta, como una negociación debidamente informada.¹⁹⁰

113. El criterio de la Corte de Constitucionalidad continuó siendo el mismo a lo largo de los años. En el año 2015 la Corte dictó seis sentencias¹⁹¹ confirmando sus decisiones en *Cementos Progreso*, *Cementos Progreso II*

¹⁸⁵ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 25 de mayo de 2010, expediente No. 1031-2009, p. 10 (caso *Cementos Progreso II*) (R-0090).

¹⁸⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 5 de febrero de 2013, expediente No. 4419-2007, p. 7 (caso *Corrientes del Río*) (C-0537).

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 8.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 10.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 14.

¹⁹⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 25 de febrero de 2013, expediente No. 1008-2012, p. 7 (caso *Ley de Minería*) (R-0991).

¹⁹¹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 25 de marzo de 2015, expediente No. 5710-2013 (caso *Transportadora de Energía de Centroamérica*) (R-0092). Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 25 de marzo de 2015, expedientes Nos. 156-2013 y 159-2013 (caso *Transmisora de Energía Renovable*) (R-0093). Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 23 de noviembre de 2015, expediente No. 406-2014 (caso *Montana Exploradora-Centauro II*) (R-0094). Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 10 de septiembre de 2015, expediente No. 1149-2012 (caso *La Vega I*) (R-0095). Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 14 de septiembre de 2015, expedientes Nros. 4957-2012 y 4958-2012 (caso *La Vega II*) (R-0096). Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada en fecha 23 de noviembre de 2015, expediente No. 5712-2013 (caso *Montana Exploradora-San José III*) (R-0097).

y *Corrientes del Río* reiterando que el sustento normativo del derecho de consulta deviene de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala. Una de las sentencias anteriormente referidas, fue la sentencia del 23 de noviembre de 2015 y que resolvió la inconstitucionalidad devenida del otorgamiento de una licencia de explotación minera a la sociedad Montana Exploradora de Guatemala sin haberse respetado el derecho a consulta previa de los pueblos indígenas. En su decisión, la Corte de Constitucionalidad reconoció expresamente el carácter de principio general de derecho internacional y justiciabilidad como derecho fundamental del derecho a consulta previa.¹⁹²

114. En el año 2016, la Corte de Constitucionalidad volvió a reafirmar su doctrina legal en el caso de la licencia para la explotación minera en la localidad de Sipacapa (caso *Entre Mares*).¹⁹³ El criterio de la Corte de Constitucionalidad se mantuvo en sus más recientes casos a los cuales han dedicado su atención los Demandantes, esto es, *Oxec* (2017), *Minera San Rafael* (2018) y en el caso de *Exmingua* (2020).

115. En *Oxec* la Corte de Constitucionalidad mantuvo su criterio, reafirmando que el reconocimiento del derecho de consulta deviene de la ratificación de los tratados en materia de derechos humanos que contemplan a la consulta y si incorporación al bloque de la constitucionalidad guatemalteco haciendo mención expresa a los casos *Cementos Progreso*, *Cementos Progreso II*, *Corrientes del Río*, *La Vega I*, *La Vega II* y *Montana Exploradora-San José III*¹⁹⁴. Además, reiteró el reconocimiento y justiciabilidad del derecho a consulta por tratarse de un principio general de derecho internacional y un derecho fundamental, haciendo expresa referencia a las referidas decisiones y a la jurisprudencia de la CIDH a la cual hemos hecho referencia anteriormente.¹⁹⁵ Y finalmente confirmó los elementos que debe llenar la consulta previa que han sido dispuestos en todas las decisiones anteriormente citadas, a saber: (a) carácter previo, (b) buena fe, (c) finalidad consensual y no vinculatoriedad, y (d) uso de medios culturalmente apropiados.¹⁹⁶

116. En *Minera San Rafael*,¹⁹⁷ la Corte de Constitucionalidad mantuvo el criterio expresado en el caso *Oxec* y se apoyó principalmente en los razonamientos dados en dicha decisión y en las fuentes de derecho internacional en materia de derechos humanos aplicables, de conformidad con los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de Guatemala.

117. En el caso *Exmingua* ocurrió lo mismo. La Corte de Constitucional reiteró su reconocimiento al

¹⁹² *Montana Exploradora-San José III*, 9. pp. 17-18. (R-0097).

¹⁹³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 12 de enero de 2016, expediente No. 3753-2014 (caso *Entre Mares*) (R-0098).

¹⁹⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 26 de mayo de 2017, expedientes Nos. 90-2017, 91-2017 y 92-2017, pp. 42-46 (caso *Oxec*) (C-0441).

¹⁹⁵ *Ibid.* pp. 46-48.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 61.

¹⁹⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 03 de septiembre de 2018, expediente No. 4785-2017 p. 40 (caso *San Rafael*) (C-0459).

derecho de consulta previa, su extensión y forma de implementación, volviendo a mencionar expresamente los casos *Cementos Progreso*, *Cementos Progreso II*, *Corrientes del Río*, *La Vega I*, *La Vega II* y *Montana Exploradora-San José III*.¹⁹⁸

118. Como se puede ver, las decisiones adoptadas por la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad en el caso de *Exmingua*, no fueron el producto de un capricho o una espontaneidad de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Por el contrario, es simplemente una de las expresiones de una larga lista de sentencias que han mantenido de forma reiterada los mismos preceptos y que han sido aplicados de forma coherente por ambos órganos jurisdiccionales.

B. Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad fueron dictadas conforme al derecho adjetivo

119. Una vez establecida la conformidad de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad con el derecho internacional de derechos humanos y el derecho interno de Guatemala, conviene aclarar la adecuación de las actuaciones de la Corte de Constitucional a las normas procesales aplicables al caso.

1) La omisión de cumplimiento con la consulta previa en el otorgamiento de las licencias mineras¹ de Exmingua podía ser recurrida mediante acción de amparo

120. A título de introducción, es menester aclarar que la licencia minera otorgada a Exmingua no es un acto administrativo exento de control de la constitucionalidad. Primero, desde el punto de vista subjetivo, los actos y omisiones del Poder Ejecutivo (como ocurrió en el caso de la consulta previa de la licencia Progreso VII) se encuentran sujetos al control de la constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Amparo¹⁹⁹. Segundo, desde el punto de vista material, el artículo 275 de Ley de Amparo de Guatemala dispone con total claridad que "...no hay ámbito que no sea susceptible de amparo."²⁰⁰

121. Además, como ya fue referido, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido de forma clara a lo largo de los años que el quebrantamiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas puede tutelarse a través de la acción de amparo. De manera que no existe duda en cuanto a la disponibilidad de la acción de amparo para reestablecer el orden constitucional en aquellos casos en los cuales no se haya respetado cabalmente el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados.

122. Adicionalmente, la figura de la confianza o expectativa legítima no goza de reconocimiento en el derecho guatemalteco. No existe norma jurídica o jurisprudencia que así lo establezca, esto es confirmado de una simple revisión de las fuentes utilizadas por el experto legal de los Demandantes, las cuales son de jurisdicciones distintas a Guatemala y basándose en una extrapolación de la teoría de los derechos adquiridos.

¹⁹⁸ Véase Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada el 11 de junio de 2020, Exp. Acumulados 3207-2016 y 3344-2016, p. 40 (C-0145)

¹⁹⁹ Véase Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Art.75 (C-0416).

²⁰⁰ *Ibid.*

En este sentido, debe dejarse claro que la licencia otorgada a Exmingua no constituía un derecho adquirido, pues se encontraba sujeta al control de constitucionalidad mediante la acción de amparo.

2) La acción de amparo ejercida cumplía con los presupuestos procesales requeridos previstos en la Ley de Amparo

123. Pasando a analizar la concurrencia de los presupuestos procesales de la acción de amparo, la Corte de Constitucionalidad analizó este elemento con absoluta claridad en la sentencia dictada en el caso de Exmingua, y en consistencia con las decisiones dictadas en materia del derecho a consulta previa a pueblos indígenas y amparo en general por dicho Tribunal²⁰¹.

124. En cuanto a la legitimación activa, la Corte de Constitucionalidad concluyó que los accionantes la organización no gubernamental CALAS y un grupo de personas naturales de las localidades afectadas estaban facultados para presentar la acción de amparo.

125. En cuanto a la definitividad del acto reclamado, la Corte de Constitucionalidad concluyó que dicho presupuesto procesal se encontraba satisfecho, por no haber sido los accionantes en amparo partes dentro del proceso administrativo que dio lugar al ejercicio de la acción de amparo. Esta decisión es cónsona con los pronunciamientos dictados por la propia Corte de Constitucionalidad en el resto de los casos relativos al derecho a consulta previa de pueblos indígenas.

126. Adicionalmente, la decisión y las razones brindadas por la Corte de Constitucionalidad sobre este particular demuestran la inexactitud en los alegatos de los Demandantes en cuanto a la necesidad de agotar ciertos recursos administrativos para poder ejercer la acción de amparo y justificar la supuesta existencia de una confianza o expectativa legítima, por una simple y sencilla razón: la Administración Pública no recurrió el acto. Lo anterior implica que era imposible para los accionantes haber declarado la lesividad (o revocar un acto administrativo) y mucho menos declarar *motu proprio* la caducidad o insubsistencia de un acto administrativo.²⁰²

127. En cuanto al presupuesto de temporalidad, la Corte de Constitucionalidad mantuvo su criterio en cuanto a la inaplicabilidad del plazo de 30 días previsto en la Ley de Amparo por tratarse de un supuesto de inconstitucionalidad continuada. Nuevamente, estamos frente a una reiteración de los criterios anteriormente sostenidos por la Corte de Constitucionalidad a lo largo del desarrollo jurisprudencial en materia de consulta a pueblos indígenas.²⁰³

128. Ello así, la acción de amparo resuelta mediante la sentencia dictada en el caso de Exmingua satisfizo cabalmente los presupuestos procesales previstos en la Ley de Amparo y la decisión de la Corte de

²⁰¹ Véase Memorial de Contestación de Guatemala, Anexo A.

²⁰² Informe Richter, ¶ 56.

²⁰³ Informe Richter, ¶¶ 83-84.

Constitucionalidad al respecto es consistente con sus decisiones previas.

3) La acción de amparo fue resuelta en concordancia con las decisiones previas de la Corte de Constitucionalidad en supuestos similares

129. Los Demandantes afirman que la Corte de Constitucionalidad otorgó un trato diferenciado e injusto a Exmingua, fundamentando su argumentación en tres elementos: el mantenimiento de la suspensión de la licencia mientras se evacúa la consulta a los pueblos indígenas, el supuesto establecimiento de condiciones más onerosas para la evacuación de la consulta previa y la indebida demora en la decisión del caso. Como veremos a continuación, ninguna de estas apreciaciones es correcta.

130. Primero, la Corte de Constitucionalidad otorgó a Exmingua el mismo trato que al resto de proyectos mineros que se vieron involucrados en procesos de amparo como consecuencia de la omisión de cumplimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas. De hecho, la decisión adoptada es producto de un desarrollo jurisprudencial que hemos descrito y que demuestra la coherencia con la que ha venido actuando la Corte de Constitucionalidad, especialmente en cuanto al reconocimiento del derecho a consulta previa, el impacto de su incumplimiento y la forma en la cual se debe proceder con la consulta en aras de preservar el derecho minero otorgado. Misma situación ocurre en cuanto a la concurrencia de los presupuestos procesales del amparo, la cual fue resuelta por la Corte de Constitucionalidad en perfecta simetría con otros casos y muy especialmente con los casos *Oxec* y *Minera San Rafael*²⁰⁴.

131. Segundo, la Corte de Constitucionalidad aplicó el mismo estándar en materia de derecho a consulta previa de los pueblos indígenas. Como ya hemos explicado, la Corte de Constitucionalidad aplicó un criterio que ha mantenido de forma consistente desde diciembre de 2009 (meses antes de que iniciara el supuesto proceso de consulta de la licencia Progreso VII Derivada).

132. Una simple revisión de las consideraciones y del texto de las tres decisiones relevantes evidencia nuevamente la consistencia en los criterios adoptados por la Corte de Constitucionalidad.

133. En realidad, el único elemento diferenciador entre el grupo de sentencias analizadas es la ausencia de suspensión de la autorización otorgada a *Oxec*. Los Demandantes alegan que esto conlleva un trato desigual e injusto de cara a Exmingua, sin embargo, existen razones de hecho y de derecho que justifican que dicho proyecto no haya sido suspendido por la Corte de Constitucionalidad. El principal error en la lógica de los Demandantes radica en equiparar totalmente a los casos de *Oxec* y Exmingua, cuando en realidad se trata de industrias completamente diferentes, sujetas a regímenes legales distintos y a conflictos sociales con diferentes matices.

134. Por lo anterior, es necesario resaltar que los proyectos *Oxec* consisten en hidroeléctricas, por lo que la

²⁰⁴ Véase Memorial de Contestación de Guatemala, Anexo B.

normativa aplicable es la referente al sector eléctrico y no minería. En Guatemala la industria eléctrica está sujeta a un régimen legal diferente al de la minería. De conformidad con el artículo 129 de la constitución de Guatemala, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Incentivos para el Desarrollo de Proyectos de Energía Renovable²⁰⁵ se ha declarado una urgencia constitucional en materia de electrificación, siendo esta una de las principales prioridades del Estado.

135. Como puede observarse, la generación de energía eléctrica y la prestación del servicio público de electricidad podrían ser equiparados a un cometido esencial del Estado, en virtud de lo cual gozan de un régimen legal que le otorga un trato diferente a la industria minera. Sobre este particular, la Corte de Constitucionalidad ha declarado que:

al ser la electricidad un producto que, sin entrar a estimaciones sobre políticas económicas, resulta de interés nacional, también debe ponderarse la importancia de construcción de obras que tiendan a su producción, al existir un interés de todos los habitantes de la nación, a quienes, por principio de solidaridad, no puede negárseles el acceso al mismo.²⁰⁶

136. Como corolario de lo anterior, *Oxec* es realmente comprable con otros proyectos hidroeléctricos que entraron en operación y fueron sujetos a control de constitucionalidad con posterioridad. Un buen ejemplo de ello es el ya referido caso *Corrientes del Río, La Vega I, La Vega II* y otro caso mucho más reciente, en el proyecto hidroeléctrico *RENACE*²⁰⁷. Estos casos sobre proyectos hidroeléctricos no fueron objeto de suspensión, cuestión que los pone en igual de condiciones con *Oxec*.

137. Adicionalmente, se debe aclarar que los elementos fácticos que rodearon a los casos de Exmingua y *Oxec* desde el punto de vista de conflictividad social y esfuerzos de agotamiento de la consulta previa son diametralmente opuestos. El caso de *Oxec* era de una conflictividad social menor a la de Exmingua, como consecuencia del agotamiento de una serie de procesos de consulta, la celebración de acuerdos con las autoridades de las comunidades involucradas, y el cumplimiento efectivo de los mismos por parte de *Oxec*. Mientras tanto, el caso de Exmingua ha estado marcado por una elevada conflictividad social, y por parte de la Minera, una ausencia absoluta de acercamientos a la comunidad involucrada en la oposición al proyecto minero.

138. En virtud de todo lo anterior, queda en evidencia que las actuaciones de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se encuentran en consonancia con el ordenamiento jurídico interno e internacional que resulta aplicable al caso, y que las decisiones proferidas por dichos órganos jurisdiccionales respetaron el principio de igualdad ante la ley que ampara a Exmingua y a los Demandantes.

²⁰⁵ Véase Ley de Incentivos para el Desarrollo de Proyectos de Energía Renovable, Art. 1 (**RL-0304**).

²⁰⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad dictada de fecha 5 de febrero de 2013, expediente No. 4419-2007, p. 14 (**C-0537**).

²⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada el 10 de abril de 2019, Exp. 559-2017 y 565-2017, pp. 22, 44, 70-71 (**R-0100**).

IV. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO INTERNO APLICABLE A LA CONTROVERSIA

139. El Memorial de Demanda se presentó en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(A)²⁰⁸ del DR-CAFTA y en virtud del Convenio del CIADI, de conformidad con el Artículo 10.16.3(a)²⁰⁹ del DR-CAFTA. La Resolución Procesal del Tribunal No. 1 confirma que fue constituido "de acuerdo con el Convenio del CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI y el DR-CAFTA."²¹⁰ En cuanto al derecho aplicable, está bien establecido que debe hacerse una distinción entre el derecho aplicable para determinar, por un lado, si la presente demanda es de la competencia de este tribunal y, por otro, para resolver el fondo de esta controversia. Según el profesor Christoph Schreuer:

"Así como el fundamento de la jurisdicción de un tribunal no determina la ley que debe aplicar, la ley aplicable en un caso no determina la jurisdicción del tribunal. La ley que rige las cuestiones jurisdiccionales es independiente de la ley aplicable al fondo de la causa".²¹¹

140. La jurisprudencia del CIADI también está repleta de casos que hacen esa distinción.²¹²

A. Ley Aplicable sobre Jurisdicción

141. Para resolver cuestiones de jurisdicción, los tribunales han recurrido sistemáticamente al Capítulo II del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI") sobre la Jurisdicción del Centro, concretamente a su Artículo 25, al tratado entre las partes y, en la medida en que el tratado se refiere a él, al derecho interno del Estado anfitrión demandado. En *Quiborax S.A. y otros c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, el tribunal señaló la interacción de esas normas jurídicas para evaluar las cuestiones de jurisdicción cuando sostuvo que "las partes acuerdan, y con razón, que la jurisdicción del Tribunal se rige por el Convenio del CIADI, por el TBI entre Bolivia y Chile (el "Tratado"

²⁰⁸ El Artículo 10.16.1(a)(i)(A) del DR-CAFTA establece que "1. En el caso de que una parte contendiente considere que una controversia en materia de inversiones no puede resolverse mediante consultas y negociaciones: (a) el demandante, en su propio nombre, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta Sección, un reclamo (i) de que el demandado ha violado (A) una obligación de la Sección A". (CL-0001)

²⁰⁹ El Artículo 10.16.3(a) del DR-CAFTA establece que "3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde los hechos que dieron lugar al reclamo, un demandante podrá presentar un reclamo al que se refiere el párrafo 1: (a) en virtud del Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento del CIADI para los procedimientos de arbitraje, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes en el Convenio del CIADI". (CL-0001)

²¹⁰ Orden procesal No. 1 de fecha 10 de septiembre de 2019, ¶ 2.1, p. 4.

²¹¹ Christoph Schreuer, *Jurisdicción y Ley Aplicable en el Arbitraje de Tratados de Inversión*, MCGILL JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION (2014) Vol. 1:1, 2 (RL-0121).

²¹² *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Sentencia sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 2003), ¶ 48: ("Como han señalado ambas partes, la disposición pertinente para determinar la ley aplicable a esta controversia es el párrafo 1 del artículo 42 de la Convención. Sin embargo, las normas aplicables a la controversia en virtud del Artículo 42(1) se refieren a la solución de controversias sobre el fondo, y por lo tanto no serán necesariamente las que se apliquen a la determinación de la jurisdicción del Tribunal en virtud del Artículo 41 en esta etapa del procedimiento") (RL-0122); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre jurisdicción (2 de julio de 2013) ¶¶ 5, 30 (RL-0123): ("En lo que respecta al derecho que rige la determinación de la competencia, el Tribunal adhiere a la opinión predominante de que esta cuestión debe decidirse de conformidad con el artículo 25 del Convenio del CIADI, las normas aplicables del tratado pertinente y las normas y principios aplicables del derecho internacional, ya que el artículo 42(1) del Convenio del CIADI rige únicamente el fondo de la causa").

o el "TBI") y, en la medida en que este último se refiera a ella, por la legislación boliviana". Las Partes coinciden igualmente en que la interpretación tanto del Convenio del CIADI como del Tratado se rige por el derecho internacional consuetudinario codificado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".²¹³

142. En relación con la jurisdicción *ratione materiae* de este Tribunal, el Artículo 10.28 del DR-CAFTA establece que una inversión "significa todo activo que un inversor posea o controle, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o utilidad, o la asunción de riesgo". El artículo 10.28 enumera una lista de inversiones que, según *Railroad Development Corporation ("RDC") c. la República de Guatemala*, una controversia surgida en el marco del DR-CAFTA, deben conferir derechos que no pueden ser contrarios a la legislación guatemalteca.²¹⁴ El tribunal de *RDC*, interpretando dicha disposición, sostuvo que "es de esperar que las inversiones realizadas en un país cumplan con los requisitos legales pertinentes".²¹⁵ Citando con asentimiento al tribunal del caso *Salini c. Marruecos*, el tribunal de *RDC* sostuvo que la referencia a la legislación nacional en el tratado "busca impedir que el Tratado Bilateral proteja las inversiones que no deben ser protegidas, particularmente porque serían ilegales".²¹⁶ Por lo tanto, para determinar si tiene jurisdicción *ratione materiae*, este Tribunal debe recurrir a la legislación interna de Guatemala, específicamente a su Ley de Minería y a su Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, para evaluar la legalidad de las supuestas inversiones de los Demandantes.

143. En relación con la jurisdicción *ratione temporis* de este Tribunal, el Artículo 10.18.1 establece que "no podrá someterse ningún reclamo a arbitraje conforme a esta Sección si han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento por primera vez de la violación alegada en virtud del Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (para los reclamos presentados en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o la empresa (para los reclamos presentados en virtud del Artículo 10.16.1(b)) ha sufrido pérdidas o daños".

144. Como se verá más adelante, la Demandada objeta la competencia de este Tribunal porque los Demandantes no cumplieron con uno o más de dichos requisitos jurisdiccionales.

²¹³ *Quiborax S.A. y otros c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Sentencia sobre Jurisdicción (27 de septiembre de 2012), ¶ 47 (RL-0125).

²¹⁴ *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Segundo fallo sobre objeciones a la competencia (18 de mayo de 2010), ¶ 140 (RL-0127).

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Id.* en nota de pie de página 99, en la que se cita el caso *Salini Costruttori e Italstrade c. el Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Sentencia sobre Jurisdicción (16 de julio de 2001), ¶ 46 (RL-0036).

B. Ley Aplicable sobre el Fondo

145. En la medida en que este Tribunal se ha constituido en virtud del Convenio del CIADI, debe seguir las instrucciones del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI sobre el derecho aplicable a esta controversia,²¹⁷ a saber:

El Tribunal decidirá una controversia de acuerdo con las reglas de derecho que acuerden las partes. A falta de tal acuerdo, el Tribunal aplicará el derecho del Estado Contratante que sea parte en la controversia (incluidas sus reglas sobre conflicto de leyes) y las reglas de derecho internacional que sean aplicables.

146. El DR-CAFTA es el principal derecho que rige entre las partes. El artículo 10.22.1 dispone que "cuando se presente un reclamo en virtud del artículo 10.16.1(a)(i)(A)", como en el presente caso, "el tribunal decidirá las cuestiones objeto de la controversia de conformidad con el presente Acuerdo y las normas de derecho internacional aplicables". Cabe destacar dos puntos del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI y el Artículo 10.22.1 del DR-CAFTA. El primero se refiere al contenido de las "normas aplicables del derecho internacional", y el segundo se refiere a la función de la legislación interna de Guatemala en la resolución de esta controversia por parte del Tribunal.

147. *En primer lugar*, el artículo 41(2) del Convenio del CIADI y el artículo 10.22.1 del DR-CAFTA hacen referencia a "*reglas del derecho internacional*" que, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluyen las derivadas de los convenios internacionales, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. Como señaló el tribunal del caso *Pope & Talbot c. Canadá* al interpretar el TLCAN, que utiliza la misma expresión "normas aplicables del derecho internacional", "el derecho internacional es un concepto más amplio que el derecho internacional consuetudinario, que es sólo uno de sus componentes"²¹⁸.

148. En *Eli Lilly c. Canadá*, que interpretó la misma frase "normas aplicables del derecho internacional" en virtud del artículo 1131(1) del TLCAN, el tribunal sostuvo que la frase "no se refiere simplemente, por ejemplo, a las normas de interpretación de los tratados, como las reflejadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("CVDT"), sino también a cualquier otra norma aplicable de derecho

²¹⁷ *CMS Gas Transmission Company c. la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Sentencia sobre Jurisdicción (17 de julio de 2003), ¶ 88: ("El artículo 42 [del Convenio del CIADI] está destinado principalmente a la solución de controversias sobre el fondo...") (CL-0038); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Sentencia sobre Jurisdicción (2 de julio de 2013), ¶ 30 ("En lo que respecta al derecho que rige la determinación de la competencia, el Tribunal adhiere a la opinión predominante de que esta cuestión debe decidirse de conformidad con el artículo 25 del Convenio del CIADI, las normas aplicables del tratado pertinente y las normas y principios aplicables del derecho internacional, ya que el artículo 42(1) del Convenio del CIADI rige únicamente el fondo de la causa") (RL-0123).

²¹⁸ *Pope & Talbot, Inc. c. Gobierno del Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo relativo a daños y perjuicios (31 de mayo de 2002), ¶ 46 (CL-0028).

internacional que pueda ser pertinente para el caso que se examina".²¹⁹ El tribunal de *Eli Lilly* pasó a analizar que tales otras normas aplicables pueden incluir, "por ejemplo, normas pertinentes y aplicables sobre la responsabilidad del Estado, como ir a las cuestiones de atribución de la conducta, así como otras normas pertinentes y aplicables del derecho internacional que informan la interpretación y aplicación de las disposiciones, entre otras, de [la sección sobre inversiones] del capítulo XI del TLCAN que son objeto del procedimiento"²²⁰. Se aplican aquí las reglas pertinentes del derecho internacional consuetudinario, así como lo dispuesto expresamente en el artículo 10.5 y 10.7, en relación con los Anexos 10-B y 10-C, del DR-CAFTA.

149. La República de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de junio de 1996²²¹, el cual, junto con otros instrumentos internacionales conexos, informa sobre los derechos y deberes de Guatemala en relación con sus pueblos indígenas. Cabe mencionar que tanto Guatemala²²² como los Estados Unidos²²³ son partes en la Carta de la Organización de los Estados Americanos²²⁴ que creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("Comisión IDH") y ambos han declarado su apoyo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Comisión IDH "tendrá como función principal promover la observancia y protección de los derechos humanos y servir de órgano consultivo de la Organización en estas materias".²²⁵ En 2004, la Comisión IDH consideró en el caso *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo c. Belice* que "la aplicación de la Declaración Americana a la situación de los pueblos indígenas requiere que no se prive a los pueblos indígenas de su derecho a la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales, salvo con consentimiento plenamente informado, en condiciones de igualdad y con una compensación justa".²²⁶ Además, la Comisión IDH hizo referencia explícita al Convenio 169 de la OIT, si bien Belice no era parte en el Convenio, ya que consideró que "los términos del tratado dan cuenta de la opinión internacional contemporánea sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas y, por lo tanto, que ciertas disposiciones se tienen

²¹⁹ *Eli Lilly and Co. c. el Gobierno del Canadá*, Caso No. UNCT/14/2, Laudo Definitivo (16 de marzo de 2017), ¶ 106 (RL-0040) (cursiva añadida).

²²⁰ *Id.*

²²¹ Otros Estados Parte en el Convenio 169 de la OIT son la Argentina, Bolivia, Brasil, la República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiyi, Honduras, Luxemburgo, México, Nepal, los Países Bajos, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú y Venezuela. Véase Página web de la Organización Internacional del Trabajo, *Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (R-0190)*, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314.

²²² La República de Guatemala ratificó la Carta el 18 de marzo de 1951. Véase Página web de la OEA, *Carta de la organización de los estados americanos (A-41) (R-0191)*, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA_firmas.asp.

²²³ *Id.* Los Estados Unidos de América ratificaron la Carta el 15 de junio de 1951.

²²⁴ Otros Estados Parte en la Carta son Antigua y Barbuda, la Argentina, las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador y El Salvador, Granada, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

²²⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos, Art. 106 (R-0192).

²²⁶ CIDH, *Comunidad indígena maya del Distrito de Toledo v. Belice*, Caso 12.053, Informe No. 04/04 en OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 en 727 (2004), ¶ 86 (RL-0236).

debidamente en cuenta al interpretar y aplicar los artículos de la Declaración Americana en el contexto de las comunidades indígenas"²²⁷.

150. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Guatemala es Estado Parte²²⁸, estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH")²²⁹. La jurisdicción de la CIDH se extiende a "todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sean sometidos".²³⁰ La CIDH ha considerado la Convención Americana como un "instrumento vivo" y por ello ha adoptado una interpretación evolutiva o dinámica de la Convención Americana y "ha recurrido a otros instrumentos para modernizar su contenido"²³¹. En junio de 2012, la CIDH dictó sentencia en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*²³² y determinó que Ecuador había incurrido en responsabilidad internacional por no haber consultado a la comunidad indígena de Sarayaku antes de otorgar las concesiones petroleras que afectaban a las tierras ancestrales. Lo que se destaca de la decisión de *Sarayaku* es su monumental reconocimiento del derecho a la consulta como principio general del derecho internacional.²³³

151. Además, la OIT interpreta que el Convenio 169 tiene "claras repercusiones jurídicas para los actores del sector privado que operan en los países que lo ratifican"²³⁴. De hecho, incluso los Demandantes admiten que el

²²⁷ *Ibíd.* en la nota 123.

²²⁸ Los otros Estados Parte en la Convención Americana son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Véase Página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *¿Cuáles estados son parte de la Convención Americana?*, disponible via: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=Los%20Estados%20que%20han%20ratificado,Rep%C3%BAblica%20Dominicana%2C%20Surinam%20y%20Uruguay.

²²⁹ Convención Americana de Derecho Humanos, Art. 33 (RL-0296).

²³⁰ *Ibíd.* en el Art. 62.3 (RL-0296).

²³¹ María Victoria Cabrera Ormaza ("Cabrera Ormaza"), *The Requirement of Consultation with Indigenous Peoples in the ILO ("OIT"): Between Normative Flexibility and Institutional Rigidity*, Leiden: Brill Nijhoff, 170, nota 116 (RL-0297), en la que se cita a Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Ubeda de Torres; Véase también, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (Oxford University Press 2011), p. 62 (RL-0298).

²³² *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. el Ecuador*, Sentencia de fecha 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones) (RL-0128).

²³³ *Id.* en para. 164, citas omitidas, énfasis y cursiva añadidos. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio 169 de la OIT se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente, y sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América, o de fuera de la región como Nueva Zelanda. **Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.**

²³⁴ OIT, Manual para los mandantes tripartitos: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169) (2013), p. 25 (CL-0102).

Convenio 169 de la OIT es pertinente para resolver la presente controversia, ya que reconocen que el Convenio confiere a los pueblos indígenas "el derecho a ser consultados": i) "siempre que se estén considerando medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente", y ii) "antes de la exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo"²³⁵. En todo caso, el Convenio 169 de la OIT forma parte del derecho interno de Guatemala, de conformidad con el artículo 46 de su Constitución y, por lo tanto, puede ser aplicado por este Tribunal, ya sea desde el punto de vista de las normas aplicables del derecho internacional -como un convenio internacional o como un principio general del derecho internacional, siguiendo a *Sarayaku*- o como parte del derecho interno a través de la Constitución de Guatemala.

152. En el marco de las Naciones Unidas²³⁶ y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también establecen la debida diligencia en materia de derechos humanos como una norma de diligencia debida que satisface la responsabilidad del inversor de respetar los derechos humanos.²³⁷ Cabe mencionar que los Estados Unidos, a través de su ex Secretaria de Estado Hillary Clinton, elogiaron a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) después de que ésta incorporara los Principios Rectores en sus Directrices para Empresas Multinacionales.²³⁸

153. En consonancia con el Marco y los Principios Rectores, el Consejo Internacional de Minería y Metales ("ICMM") también refleja las mejores prácticas prevalecientes en la industria minera en la realización de la debida diligencia y, más concretamente, en la obtención de una licencia social para el éxito de una inversión. En 2015, el ICMM publicó una Guía de Buenas Prácticas para sus miembros que "se comprometen en la declaración de posición a reconocer y respetar los derechos de los Pueblos Indígenas *incluso si no hay un reconocimiento formal de estos derechos por parte de un país anfitrión o si existe una divergencia entre los compromisos internacionales de un país y su legislación nacional*"²³⁹. Según el ICMM, la licencia social es uno de los principales riesgos comerciales que enfrenta un proyecto minero.²⁴⁰ Todos ellos son aplicables aquí en la medida

²³⁵ Memorial de Demanda, ¶ 71, p. 31, en que se citan los artículos 6 y 15(2) del Convenio 169 de la OIT.

²³⁶ El Marco de las Naciones Unidas "Proteger, respetar y remediar" para las empresas y los derechos humanos Antecedentes, p. 1: ("[E]l Marco de las Naciones Unidas "comprende tres principios básicos: el deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de un acceso más efectivo a los recursos").

²³⁷ Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, Principio 17 (**RL-0299**).

²³⁸ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales 4* (2011) (**RL-0160**); Véase también Hillary Rodham Clinton, *Observaciones de la secretaria Clinton en la Conmemoración del 50º Aniversario de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (**RL-0294**): (Las Directrices de la OCDE ayudan a los gobiernos a "determinar cómo pueden cambiarse las cadenas de suministro de modo que se pueda comenzar a prevenir y eliminar los abusos y la violencia". Vamos a ver nuevas estrategias que intentarán defender nuestro argumento frente a las empresas de que la diligencia debida, aunque no siempre es fácil, es absolutamente esencial").

²³⁹ ICMM, *Guía de buenas prácticas de los pueblos indígenas y la minería* (2015), p. 17 (**RL-0295**).

²⁴⁰ Página web de ICMM, *Guía del ICMM sobre la medición del apoyo de la comunidad*, disponible en: <https://www.icmm.com/website/presentations/community-support/al-measuring-community-support---for-senior-managers.pptx> (**R-0108**).

en que contienen el estándar de diligencia debida que se espera de los inversores en general, y de los inversores en la industria minera en particular, lo que a su vez implica la evaluación por parte de este Tribunal del fondo del reclamo de los Demandantes de expectativas legítimas y razonables respaldadas por la inversión. Esto también es coherente, en el contexto del arbitraje de inversión, con el pronunciamiento del tribunal del caso *Urbaser c. Argentina* que establece que "el derecho internacional acepta la responsabilidad social de las empresas como un estándar de importancia crucial para las empresas que operan en el ámbito del comercio internacional". Esta norma incluye los compromisos de cumplir con los derechos humanos en el marco de las operaciones de tales entidades realizadas en países distintos del país de su sede o constitución. A la luz de este hecho más reciente, ya no puede admitirse que las empresas que operan a nivel internacional sean inmunes a convertirse en sujetos de derecho internacional²⁴¹.

154. Este Tribunal tampoco puede resolver plenamente esta controversia sin considerar el Capítulo 17 del DR-CAFTA sobre el Medio Ambiente. De hecho, los Estados Parte han instruido a este Tribunal a través del Artículo 10.2 del DR-CAFTA que "en caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo [de Inversiones] y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia". El preámbulo del DR-CAFTA revela igualmente la intención de las Partes de implementar el Tratado "de manera consistente con la protección y conservación del medio ambiente". El Capítulo 17 establece una serie de compromisos relativos al medio ambiente, incluyendo la obligación del Estado de "asegurar que sus leyes y políticas prevean y fomenten altos niveles de protección ambiental" y, en particular, de desarrollar mecanismos para que las comunidades locales participen en estas mismas protecciones.²⁴²

155. El Capítulo 10, la base de este arbitraje, no es diferente. Las preocupaciones ambientales impregnan el Capítulo, tanto que el Artículo 10.11, titulado "Inversión y Medio Ambiente", establece una excepción a las protecciones a la inversión del Capítulo 10, declarando: "Nada de lo dispuesto en [el Capítulo Diez] se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o aplique cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se lleve a cabo de manera sensible a las preocupaciones ambientales".

156. El Artículo 10.11 sigue la fórmula adoptada por Canadá, Estados Unidos y México en el Artículo 1114(1) del TLCAN. Según Canadá, el artículo 1114 afirma el "derecho de cada Parte a adoptar y hacer cumplir medidas ambientales, de conformidad con el capítulo (por ejemplo, las medidas ambientales deben aplicarse sobre la base del trato nacional)".²⁴³ Estados Unidos ha adoptado la misma posición específicamente con respecto al Artículo 10.11, señalando que el mismo "informa la interpretación de otras disposiciones del [Capítulo 10]" y demuestra

²⁴¹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016, ¶ 1195 (RL-0129)).

²⁴² DR-CAFTA, Art. 17.1 y 17.4 (CL-0001).

²⁴³ Declaración canadiense sobre la aplicación del capítulo 11 del TLCAN (enero de 1994). (RL-0264)

que el Capítulo 10 "no tenía por objeto socavar la capacidad de los gobiernos para adoptar medidas que de otro modo serían compatibles con el Capítulo, incluidas las medidas basadas en preocupaciones ambientales, *incluso cuando tales medidas puedan afectar el valor de una inversión*".²⁴⁴

157. El Capítulo 17 y el artículo 10.11 se relacionan en este respecto. Según Estados Unidos, el Artículo 10.2 (denominado "Relación con Otros Capítulos") "subordina las disposiciones del Capítulo 10 a las disposiciones de todos los demás capítulos del DR-CAFTA, en los casos en que haya una inconsistencia con otro Capítulo".²⁴⁵ En otras palabras, las protecciones contenidas en el Capítulo 10 son secundarias a los derechos y protecciones que se encuentran en otras partes del Tratado. Varios tribunales han estado de acuerdo con esta relación. El Tribunal en *Aven c. Costa Rica*, por ejemplo, determinó que "el Artículo 10.11 subordina esencialmente los derechos de los inversores en virtud del Capítulo Diez al derecho de [el Estado] de garantizar que las inversiones se lleven a cabo 'de manera sensible a las preocupaciones ambientales [...]...' No se trata de 'no aplicar' tales disposiciones en virtud del Capítulo Diez, sino más bien de *dar preferencia a las normas de protección ambiental* que se declararon de interés para las Partes del Tratado al momento de su firma".²⁴⁶

158. En este caso, todas las demandas contra Guatemala se refieren a medidas adoptadas para proteger los derechos de las comunidades indígenas. **Tales derechos son inseparables del derecho de Guatemala a proteger el medio ambiente.** El propio tratado confirma esta relación. Guatemala se ha comprometido, de conformidad con el Capítulo 17 del Tratado, a elaborar mecanismos de participación comunitaria en la protección del medio ambiente.²⁴⁷ Las consultas en cuestión en el presente caso son sólo un ejemplo de este tipo de participación comunitaria.

159. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala también ha reconocido la estrecha relación entre las comunidades indígenas y el medio ambiente. En el fallo de *Minera San Rafael*, la Corte determinó que la supervivencia de los pueblos indígenas "no se identifica con la mera subsistencia física, sino que debe entenderse como la capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio [...]"²⁴⁸ En la sentencia del caso *Exmingua*, la Corte señaló: "La supervivencia no se refiere únicamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de cada uno de los miembros de esos

²⁴⁴ *Aven c. Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Presentación de los Estados Unidos de América, ¶ 5 (RL-0031); véase también *Ballantine c. la República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17, Laudo (3 de septiembre de 2019), ¶274 (en el que se examina la Presentación de Costa Rica: "En el caso del artículo 10.11 del DR-CAFTA, los Estados anfitriones tienen derecho a regular, con especial atención al medio ambiente. En consecuencia, esta cláusula muestra que la intención de las Partes Contratantes era mantener un equilibrio entre ambos elementos") (RL-0112).

²⁴⁵ *Aven*, Presentación de EE. UU., 6 (RL-0031).

²⁴⁶ *Aven*, Laudo ¶ 412 (sin cursiva en el original) (RL-0031); Véase también *Al Taminmi c. Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo (20 de junio de 2018), ¶ 389 ("Cuando se trata de determinar cualquier incumplimiento del nivel mínimo de trato... el Tribunal debe guiarse por la defensa enérgica de la reglamentación y protección del medio ambiente prevista en el lenguaje expreso del Tratado") (RL-0130).

²⁴⁷ DR-CAFTA, Art. 17.4. (CL-0001)

²⁴⁸ C-459, pp. 267-68.

pueblos, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar la continuidad de la relación de los pueblos indígenas con su cultura y su tierra".²⁴⁹ Y finalmente, en la decisión de *CGN*, la Corte señaló:

El cumplimiento de esta obligación exige la adopción de las medidas necesarias para proteger el hábitat de las comunidades indígenas del deterioro ecológico como consecuencia de las actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, forestales y otras actividades económicas, así como de las consecuencias de los proyectos de infraestructura, ya que dicho deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en materia de alimentos, agua y actividades económicas, espirituales o culturales. Al adoptar estas medidas, los Estados deben hacer "especial hincapié en la protección de los bosques y las aguas, que son esenciales para su salud y supervivencia como comunidades".²⁵⁰

160. Otros Estados reconocen también esta estrecha relación. El capítulo 24 del nuevo Acuerdo entre los Estados Unidos, México y el Canadá ("USMCA"), denominado "Medio Ambiente", se refiere específicamente al "bienestar de los pueblos indígenas" como uno de sus objetivos: "Las Partes reconocen que el medio ambiente desempeña un papel importante en el bienestar económico, social y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales, y reconocen la importancia de colaborar con estos grupos en la conservación a largo plazo del medio ambiente".²⁵¹ Las Partes en el USMCA reconocen además el importante papel que desempeña la diversidad biológica en los estilos de vida tradicionales de los pueblos indígenas.²⁵²

161. En resumen, a los efectos de este caso, los derechos de los Demandantes en virtud del Capítulo 10 son secundarios al derecho de Guatemala de proteger el medio ambiente, el cual incluye el derecho de proteger a las comunidades indígenas y su estrecha conexión con la tierra. Dado que todos los reclamos planteados por los Demandantes se refieren a medidas adoptadas para proteger a las comunidades indígenas, no puede haber violación de ninguna disposición del Capítulo 10 cuando se lee en relación con el Capítulo 17 del DR-CAFTA.

162. *En segundo lugar*, con respecto a la aplicabilidad del derecho interno, el Comité de Anulación en el caso *Wena Hotels c. Egipto* explicó que "[l]a ley del Estado anfitrión puede aplicarse efectivamente en conjunción con el derecho internacional si ello se justifica. Así pues, el derecho internacional también puede aplicarse por sí mismo si la norma apropiada se encuentra en este otro ámbito".²⁵³ El Comité de Anulación en *MTD c. Chile* sostuvo igualmente que "[s]i la ley aplicable aquí derivada de la primera o segunda frase del párrafo del Artículo 42(1) no importa.... Tanto [el derecho interno como el derecho internacional] [son] pertinentes".²⁵⁴ El tribunal del caso *Philip Morris c. Uruguay*, a su vez, es instructivo en el sentido de que el derecho interno, en este caso el derecho guatemalteco, es importante en dos aspectos: (1) informa el contenido

²⁴⁹ **C-145**, p. 21.

²⁵⁰ Sentencia de *CGN*, p. 265.

²⁵¹ USMCA, Art. 24.2(4) (**RL-0131**)

²⁵² USMCA, Art. 24.15(3) (**RL-0131**)

²⁵³ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Sentencia de Anulación (28 de enero de 2002), ¶ 40 (**RL-0132**).

²⁵⁴ *MTD c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Sentencia de Anulación (21 de marzo de 2007), ¶ 72 (**RL-0133**).

de los derechos y obligaciones de los Demandantes dentro del marco legal guatemalteco, que son relevantes, entre otros, para la resolución de la demanda de expropiación en virtud del Artículo 10.7 del DR-CAFTA; y (2) informa el contenido de los compromisos asumidos por Guatemala con los Demandantes que estos últimos alegan han sido violados, es decir, por ejemplo, si los Demandantes tienen efectivamente expectativas legítimas y razonables respaldadas por la inversión.²⁵⁵

163. Se insta a este Tribunal a que aplique tanto las normas aplicables del derecho internacional como el derecho interno de Guatemala, según sea pertinente en cada caso.²⁵⁶

V. OBJECIONES JURISDICCIONALES

A. Las Inversiones Obtenidas con Ilegalidad y Tergiversación son Inadmisibles en el Derecho Internacional

164. Un Demandante no tiene derecho a invocar las protecciones del DR-CAFTA y de la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala²⁵⁷ y no tiene derecho a presentar reclamos si sus inversiones se obtuvieron mediante tergiversación, fraude, ocultamiento u otros medios ilegales en violación de la legislación internacional y de Guatemala.²⁵⁸ Una inversión obtenida por tales medios sería contraria a la obligación de buena fe y trato justo que imponen el derecho internacional y el orden público y, por lo tanto, quedaría excluida de las protecciones que ofrece el arbitraje entre inversores y Estados.²⁵⁹

165. La conducta corrupta o ilegal de los inversores, que constituye una violación del orden público internacional, incluso si el tratado aplicable no prevé un impedimento jurisdiccional, el tribunal podría considerar la posibilidad de desestimar sus demandas con carácter preliminar.²⁶⁰ Como señaló Z. Douglas:

si una declaración de ilegalidad en el sentido de que el inversor ha violado un fundamento del

²⁵⁵ *Philip Morris Brands Sarl y otros contra la República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 177 (RL-0124).

²⁵⁶ Véase Yas Banifatemi, *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, Arbitration under International Investment Agreements, 191, 204 (K. Yannaca-Small ed., OUP, 2010) (RL-0265). ("El papel del derecho internacional en el arbitraje de los tratados de inversión es esencial; el reconocimiento de este papel no socava en modo alguno el de la ley del país anfitrión, donde sería la ley propia. En efecto, por la naturaleza misma del arbitraje de un tratado de inversión, ciertas cuestiones sólo pueden resolverse mediante la aplicación del derecho internacional; por otra parte, ciertas cuestiones sólo pueden determinarse en virtud del derecho interno").

²⁵⁷ Ley de Inversión Extranjera de la República de Guatemala ("Ley de Inversión Extranjera"), Decreto No. 9-98 (3 de marzo de 1988) (RL-0134).

²⁵⁸ *Phoenix Action Ltd. c. la República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009) ("*Phoenix c. la República Checa*") (RL-0135); *SAUR International S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre jurisdicción (6 de junio de 2012) ("*SAUR c. la Argentina*") (CL-0048); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo (10 de diciembre de 2014) (RL-0150).

²⁵⁹ *Phoenix*, Laudo ¶¶ 77, 100, 106 (RL-0135).

²⁶⁰ *Minnotte c. Polonia*, Caso CIADI No. ARB (AF)/10/1, Laudo (16 de mayo de 2014), ¶ 131 (RL-0136). Aunque el TBI aplicable (EE.UU.-Polonia) no definía la 'inversión' en términos de un requisito explícito de que la inversión se hiciera de conformidad con la legislación del Estado anfitrión, el tribunal señaló que es 'generalmente aceptado que las inversiones hechas sobre la base de una conducta fraudulenta no pueden beneficiarse de la protección del TBI; y éste es un principio que es independiente del efecto de cualquier requisito expreso en un TBI de que la inversión se haga de conformidad con la legislación del Estado anfitrión'.

orden público internacional resulta exitosa, entonces debería dar lugar al rechazo de las demandas como inadmisibles.²⁶¹

166. Es un principio bien establecido del derecho internacional que un tribunal constituido sobre la base de un tratado de inversión no tiene jurisdicción sobre la inversión de un demandante que se hizo en forma ilegal en violación de las leyes internacionales y nacionales. Según lo estableció el Tribunal en *Hamester c. Ghana*, independientemente del lenguaje específico de un tratado:

[N]inguna inversión estará protegida si ha sido creada en violación de los principios nacionales o internacionales de buena fe; por medio de corrupción, fraude o conducta engañosa; o si su misma creación constituye un uso indebido del sistema de protección de inversiones internacionales en virtud del Convenio del CIADI. Tampoco estará protegida si se hace en violación de las leyes del Estado anfitrión.²⁶²

167. *Spentex c. Uzbekistán*, que cita *World Duty Free*, analizó la defensa de ilegalidad planteada por Uzbekistán y desestimó el caso debido a las actividades corruptas e ilegales del inversor.²⁶³ El tribunal en este caso, sostuvo que una inversión obtenida mediante corrupción era contraria al orden público internacional y no podía recibir protección debido a las "manos sucias" del demandante.

1) La inversión de los Demandante obtenida por medios ilícitos y tergiversación debe hacer inadmisibles sus demandas

168. La tergiversación, el fraude y la mala fe por parte de los Demandantes representan obstáculos de admisibilidad para todas sus demandas en este arbitraje. Según Z. Douglas, la conducta de un inversor en la adquisición de los bienes que constituyen la inversión, puede estar viciada por la ilegalidad de tres maneras:

- i. por medios ilícitos como la tergiversación fraudulenta o la corrupción.
- ii. con un propósito ilegal como el de llevar a cabo un comercio de mercaderías falsificadas.
- iii. en violación de una disposición del tratado que requiera la aprobación de las autoridades del Estado anfitrión.²⁶⁴

169. Tribunales de inversiones han desestimado reclamos en la fase jurisdiccional si la inversión se había obtenido por las tres vías ilegales mencionadas anteriormente. Un número de ellos concordó en que el fraude

²⁶¹ Zachary Douglas, *El alegato de ilegalidad en el arbitraje de tratados de inversión*, revisión del CIADI, Vol. 29, No. 1 (2014), p. 180 (RL-0137); Véase también Cameron A. Miles, *Corrupción, Jurisdicción y Admisibilidad en las Demandas por Inversiones Internacionales*, Journal of International Dispute Settlement, vol. 3 (2012), pp. 329, 351 (RL-0138).

²⁶² *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. K.G. c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo (2010), ¶¶ 123-124 (RL-0139); *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción (21 de diciembre de 2012), ¶ 317, 324 (CL-0012); *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo (27 de agosto de 2008), ¶138 (RL-0140); *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI, No. ARB/11/24, Laudo, (30 de marzo de 2015), ¶¶294, 359 (RL-0141).

²⁶³ *Spentex Netherlands, B.V. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/13/26 (R-0109) (El Laudo no fue publicado).

²⁶⁴ Z. Douglas, *El alegato de ilegalidad en el arbitraje de tratados de inversión*, revisión del CIADI, Vol. 29, No. 1 (2014), p. 179 (RL-0137).

y la tergiversación por parte de un inversor pueden dar lugar a la inadmisibilidad de sus demandas.²⁶⁵ En particular, los tribunales carecían de jurisdicción sobre la demanda por violación de la "cláusula de legalidad" de un tratado de inversión²⁶⁶, sobre la base de la falta de prueba de que el demandante es un "inversor" protegidos²⁶⁷, o porque la conducta fraudulenta como la violación de la legislación nacional y del "orden público internacional" debería dar lugar a una denegación de jurisdicción.²⁶⁸

170. Varios tribunales concordaron en que el fraude y la tergiversación por parte de un inversor pueden dar lugar a la inadmisibilidad de sus demandas.²⁶⁹ En particular, los tribunales carecían de jurisdicción sobre la demanda por violación de la "cláusula de legalidad" de un tratado de inversión²⁷⁰, sobre la base de la falta de prueba de que el demandante es un "inversor" protegidos²⁷¹, o porque la conducta fraudulenta como la violación de la legislación nacional y del "orden público internacional" debería dar lugar a una denegación de jurisdicción.²⁷²

171. Los casos *Inceysa c. El Salvador* y *Plama c. Bulgaria* demostraron que, incluso cuando no haya una

²⁶⁵ *Gustaf F. W. Hamster GmbH amp; Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo (18 de junio de 2010), ¶¶ 136-137 (objeción jurisdiccional desestimada por falta de pruebas de un "plan general de engaño" y de que el Estado no habría celebrado el acuerdo si hubiera tenido conocimiento del engaño) (**RL-0139**); *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción (21 de diciembre de 2012), ¶¶ 317-324 (el Estado anfitrión no demostró que el inversor hubiera cometido ilegalidades en el proceso de adquisición de su inversión) (**CL-0012**); *Jan de Nul N. V. amp; Dredging International N.V. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008) ¶ 254 (las pruebas no demostraron que la entidad del Estado anfitrión cometiera un fraude contra el inversor) (**RL-0143**); *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción (27 de septiembre de 2012), ¶ 273 (las denuncias de fabricación fraudulenta de pruebas de la participación del inversor no fueron corroboradas por el Estado anfitrión) (**RL-0125**).

²⁶⁶ *Fraport AG c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto de 2007), ¶ 401 (**RL-0144**).

²⁶⁷ *Cementownia "NowaHuta" S.A. c. la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009), ¶ 149, (**RL-0145**); *Europe Cement Investment amp; Trade S.A. c. la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2, Laudo (13 de agosto de 2009), (**RL-0146**).

²⁶⁸ *Inceysa Vallisoletana c. la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), ¶ 252 (*Inceysa v. El Salvador*) (**RL-0147**).

²⁶⁹ *Gustaf F. W. Hamster GmbH amp; Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo (18 de junio de 2010), ¶¶ 136-137 (objeción jurisdiccional desestimada por falta de pruebas de un "plan general de engaño" y de que el Estado no habría celebrado el acuerdo si hubiera tenido conocimiento del engaño) (**RL-0139**); *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción (21 de diciembre de 2012), ¶¶ 317-324 (el Estado anfitrión no demostró que el inversor hubiera cometido ilegalidades en el proceso de adquisición de su inversión) (**CL-0012**); *Jan de Nul N. V. amp; Dredging International N.V. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008) ¶ 254 (las pruebas no demostraron que la entidad del Estado anfitrión cometiera un fraude contra el inversor) (**RL-0143**); *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción (27 de septiembre de 2012), ¶ 273 (las denuncias de fabricación fraudulenta de pruebas de la participación del inversor no fueron corroboradas por el Estado anfitrión) (**RL-0125**).

²⁷⁰ *Fraport AG c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto de 2007), ¶ 401 (**RL-0144**).

²⁷¹ *Cementownia "NowaHuta" S.A. c. la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009), ¶ 149, (**RL-0145**); *Europe Cement Investment amp; Trade S.A. c. la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2, Laudo (13 de agosto de 2009), (**RL-0146**).

²⁷² *Inceysa Vallisoletana c. la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), ¶ 252 (**RL-0147**).

cláusula de legalidad contenida en el correspondiente tratado de inversión, los actos fraudulentos siguen siendo pertinentes, ya que pueden violar el orden público internacional, generalmente dentro del ámbito de conceptos como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.²⁷³

172. En *Inceysa c. El Salvador*, el estado impugnó la competencia del tribunal en el caso alegando que la conducta de Inceysa al adjudicarse el contrato de concesión, objeto de la dispute, había sido fraudulenta en varios aspectos y que, por consiguiente, la inversión no se había establecido "de conformidad con la ley". La definición de "inversión" del TBI entre España y El Salvador no incorpora un requisito expreso de que las inversiones se hagan "de conformidad con las leyes del Estado anfitrión. No obstante ello, el tribunal tomó en consideración las "normas y principios generalmente reconocidos del Derecho Internacional" a que se refiere el TBI²⁷⁴ y, sobre la base de las pruebas disponibles, los árbitros sostuvieron que la conducta del demandante, que implicaba la tergiversación intencional de su situación financiera y de su experiencia en la industria durante el proceso de licitación pública mediante el cual el demandante obtuvo la licencia para su inversión, violaba estos principios generales del derecho internacional.

173. Debido a que Inceysa había "falsificado los hechos", hubo una falta de buena fe desde el inicio de la inversión, en violación de la legislación salvadoreña, lo que para el tribunal significó que "sólo puede declarar su incompetencia para entender en la demanda de Inceysa, dado que su inversión no puede beneficiarse de la protección del TBI".²⁷⁵ El tribunal concluyó que la tergiversación del demandante contravenía el principio de que no se debe permitir que nadie se beneficie de su propio fraude, del orden público internacional, del principio de buena fe y de la prohibición del enriquecimiento ilícito. El tribunal de Inceysa afirmó:

"afirm[ó] que el inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión efectuada mediante uno o varios actos ilícitos y, por consiguiente, gozar de la protección concedida por el Estado anfitrión, como el acceso al arbitraje internacional para resolver controversias, porque es evidente que su acto tuvo un origen fraudulento y, como prevé la máxima legal, 'nadie puede beneficiarse de su propio fraude'. "²⁷⁶

174. En *Plama c. Bulgaria*, el estado demandado argumentó que el demandante nunca hizo ninguna inversión válida y que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del caso. El tribunal declaró que Plama había cometido efectivamente un fraude, al haber "declarado al Gobierno búlgaro que el inversor era un consorcio, lo que era cierto durante las primeras etapas de las negociaciones", pero luego "omitió deliberadamente informar al demandado del cambio de circunstancias" cuando el inversor devino en un individuo actuando por sí solo, sin recursos financieros importantes.

175. El consorcio Plama Consortium Limited se había dirigido inicialmente al demandado en representación

²⁷³ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶230-239 (RL-0147); *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo (27 de agosto de 2008), ¶¶138-146 (RL-0140).

²⁷⁴ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶223-224 (RL-0147).

²⁷⁵ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶239 (RL-0147).

²⁷⁶ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶242 (RL-0147).

de empresas noruegas y suizas interesadas en adquirir una refinería. Sin embargo, dichas partes se retiraron finalmente antes de que se consumara la venta a PCL, sin el conocimiento de las autoridades búlgaras.²⁷⁷ Bulgaria alegó que el demandante obtuvo su inversión mediante declaraciones falsas y fraudulentas.²⁷⁸ En opinión del demandado, esto hacía que el consentimiento obligatorio del Organismo de Privatización de Bulgaria a la compra inicial de la inversión por parte del demandante deviniera nulo y sin efecto en virtud de la legislación búlgara.²⁷⁹ Por lo tanto, argumentó, el demandante nunca realizó ninguna inversión válida y el tribunal carecía de jurisdicción para entender en el caso.²⁸⁰

176. El tribunal de *Plama* llegó a la conclusión de que el demandante había cometido efectivamente un fraude, al haber "declarado al Gobierno búlgaro que el inversor era un consorcio, lo que era cierto durante las primeras etapas de las negociaciones", pero luego "omitió deliberadamente informar al demandado del cambio de circunstancias" cuando el inversor devino en un individuo actuando por sí solo, sin recursos financieros importantes.²⁸¹

177. Si bien el TCE no contiene una disposición que limite las inversiones protegidas a las realizadas de conformidad con la ley, ello no impidió que el tribunal analizara la legalidad de la inversión al evaluar la admisibilidad de los reclamos del demandante en relación con dicha inversión.²⁸² El tribunal concluyó que la inversión se había obtenido mediante una tergiversación engañosa y fraudulenta que era contraria a los principios jurídicos internacionales que "un contrato obtenido por medios ilícitos (*tergiversación fraudulenta*) no debe ser ejecutado por un tribunal."²⁸³ En circunstancias similares, numerosos tribunales en arbitrajes de inversión han rechazado demandas basadas en la tergiversación, el fraude, la ilegalidad o la mala fe.²⁸⁴

178. En otro caso, *Azinian c. México*, la controversia se suscitó en relación con el contrato de concesión relativo a la recolección y eliminación de residuos en la ciudad de México, que se había concertado entre las autoridades locales y la entidad local de los Demandantes de los EE.UU en México. Tras numerosas

²⁷⁷ *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo arbitral de 27 de agosto de 2008, ¶100 (RL-0140).

²⁷⁸ *Id.* at ¶ 96.

²⁷⁹ *Id.* at ¶ 101, 105.

²⁸⁰ *Id.* at ¶ 106.

²⁸¹ *Id.* at ¶ 134.

²⁸² *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria* ¶ 139 ("[...] la concesión de las protecciones del TCE a la inversión del Demandante sería contraria al principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* invocado anteriormente. También sería contrario a la noción básica de orden público internacional: que un contrato obtenido por medios ilícitos (*tergiversación fraudulenta*) no debe ser ejecutado por un tribunal) (RL-0140).

²⁸³ *Id.* at ¶ 143.

²⁸⁴ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, CIADI, Caso No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶¶106, 145 (RL-0135). *Malicorp Limited c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, ¶¶ 116, 130 (RL-0148).

irregularidades en relación con la celebración y el cumplimiento del contrato, el Demandado lo canceló.²⁸⁵ Los demandantes iniciaron el procedimiento del TLCAN alegando un incumplimiento de los artículos 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación) del TLCAN.²⁸⁶ México objetó la competencia del tribunal sobre la base de las supuestas declaraciones falsas de los demandantes en relación con una concesión de recolección y eliminación de residuos, tanto en lo que respecta a su capacidad financiera y su experiencia como al permanente interés de una empresa asociada que tenía los conocimientos especializados necesarios.²⁸⁷

179. Con base en lo anterior, el Tribunal no tiene jurisdicción debido a la omisión negligente por parte de los Demandantes de investigar las circunstancias de hecho en torno a la realización de su inversión.

2) El hecho de que un inversor no actúe con la debida diligencia es motivo para rechazar su demanda.²⁸⁸

180. El tribunal en el caso *Churchill y Planet c. Indonesia* sostuvo que las demandas derivadas de derechos basados en el fraude o la falsificación que un demandante ignoró deliberada o irrazonablemente son inadmisibles como cuestión de orden público internacional.²⁸⁹ En el caso *Churchill Mining*, Indonesia impugnó la validez de las licencias de explotación minera en cuestión. El demandado alegó falsificación y sostuvo que algunas de las licencias en las que se basaban los demandantes fueron falsificadas por los demandantes y los socios locales del demandante.

181. El caso de *Churchill Mining* planteó la cuestión de si se puede negar a un inversor el acceso al arbitraje de inversión por no haber cumplido con el requisito de la debida diligencia en relación con sus relaciones comerciales con socios locales. El tribunal determinó que las demandas efectivamente "se basaban en documentos falsificados para llevar a cabo un fraude destinado a obtener derechos de explotación minera" y que, en consecuencia, todas las demandas eran inadmisibles.²⁹⁰ Este caso también confirmó que los inversores deben ejercer un nivel razonable de diligencia debida, especialmente cuando invierten en entornos comerciales de riesgo; el alcance de la diligencia debida depende de las circunstancias particulares de cada caso, como el entorno comercial general, e incluye asegurarse de que la inversión propuesta cumple con las leyes locales, así como investigar la confiabilidad del socio comercial y de las declaraciones de dicho socio antes de decidir invertir.²⁹¹

²⁸⁵ *Robert Azinian y otros contra los Estados Unidos Mexicanos* Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, ¶¶ 10-16, (*Azinian y Mexico*) (CL-0144). *Azinian* es el primer caso del TLCAN en el que se dictó una decisión sobre el fondo.

²⁸⁶ *Id.* ¶ 75.

²⁸⁷ *Id.* ¶ 79.

²⁸⁸ *Antaris Solar GmbH y Dr. Michael Gode contra la República Checa*, Caso PCA No. 2014-01, Laudo, 2 de mayo de 2018, ¶¶ 395-397 y 432-440 (RL-0152).

²⁸⁹ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd c. la República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Laudo arbitral, 6 de diciembre de 2016, ¶ 508 (RL-0151).

²⁹⁰ *Id.* at ¶¶ 528, 531 (RL-0151).

²⁹¹ *Id.* at ¶¶ 506, 516-527 (RL-0151).

182. Otro tribunal en el caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. la República de Costa Rica*²⁹² rechazó los reclamos de los demandantes con el fundamento de que la inversión en cuestión no se ajustaba a la ley.²⁹³ El tribunal concluyó que, dado que "la transacción a través de la cual los Demandantes obtuvieron la propiedad de sus activos... no cumplía los requisitos de la [ley;]... los Demandantes no eran propietarios de su inversión de conformidad con las leyes de Costa Rica", y que el tribunal "no tenía jurisdicción para entender en la causa y decidir sobre los reclamos de los Demandantes"²⁹⁴. El tribunal comentó también que "la práctica de inversión prudente requiere que cualquier inversor ejerza la debida diligencia antes de comprometer fondos para cualquier propuesta de inversión en particular" y que "[u]n elemento importante de dicha diligencia debida es que los inversores se aseguren de que sus inversiones cumplan con la ley", lo que el tribunal consideró que no era "ni demasiado oneroso ni irrazonable".²⁹⁵

3) El Consentimiento de Guatemala se encuentra restringido a disputas en relación con "inversiones" y tanto el DR-CAFTA y la legislación de Guatemala definen inversión como aquellas inversiones que cumplen con el derecho local

183. Guatemala expresó su consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el artículo 10.17 del DR-CAFTA. Por directa referencia, el consentimiento está también sujeto a la Convención del CIADI, especialmente sus artículos 25 y 46. Asimismo, también son de aplicación los artículos 1 y 11 de la Ley de inversión extranjera de Guatemala, los cuales establecen:

Artículo 1. Inversión. Significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, **siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos** y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;
- b) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- c) Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial;
- e) Concesiones o derechos similares otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales.

Artículo 2. Solución de Controversias. Si un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional u otros mecanismos alternos de solución de controversias, según sea el caso, de

²⁹² *Anderson y otros contra la República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010 (RL-0153).

²⁹³ *Anderson y Costa Rica*, ¶ 46 (El TBI entre Canadá y Costa Rica definió la "inversión" como "cualquier tipo de activo que sea propiedad o esté bajo el control directo o indirecto, a través de una empresa o persona física de un tercer Estado, de un inversor de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con la legislación de esta última...") (RL-0153).

²⁹⁴ *Id.* ¶¶ 57, 59.

²⁹⁵ *Id.* ¶ 58 (énfasis añadido).

acuerdo con lo previsto en dicho tratado o convenio **y las leyes nacionales aplicables.**²⁹⁶

184. El Tribunal en *Inceysa* estableció que los Estados ponen límites en la definición de inversión y limitan el objeto de la protección a través de los Tratados (TBIs) o a través de otros medios.²⁹⁷ Asimismo, el Tribunal en *Inceysa* sostuvo que el requerimiento de legalidad de la inversión puede ser una sólida causal para excusar la jurisdicción del CIADI.²⁹⁸

185. El Tribunal en *Metal-Tech v. Uzbekistan* sostuvo que para que el consentimiento del Estado cubra una disputa ello depende del contenido del TBI aplicable y que, si los requisitos de este tratado no se cumplen, en ese caso el Estado no ha consentido en someter la disputa a arbitraje CIADI en los términos de la Convención del CIADI. El Tribunal entendió que, al no haberse cumplido el requisito de legalidad, Uzbekistán no había consentido someter la disputa a arbitraje. El Tribunal determinó que los actos ilegales que tuvieron lugar eran suficientes para violar la ley de Uzbekistán, y, en consecuencia, entendió que la inversión no había cumplido con el artículo 1(1) del TBI.²⁹⁹

186. De la misma manera el Tribunal en *Fraport c. Filipinas* sostuvo que cuando un inversor viola el derecho local en la realización de la inversión, éste es excluido de la protección del TBI debido a esa ilegalidad. El Tribunal en *Fraport c. Filipinas* decidió en contra de su jurisdicción dado que no se cumplió con una condición esencial para el arbitraje.

187. Guatemala solo consintió someter a arbitraje disputas que cumplieran con los requisitos establecidos en la Sección 10 del DR-CAFTA. El Artículo 10.28 del CAFTA DR define inversiones como aquellas realizadas en cumplimiento del derecho local. Por ello, la presente disputa no se encuentra cubierta por el artículo 10.17 del DR-CAFTA por no contar con el consentimiento de Guatemala. Ello también significa que esta disputa no cumple con los requisitos del artículo 25(1) de la Convención del CIADI. En consecuencia, dado que no existe consentimiento del Estado bajo el tratado ni bajo la Convención del CIADI, este Tribunal carece de jurisdicción para entender en esta disputa. Las disposiciones del DR-CAFTA indican explícitamente que sólo las inversiones conferidas o realizadas de acuerdo con la ley son inversiones protegidas. Además, el requisito de legalidad debe considerarse como un requisito implícito de todos los tratados de inversión y la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala exige el cumplimiento de las leyes aplicables, o bien la necesidad de ajustarse a las leyes del Estado demandado.

²⁹⁶ Ley de Inversión Extranjera de la República de Guatemala, Decreto No. 9-98, 3 de marzo de 1988 ("Ley de Inversión Extranjera") (RL-0134).

²⁹⁷ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶186-189 (RL-0147).

²⁹⁸ *Inceysa v. El Salvador*, ¶¶184-185 (RL-0147).

²⁹⁹ *Metal-Tech Ltd. v Uzbekistan*, Laudo ¶ 373 (RL-0142).

4) El CAFTA limita su protección a las inversiones conferidas de conformidad con las leyes del Estado anfitrión

188. En términos del DR-CAFTA, la cláusula de "de conformidad" puede encontrarse en la definición de "inversión". El artículo 10.28 del DR-CAFTA define que término "inversión" incluye:

[T]odo activo que un inversor posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o utilidad, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

(a) ...

(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares *conferidos de conformidad con la legislación nacional*;³⁰⁰

189. Además, la nota de pie 10 del Artículo 10.28 (g) lo aclara:

[Q]ue un tipo particular de licencia, autorización, permiso o instrumento similar (incluida una concesión, en la medida en que tenga la naturaleza de tal instrumento) tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos que *el titular posee según la legislación de la Parte*. Entre las licencias, autorizaciones, permisos e instrumentos similares que no tienen las características de una inversión se encuentran los que no crean ningún derecho protegido por la legislación nacional. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que cualquier activo asociado a la licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión."³⁰¹

190. El único tribunal que tuvo la oportunidad de discutir el Artículo 10.28 (g) del DR-CAFTA fue el caso *RDC c. Guatemala*³⁰². El Tribunal de RDC, al enfrentarse a una definición de inversión en el DR-CAFTA, en la que la conformidad con las leyes nacionales sólo se exige explícitamente para una forma de inversión, pero no para otras, sostuvo que "no considera que sea correcto inferir de este hecho que los derechos conferidos bajo otras formas de inversión puedan ser contrarios a la legislación [nacional]". Más bien, señaló, "[e]s de esperar que las inversiones realizadas en un país cumplan con los requisitos legales pertinentes".³⁰³

191. En el caso *Inceysa*, aun cuando la definición de "inversión" del TBI entre España y El Salvador no incorporaba un requisito expreso de que las inversiones se hicieran "de conformidad con las leyes del Estado anfitrión", el tribunal se basó en dos referencias en ese sentido de otras disposiciones del TBI. Sólo contenía referencias al cumplimiento de la legislación nacional en las disposiciones sobre admisión y protección de inversiones extranjeras. El tribunal de *Inceysa* sostuvo que un requisito de legalidad no sólo podía encontrarse en la definición de "inversión". Más bien, toda referencia a la legalidad en un tratado debe tenerse en cuenta al interpretar las intenciones de las partes en cuanto al alcance del consentimiento.

192. El requisito de legalidad para la inversión se mencionó explícitamente tres veces en el artículo 10.28

³⁰⁰ DR-CAFTA, Art. 10.28. (CL-0001).

³⁰¹ DR-CAFTA, Art. 10.28(g), ft.10. (CL-0001).

³⁰² *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23 (CL-0068).

³⁰³ *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, Caso del CIADI No. ARB/07/23, Segunda decisión sobre objeciones a la competencia (18 de mayo de 2010), ¶ 140 (RL-0127).

(g), la nota al pie 10 y el artículo 10.14 (1) del DR-CAFTA.³⁰⁴ Cabe señalar que el cumplimiento del elemento jurídico es tan importante para la existencia de una "inversión" de conformidad con el tratado de inversión como los demás elementos. Es decir que, aunque la existencia de una "inversión" en términos económicos sea indiscutible, el incumplimiento de los requisitos legales lleva a la conclusión de que no hay "inversión" de conformidad con el tratado.

193. Como señaló el tribunal en el caso *Salini c. Marruecos*:

Al centrarse en "las categorías de activos invertidos... de conformidad con las leyes y normativas de la parte antes mencionada", *esta disposición se refiere a la validez de la inversión y no a su definición*. Más concretamente, trata de impedir que el Tratado Bilateral proteja las inversiones que no debieran protegerse, en particular porque serían ilegales.³⁰⁵

194. De acuerdo con el texto del DR-CAFTA y la jurisprudencia, puede concluirse que el DR-CAFTA no puede proteger las inversiones hechas en forma ilegal. Por lo tanto, el incumplimiento de una cláusula de "conformidad" especificada en el artículo 10.28 (g), la nota al pie 10 y el artículo 10.14 (1) del DR-CAFTA habrá de privar a un tribunal de su jurisdicción sobre las demandas.

5) El requisito de legalidad también está implícito en el concepto de inversión

195. El requisito de que sólo las inversiones hechas de conformidad con la ley estén protegidas por un tratado de inversión puede ser explícito en un tratado de inversión, como en la definición de "inversión", o basado en los principios generales del derecho, puede leerse como una obligación implícita, cada una de las cuales conlleva una consecuencia diferente.

196. Los Tribunales del CIADI han considerado que el requisito de que una inversión se realice "de conformidad con la legislación del Estado anfitrión" está implícito en la noción de una inversión en virtud del artículo 25 del Convenio del CIADI.³⁰⁶ En *Fraport c. Filipinas*, el tribunal señaló que:

"[...] incluso en ausencia del tipo de requisito de legalidad explícita que existe aquí, sería igualmente apropiado considerar la legalidad de la inversión. Como han reconocido otros tribunales, hay un principio internacional cada vez más arraigado que priva a las inversiones ilegales de los recursos jurídicos internacionales, al menos cuando tal ilegalidad alcanza a la esencia de la inversión."³⁰⁷

³⁰⁴ DR-CAFTA, Art. 10.14(1) (CL-0001) (Nada de lo dispuesto en el Artículo 10.3 se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga una medida que prescriba formalidades especiales en relación con las inversiones cubiertas, tales como el requisito de que los inversores sean residentes de la Parte o *que las inversiones cubiertas se constituyan legalmente conforme a las leyes o normativas de la Parte*, siempre que dichas formalidades no menoscaben sustancialmente las protecciones otorgadas por una Parte a los inversores de otra Parte y a las inversiones cubiertas de conformidad con este Capítulo).

³⁰⁵ *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción (16 de julio de 2001) ¶ 46 (RL-0036).

³⁰⁶ *Phoenix c. la República Checa*, Laudo ¶ 114 (RL-0135); *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. la República de Ghana*, CIADI, Caso No. ARB/07/24, Laudo arbitral, ¶ 123 (RL-0139); *SAUR c. la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Laudo, 22 mayo 2014, ¶ 308 (RL-0149).

³⁰⁷ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo

197. Algunos tribunales han concluido que el requisito de que las inversiones se hagan de conformidad con la legislación del Estado anfitrión "es un requisito implícito, inherente a todo TBI", y que es inconcebible que un Estado ofrezca protección cuando el inversor, para lograr esa protección, realizó una actividad ilegal.³⁰⁸ Así, en el caso *South American Silver Limited c. Bolivia*, el tribunal señaló que, si bien el tratado no contiene una cláusula de conformidad con la ley, hay un principio internacional cada vez más arraigado que priva a las inversiones ilegales de los recursos jurídicos internacionales, al menos cuando tal ilegalidad alcanza a la esencia de la inversión.³⁰⁹

198. El tribunal de *Mamidoil Jetoil* también compartió la opinión generalizada de que las inversiones están protegidas por el derecho internacional solo cuando se hacen de conformidad con la legislación del Estado anfitrión. Según el tribunal, los Estados aceptan el arbitraje y aceptan renunciar a parte de su inmunidad de jurisdicción para alentar y proteger las inversiones en las convenciones internacionales; al hacerlo, no puede esperarse que hayan aceptado ampliar ese mecanismo a las inversiones que violan sus leyes.³¹⁰

199. En resumen, aun cuando el tratado aplicable no exija expresamente que la inversión se inicie y se obtenga de conformidad con la legislación local del Estado anfitrión, dicho requisito puede ser impuesto por el tribunal como cuestión de interpretación de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el TBI³¹¹, o, posiblemente, como motivo de inadmisibilidad.³¹²

6) La inversión, realizada en violación de las leyes guatemaltecas, nunca tuvo la condición de inversión protegida en virtud de la Ley de Inversión Extranjera

200. Según el artículo 20 de la Ley de Minería de Guatemala, las personas interesadas en obtener una explotación minera deben presentar un estudio de impacto ambiental a la entidad correspondiente, en este caso al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales ("MARN"). El artículo 31³¹³ de la Ley de Minería obliga al solicitante de la licencia a presentar al MEM la copia del estudio aprobado por el MARN, antes de iniciar los trabajos de explotación.³¹⁴

(2014), ¶ 332 (RL-0150). Véase también *Achmea B.V. c. la República de Eslovaquia*, Caso CNUDMI, CPA No. 2008-13, Laudo (2012), ¶ 177 (en el que se señala que "los tribunales han considerado si a una inversión que satisface los requisitos jurisdiccionales *ratione materiae* de un TBI puede aún negársele protección en virtud de dicho TBI porque, por ejemplo, el inversor actuó de mala fe recurriendo al fraude o a la corrupción para hacer la inversión") (CL-0268).

³⁰⁸ Jean Engelmayr Kalicki, Dmitri Evseev y Mallory Silberman, Capítulo 9: Legality of Investment, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (2015). (RL-0120)

³⁰⁹ *South American Silver Limited c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso PCA No. 2013-15, Laudo (30 de agosto de 2018), ¶¶456, 469-470 (RL-0053).

³¹⁰ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015, ¶¶, 294, 359 (RL-0141).

³¹¹ *Phoenix c. la República Checa*, Laudo (No. 319), ¶¶ 101, 114 (RL-0135).

³¹² ALOYSIUS P. LLAMZON, CORRUPTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (OUP 2014) 102-22 (RL-0305). Véase también SAYED, CORRUPTION IN INTERNATIONAL TRADE AND COMMERCIAL ARBITRATION, KLUWER (2004) pp. 199, 278-88; *Metal-Tech Ltd*, Laudo (RL-0142).

³¹³ Ley de Minería de Guatemala, Decreto número 48-97, Artículo 20 (C-0186)

³¹⁴ *Id.* Artículo 9 (C-0186).

201. La Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente³¹⁵ exige la elaboración de un estudio de evaluación de impacto ambiental para cualquier proyecto, obra, industria o cualquier otra actividad que pueda producir un deterioro del medio ambiente o modificaciones perjudiciales para el paisaje y los recursos culturales del patrimonio nacional. El artículo establece multas tanto para los funcionarios que no exijan la evaluación de impacto ambiental, como para los particulares que no cumplan con este requisito.

202. El Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental de Guatemala³¹⁶, define el estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de la siguiente forma (Art. 17):

Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental. Es el documento técnico que permite identificar y predecir, con mayor profundidad de análisis, los efectos sobre el ambiente que ejercerá un proyecto, obra, industria o actividad que se ha considerado como de alto impacto ambiental potencial en el Listado Taxativo (categoría A o megaproyectos) o bien, como de alta significancia ambiental a partir del proceso de Evaluación Ambiental.

Es un instrumento de evaluación para la toma de decisiones y de planificación, que proporciona un análisis temático preventivo reproducible e interdisciplinario de los efectos potenciales de una acción propuesta y sus alternativas prácticas en los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica determinada. Es un instrumento cuya cobertura, profundidad y tipo de análisis depende del proyecto propuesto. Determina los potenciales riesgos e impactos ambientales en su área de influencia e identifica vías para mejorar su diseño e implementación para prevenir, minimizar, mitigar o compensar impactos ambientales adversos y potenciar sus impactos positivos.

203. El documento clasifica el Proyecto como de categoría "A", la categoría de mayor impacto ambiental potencial o riesgo ambiental.³¹⁷ De acuerdo con este reglamento, la persona jurídica que presenta el EIA para su consideración tiene responsabilidad por cualquier *actividad* relacionada con el proceso de aprobación del proyecto:

Proponente: Persona individual o jurídica, del sector privado o entidad del sector público que propone la realización de un proyecto, obra, industria o cualquier actividad, y que es responsable del mismo ante la autoridad ambiental.³¹⁸

204. Además de hacer promesas específicas en el EIA de que se iban a ajustar a estándares medioambientales de nivel internacional,³¹⁹ las autoridades de Exmingua específicamente firmaron una declaración jurada mediante la cual se comprometieron expresamente a cumplir las leyes medioambientales de Guatemala. Asimismo, los Demandantes contrataron a Grupo Sierra Madre ("GSM") - una empresa consultora supuestamente especializada en el manejo del medio ambiente y los recursos naturales - para preparar un EIA para los proyectos mineros de Progreso VII y Santa Margarita.³²⁰

³¹⁵ Artículo 8, Ley De Protección y Mejoramiento Del Medio Ambiente Decreto No. 68-86 Congreso de la República de Guatemala (C-0412)

³¹⁶ Art. 17, Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, Acuerdo Gubernativo 431-2007, Guatemala de fecha 27 de enero de 2003 (RL-0300).

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.* Art. 3.

³¹⁹ Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para Progreso VII Derivada, pp. 22, 351 (C-0082)

³²⁰ Es de notar que la autorización para actuar como consultora de la empresa Grupo Sierra Madre pareciera haber estado

205. El 31 de mayo de 2010, Exmingua presentó al MARN su EIA³²¹ para Progreso VII.³²² Los Demandantes alegaron que prepararon y presentaron el EIA en estricto cumplimiento de la "Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente" y del "Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental".³²³ El 23 de mayo de 2011, el MARN emitió una notificación de aprobación del EIA para Progreso VII.

206. Sin embargo, los problemas con el EIA son manifiestos. Especialistas internacionales, que revisaron el estudio de Evaluación de Impacto Ambiental de los Demandantes, concluyeron en forma unánime que todas las licencias otorgadas a Exmingua debían ser suspendidas, debido a que el EIA carecía de estudios fundamentales de aguas subterráneas y superficiales, y tergiversaba los efectos ambientales negativos de los proyectos.³²⁴ Los expertos mineros consultados por Guatemala como expertos independientes para este caso concuerdan con las conclusiones de específicamente concluyen respecto al EIA³²⁵:

207. Las carencias del EIA son tan numerosas que nos es imposible replicarlas aquí dado que cubren varias páginas del informe de los expertos mineros. En grandes títulos que luego se abren en miríadas de incumplimientos, SLR concluye que el EIA carece de información, sea en forma total o en forma relevante respecto a (1) desarrollo de compromiso con las comunidades afectadas (*stakeholder engagement*), (2) información de base en material medioambiental y social en el área del proyecto en un modo que pueda prever los efectos del proyecto, (3) predicción de todos los potenciales efectos de la actividad minera, (4) planes de mitigación y monitoreo.³²⁶ Claramente, la auditoría conducida por el MARN demuestra que Exmingua estaba seria y sustancialmente fuera de cumplimiento con las aprobaciones y condiciones del EIA y del Plan de Gestión Ambiental (EMP). Esta falta de cumplimiento aplica aún a las modificaciones que fueron realizadas al EIA descritas en el párrafo 89(f) del Informe SLR.³²⁷

7) La mina carecía de un permiso municipal de construcción válido

208. Los Demandantes nunca obtuvieron la licencia de construcción necesaria de la municipalidad de San Pedro Ayampuc y realizaron trabajos de minería de manera ilegal. Existe una obligación positiva en el sistema

vencida durante períodos significativos en la tramitación del EIA. *Veáse* Licencia Ambiental de Registro de Empresa Consultora Nro. 011 del 16 de marzo de 2010 (**R-0038**).

³²¹ Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para VII Derivada (**C-0082**).

³²² Memorial de Demanda, ¶ 33.

³²³ Evaluación del impacto ambiental para Progreso VII Derivada de fecha 31 de mayo de 2010, p. 19 (**C-0082**).

³²⁴ Comunicado de prensa, Publicación de reporte condenatorio sobre mina en San José del Golfo, Comisión Guatemalteca de Derechos Humanos (22 de febrero de 2013) (**R-0111**); Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *La licencia de la mina El Tambor debería ser suspendida* (15 de febrero de 2013) (**R-0050**); Informe Moran, (22 de mayo de 2014) (**RL-0051**); Comunicado de prensa, Comisión guatemalteca de derechos humanos, *La licencia de la mina El Tambor debería ser suspendida* (15 de febrero de 2013) (**R-0050**).

³²⁵ Informe SLR ¶ 161 (“Estamos de acuerdo con Moran respecto a que el EIA no habría sido aceptado en jurisdicciones “desarrolladas” ya que ignora elementos claves de un EIA adecuado (tal y como fue detallado en las secciones 7.2.1 y 7.2.2) incluyendo falta de consultas con comunidades, particularmente comunidades indígenas”)

³²⁶ Informe SLR, secciones 7.3.1 a 7.3.5.

³²⁷ Informe SLR ¶ 132.

legal de Guatemala de obtener un permiso de construcción municipal, independientemente de la autorización para explotar otorgada por el MEM.³²⁸

209. El Código Municipal de Guatemala, que regula las cuestiones relativas a la formulación y ejecución de la planificación del uso de la tierra, exige que los usuarios de la tierra obtengan la autorización municipal para las obras de construcción.³²⁹ El 22 de octubre de 2014, los alcaldes auxiliares de dos de las comunidades afectadas, El Carrizal y El Guapinol, interpusieron una demanda ante el tribunal argumentando que Exmingua no tenía licencia de construcción.³³⁰

210. El reclamo fue analizado por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, Constituido en Tribunal de Amparo. En respuesta a los argumentos de los demandantes Exmingua presentó una copia del acta de la Secretaría Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc No. 45-2011, de fecha 15 de noviembre de 2011³³¹ y la confirmación del pago de la tasa de licencia³³² como aporte por la licencia de construcción a la Municipalidad de San Pedro Ayampuc.

211. Los Demandantes declararon en sus argumentos frente a los Tribunales de Guatemala que la licencia de construcción se obtuvo el 15 de noviembre de 2011³³³ y la construcción de la instalación de procesamiento comenzó a mediados de enero de 2012. Sin embargo, en marzo de 2012, el Alcalde Municipal de San Pedro Ayampuc, declaró que los protocolos de las reuniones del Consejo Municipal del 4 de noviembre de 2011 al 15 de enero de 2016 no incluyen un acuerdo sobre la aprobación de la infraestructura de operaciones mineras en sus comunidades.³³⁴

212. Además, el tribunal solicitó a la municipalidad que presentara una copia del acta de la Secretaría Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc N° 45-2011 para compararla con el acta proporcionada

³²⁸ Véase Informe Richter, ¶50; citando sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en los casos 915-2015, 3898-2012, 1477-2013, 5520-2014, 1110-2018, 2112-2015 y 6095-2014. En el caso 1550-2015 la Corte de Constitucionalidad sostuvo que: “*es pertinente indicar que conforme al artículo 253 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los municipios son entidades autónomas, y entre sus funciones, les corresponde atender.*”

³²⁹ Art. 142 del Código Municipal de Guatemala (**RL-0301**). Formulación y ejecución de planes. La municipalidad está obligada a formular y ejecutar planes de ordenamiento territorial y de desarrollo integral de su municipio en los términos establecidos por las leyes. Las lotificaciones, parcelamientos, urbanizaciones y cualquier otra forma de desarrollo urbano o rural que pretendan realizar o realicen el Estado o sus entidades o instituciones autónomas y descentralizadas, así como las personas individuales o jurídicas que sean calificadas para ello, deberán contar con la aprobación y autorización de la municipalidad en cuya circunscripción se localice.

³³⁰ Véase Escrito de interposición de Acción de Amparo en contra del Concejo Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, por el Alcalde de la Aldea Guapinol y Alcalde Segundo de la aldea El Carrizal, ambas del municipio San Pedro Ayampuc, de fecha 21 de octubre de 2011 (**R-0113**). Comunicado de prensa, Comisión Guatemalteca de los Derechos Humanos, *Victoria para La Puya: La Corte de Guatemala ordena la suspensión de las operaciones de construcción en la mina El Tambor*, 17 de julio de 2015 (**R-0114**).

³³¹ Acta de la reunión del Consejo Municipal de San Pedro Ayampuc de fecha 15 de noviembre de 2011 (**C-0092**)

³³² Pagos del permiso de construcción de fecha 21 de diciembre de 2011 (**C-0093**).

³³³ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Exp. 01050-2014-00871, p. 27 (**R-0065**)

³³⁴ Constancia extendida por el Alcalde de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, del 23 de marzo de 2012 (**R-0115**)

por Exmingua con el mismo número. Sin embargo, las copias del acta presentadas por la Municipalidad y por Exmingua no coincidían³³⁵. Al analizar los hechos y documentos presentados al tribunal por los abogados de Exmingua y la Municipalidad se determinó que Exmingua nunca obtuvo una licencia de construcción, el tribunal ordenó que se suspendiera la construcción de la mina y que se consultara a los residentes³³⁶.

213. Más recientemente, y a los fines de este Arbitraje, se solicitó oficialmente a la Municipalidad de San Pedro Ayampuc que facilitara el expediente mediante el cual supuestamente se había obtenido la licencia de construcción, respondiendo la Municipalidad en los siguientes términos:

En respuesta al oficio de fecha diecinueve de noviembre del año dos mil veinte, de la Unidad de Información Pública, identificado como UIP Oficio Número 116-2020, y con base al requerimiento REF. UAI/JGAL/LENR/mrmp/srs/mjfg/899-2020, firmado por el Licenciado Mario René Mérida Pichardo, Profesional Jurídico de Asuntos Internacionales, Procuraduría General de la Nación, le remito la siguiente información: **Dentro de los archivos de la Secretaría Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, departamento de Guatemala, no aparece expediente del otorgamiento de Licencia de Construcción a Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima.**³³⁷

214. Por ello, Exmingua no solo carece de licencia de construcción como lo requiere el ordenamiento jurídico de Guatemala, y se ha encontrado operando ilegalmente desde el inicio de la inversión misma, sino que también utilizó información apócrifa en los Tribunales de Guatemala (sin perjuicio, además, de que se debe investigar la forma en que se obtuvo el supuesto permiso de construcción, lo cual podría incurrir en delitos adicionales).

8) Kappes y KCA constantemente violaron la ley guatemalteca

215. Como queda demostrado en los párrafos anteriores, los Demandantes constantemente violaron las leyes de Guatemala, o como mínimo demostraron una voluntad constante de ignorar el ordenamiento legal de Guatemala.

216. En párrafos anteriores se ha demostrado que: (1) como surge de la declaración el D. Kappes y de los informes de SRK y Versant, los Demandantes tenían la intención de explotar por encima de los límites previstos en el EIA, ocultando su verdadera intención. Esta declarada voluntad podría implicar incurrir en los delitos de falsedad ideológica de instrumentos públicos (artículo 322 del Código Penal de Guatemala) y posiblemente otros delitos previstos en el Código Penal de Guatemala; no obstante, en cualquier caso, esta conducta constituye una flagrante violación al principio de buena fe que es un principio fundamental del

³³⁵ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Exp. 01050-2014-00871, p. 27 (**R-0065**)

³³⁶ *Ibid*, pp. 27-28, 31-32. "Abierto a prueba el presente amparo, se solicitó a la autoridad denunciada, entre otros que presentara certificación del acta número cuarenta y cinco - dos mil once (45-2011), cumpliendo con ello, sin embargo, dicha acta no coincide en la fecha de celebración ni en el contenido de la copia simple presentada por Exploraciones Mineras de Guatemala...la contradicción entre las actas relacionadas es mpas que evidente y derivado de ello, la entidad minera no posee licencia de construcción"

³³⁷ Informe de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc de noviembre de 2020 (**R-0116**)

derecho internacional, pues el Estado tenía la expectativa de que Exmingua explotaría el recurso dentro de determinados límites, los cuales son compatibles con los compromisos realizados en el EIA, y con un nivel determinado de contaminación ambiental y sonora. Modificar unilateralmente ello implica, como mínimo, una violación a dicho principio de buena fe, (2) el EIA para la mina contenía vacíos y falta de información cuyo objetivo era confundir a la Autoridad reguladora y conducirla al engaño. Como Robert Robinson sostuvo oportunamente, ese EIA no hubiera sido aprobado en ningún país desarrollado, citando específicamente los ejemplos de los EEUU y Canadá, entre otros;³³⁸ (3) la mina y sus instalaciones carecían del permiso de construcción necesario que tiene que ser emitido por la municipalidad del lugar donde se ubica el emprendimiento. El Juzgado Tercero ordenó que se certificara lo conducente al Ministerio Público, de modo que este iniciara una investigación en materia penal por la posible falsificación de un instrumento público o algún delito relacionado con el permiso de construcción;³³⁹ (4) Exmingua tampoco acató la Decisión de Amparo Provisional dictada por la Corte Suprema (constituida en Tribunal de Amparo), respecto al cual Exmingua quedó notificada, a más tardar el día 1 de diciembre de 2015 cuando se apersonó en dicho proceso judicial. Asimismo, como explica el Experto Richter, la apelación de la decisión no afecta el cumplimiento de la decisión de amparo,³⁴⁰ y por lo tanto, toda explotación posterior al 1 de diciembre de 2015 constituye una explotación ilegal de recursos naturales;³⁴¹ (5) En definitiva, todo demuestra una constante voluntad de los Demandantes de violar o de ignorar la ley de Guatemala.

217. En relación con esta última cuestión es notorio que la legislación y jurisprudencia de Guatemala ha consolidado el principio de la ejecución automática de los amparos provisionales.³⁴² Por ello, la suspensión de la actividad en la mina ordenada por la Corte Suprema (constituida en Tribunal de Amparo) debía cumplirse obligatoriamente desde el día 11 de noviembre de 2015.³⁴³ Inclusive aceptando de buena fe que Exmingua no

³³⁸ Informe SLR, ¶ 159. La conclusión de que el EIA no se ajusta a los estándares de la industria y a los estándares comprometidos por la misma Exmingua en el EIA ha sido determinado por los expertos de la firma SLR.

³³⁹ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Exp. 01050-2014-00871, p. 32 (**R-0065**)

³⁴⁰ Informe Richter, ¶ 127. “su ejecución debe ser inmediata, sin que se afecte por la apelación que se hubiere interpuesto; criterio reconocido entre otros, en los autos de 27 de agosto de 2009 y 20 de julio de 2012, en los expedientes 2987-2009 y 2797-2012”.

³⁴¹ Informe de Policía Nacional Civil de Guatemala (PNC) de fecha 10 de mayo de 2016, Oficio No. 164-2016/REF/JJGD/dl. (**R-0117**). Inclusive en el negado caso que ello no fuera así, como lo indica el informe de la PNC, las autoridades del MEM específicamente determinaron que Exmingua siguió produciendo después de que se dictara la sentencia de amparo.

³⁴² Informe Richter, ¶¶ 130 y 133, citando una Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad del 25 de agosto de 2005, expediente 1785-2005: “[d]ebe recalcar que la suspensión provisional del acto, dado el carácter de medida cautelar de urgencia, su ejecución es inmediata. Esto nos lleva al resultado de que, aun cuando el auto que conceda, deniegue o revoque tal medida, es susceptible de ser combatido por medio del recurso de apelación, tal apelación no tiene efecto suspensivo por lo que la medida acordada por el tribunal de primera instancia, debe ser ejecutada.”

³⁴³ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de *amparo provisional* del 11 de noviembre de 2015 (**C-0004**).

era parte de ese procedimiento, ésta quedó notificada el día 1 de diciembre de 2015.³⁴⁴ Por ello, toda la producción ilícita de Exmingua no se produce después del 10 de marzo de 2016, sino a partir del 11 de noviembre de 2015, o – a más tardar – a partir del 1 de diciembre de 2015. Los Demandantes sabían esto, o no lo podían ignorar, y pesar de todo siguieron produciendo y sacando ilegalmente el oro que iban produciendo.³⁴⁵

218. Asimismo, tampoco podían ignorar que la municipalidad tiene competencia para autorizar el emplazamiento de construcciones dentro de su jurisdicción. Cuando las Autoridades de San Pedro Ayampuc quieren notificar la solicitud de suspensión que se deriva de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil de Guatemala, en fecha 13 de julio de 2015 en el expediente 1050-2014-871 son respondidos que la construcción ya había terminado, y que por lo tanto la medida carecía de propósito³⁴⁶. El mismo argumento lo realizaron en sede judicial,³⁴⁷ en una abierta confrontación y desdén por las decisiones del poder judicial de Guatemala.

219. La actitud de ignorancia malintencionada y violación del derecho de Guatemala y de las órdenes y decisiones del poder judicial ha sido una constante del actuar de los Demandantes en Guatemala.

B. Reserva de Derechos

220. Nada de lo aquí expuesto tiene por objeto renunciar a ningún derecho u objeción, y la República se reserva expresamente todos y cada uno de los derechos de plantear objeciones en defensa de las demandas en cualquier fase futura de este Arbitraje, incluidas, entre otras, las objeciones a la jurisdicción del Tribunal o la admisibilidad de las demandas, a las ilegalidades relacionadas con la constitución y explotación de la inversión.

C. El Tribunal No Tiene Jurisdicción para Entender en la Demanda de Protección y Seguridad plena de los Demandantes ya que ha prescrito, conforme al Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA

1) Inadmisibilidad del Nuevo Reclamo de Protección y Seguridad

221. La demanda de protección y seguridad plena de los Demandantes cambia con cada presentación. Durante la etapa preliminar de objeciones del proceso, **los Demandantes insistieron en que su reclamo de protección y seguridad plena se limita a los bloqueos y protestas en la zona de Santa Margarita.** Refiriéndose a su presentación durante la audiencia, el Tribunal resumió el reclamo de protección y seguridad

³⁴⁴ Véase Escrito de Exmingua apersonándose en el expediente 1592-2014, del 1 de diciembre de 2015 (C-0469).

³⁴⁵ Véase Informe SDCM-INF-EXT-012-2016 dictado por el Departamento de Control Minero de la Dirección General de Minería del Ministerio de energía y Minas de Guatemala, en fecha 31 de marzo de 2016 (R-0118) (el cual se dejó constancia de la continuación de las operaciones mineras de Exmingua en desacato de la decisión dictada por la Corte de Constitucionalidad en fecha 11 de noviembre de 2015. Véase también denuncia presentada por el Ministerio de Energía y Minas contra Exmingua (C-0503).

³⁴⁶ Sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, en fecha 13 de julio de 2015, Expediente 1050-2014-871 (R-0065). Véase también Despacho de Verificación de Cumplimiento de Medidas Cautelares realizado por el Juzgado de Paz de San Pedro Ayampuc, en fecha 10 de agosto de 2015, p. 2. (R-0119)

³⁴⁷ Véase Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 06 de febrero de 2017, expediente 3580-2015, p. 11 (R-0120)

plena de los Demandantes de la siguiente forma:

Los demandantes, por tanto, insisten, que no perseguirán ningún reclamo por eventos que preceden al 2016 con respecto al proyecto Progreso VII. **Ellos también insisten con relación a eventos que sucedieron después, que no reclaman daños separados como consecuencia de protestas y bloqueos posteriores en el sitio de Progreso VII, ya que la licencia de Exmingua estaba suspendida en cualquier caso.**³⁴⁸

222. El Memorial cuenta una historia diferente. A pesar de su declaración previa, los Demandantes han presentado ahora una demanda de protección y seguridad plena con respecto a las supuestas protestas y el bloqueo en Progreso VII en 2016.³⁴⁹ Como se analiza más adelante, ambas demandas están prescriptas según el Artículo 10.18.1 ya que los Demandantes sabían de la supuesta violación y pérdida antes de la fecha crítica del 9 de noviembre de 2015. Además, esta conducta es improcedente y este reclamo es inadmisibles, por no haberse presentado en la oportunidad correspondiente.

223. En relación con esta cuestión, los Demandantes abusan de la Decisión del Tribunal en relación con las medidas provisionales. Mientras que anteriormente para defender su caso manifestaron que **no reclaman daños separados como consecuencia de protestas y bloqueos posteriores en el sitio de Progreso VII, ya que la licencia de Exmingua estaba suspendida, en cualquier caso,**³⁵⁰ ahora inventan un argumento según el cual, de no haber sido por las protestas posteriores a la fecha crítica, ellas podrían haber utilizado el laboratorio de la mina para servir a otros proyectos mineros. Esto es inaceptable porque este argumento nunca se hizo anteriormente. Mediante esta conducta los Demandantes engañan a Guatemala y al Tribunal porque van cambiando constantemente su relato para acomodar el mismo a las necesidades de su caso.

224. Debe también tenerse en cuenta que esta argumentación respecto al posible uso del laboratorio para servir otros proyectos mineros se da de bruce con barreras creadas por la realidad misma. Exmingua es una empresa minera, no una empresa de análisis clínicos. El objeto social de Exmingua no permite que actúe como laboratorio y para poder actuar de esta manera hubiera requerido una licencia específica por parte del Estado, licencia que tampoco nunca gestionó. Asimismo, los informes de la Policía Nacional Civil demuestran que el ingreso a la mina en ningún momento estuvo restringido y que existió en todo momento un destacamento policial ubicado en la entrada misma de la mina.³⁵¹

³⁴⁸ Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 213, 223 (Énfasis agregado).

³⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 261 y 263.

³⁵⁰ Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 213 (Énfasis agregado).

³⁵¹ Véase Informe Circunstanciado de la División de Operaciones Conjuntas de la PNC, presentando en el Expediente 1904-2016 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (R-0052); Véase también Informe Circunstanciado de la Sección de Operaciones de la PNC, donde se denotan las actuaciones de la PNC desde el 2016 hasta la fecha (R-0053); Oficio No. 196-2015/REF/UHGH/dl del Jefe de la Sub Estación 12-52 de San José del Golfo, de fecha 24 de mayo de 2015, donde se denotan las actuaciones de la PNC durante 2015 (R-0054); Informe Sobre las Acciones Específicas Realizadas por la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala en el caso de Exmingua y La Puya, de fecha 10 de junio de 2019 (R-0055); "Conflicto La Puya, Proyecto Minera, San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Guatemala contra el funcionamiento de una empresa extractiva de metales", emanado de la PDH en fecha 01 de diciembre de 2020

225. No obstante, e inclusive en el caso negado de que no se hubiera permitido el acceso a la mina, debe también tenerse en cuenta que las actividades en la mina no sólo estaban suspendidas por la falta de consultas con las comunidades indígenas, sino también por la falta del permiso de construcción que tiene que otorgar el ente municipal del lugar, con lo cual, inclusive en el caso negado que hubieran tenido una licencia para operar como un laboratorio de análisis, no hubieran podido hacerlo por su falta de permiso para construir no sólo la mina, sino también las facilidades donde el supuesto laboratorio hubiera funcionado.³⁵²

2) El Artículo 10.18.1 Proscribe las Demandas en virtud del CAFTA Presentadas Tres Años Después de que el Demandante "Tuvo Conocimiento por Primera Vez" de la Violación y la Pérdida

226. De manera similar al artículo 1116(2) del TLCAN, el artículo 10.18.1 limita el tiempo dentro del cual un demandante puede interponer una demanda en el marco del CAFTA:

Ninguna demanda podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante **tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (para las demandas interpuestas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o la empresa (para las demandas interpuestas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.**³⁵³

227. El consentimiento al arbitraje de un estado bajo el CAFTA DR está “expresamente condicionado” a la adhesión estricta del demandante de un período de prescripción según lo previsto en el Artículo 10.18.1.³⁵⁴ Provee “rígidos y claros” requerimientos los cuales “no están sujetos a ninguna suspensión, prolongación, o cualquier otra calificación.”³⁵⁵ De esa forma, el demandante debe presentar su reclamo de inversión dentro de los tres años siguientes a la fecha en que “tuvo por primera vez o debió haber tenido por primera vez”: i) conocimiento de la medida que dio lugar a la supuesta violación; y ii) conocimiento de que ha sufrido pérdidas o daños como consecuencia de la violación. Un reclamo que no se presente en el plazo de tres años quedará fuera de la jurisdicción del tribunal.

228. El artículo 10.18.1 incluye tanto el conocimiento efectivo “lo que el Demandante efectivamente sabía en un momento dado”³⁵⁶ como el conocimiento implícito “lo que el Demandante debería haber sabido en un

(**R-0056**). Véase también Informe Circunstanciado de la policía Nacional Civil, del conflicto La Puya entre los años 2012 a 2016, fechado 10 de mayo de 2016 (**R-0206**)

³⁵² Sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala en fecha 13 de julio de 2015 (**R-0065**). Véase también sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en fecha 06 de febrero de 2017, Exp. 3580-2015 (**R-0120**).

³⁵³ DR-CAFTA, Art. 10.19.1 (**C-0001**) (Énfasis agregado).

³⁵⁴ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo (31 de mayo de 2016), ¶ 188, 191 (*Corona c. República Dominicana*) (**RL-0002**).

³⁵⁵ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. United States of America*, Caso TLCAN/CNUDMI, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 29 (**RL-0039**). See also *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Caso TLCAN /CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 63 (**CL-0093**).

³⁵⁶ *Corona c. República Dominicana*, ¶ 217 (**RL-0002**)

momento dado"³⁵⁷. Este último se refiere a lo que un inversor "prudente" podría haber sabido "mediante el ejercicio de la atención o diligencia razonable".³⁵⁸ El período de prescripción empieza a contar desde la fecha en que el demandante tiene su "primera apreciación de su pérdida o daño"³⁵⁹. Un demandante que elige esperar obtener la totalidad de su daño lo hace con el riesgo de que su reclamo prescriba de conformidad con el Artículo 10.18.1. Como se señaló en Berkowitz:

...el requisito del artículo 10.18.1, entre otras cosas, de señalar la fecha en que el demandante tuvo por primera vez un conocimiento efectivo o implícito de la pérdida o el daño sufrido como consecuencia de la violación implica que tal conocimiento es provocado por la primera apreciación de que habrá de sufrirse (o se ha sufrido) una pérdida o un daño. No requiere ni permite que el demandante espere a ver el alcance total de la pérdida o el daño que se produzca o pueda producirse. Es la primera apreciación de la pérdida o el daño como consecuencia de una violación lo que pone en marcha el reloj de la prescripción.³⁶⁰

229. El término "primera vez" significa "lo antes en el tiempo o precediendo a cualquier otro tiempo"³⁶¹ se refiere a la fecha inicial en la cual un inversionista supo de la violación y la pérdida resultante. Como lo señalaron los Estados Unidos y respaldaron varios estados, "dicho conocimiento no puede adquirirse por primera vez en múltiples fechas, ni tampoco puede adquirirse por primera vez de manera recurrente".³⁶² Una violación resultante de una conducta continuada no cambia este principio³⁶³. Los Estados Unidos y otros miembros del CAFTA han conformado lo siguiente:

230. Una interpretación contraria podría quitarle el sentido a los términos "adquiridos primero". Esto frustraría el "propósito esencial" del artículo 10.18.1, es decir, "para limitar la proliferación de reclamos históricos, con todos los desafíos e incertidumbres legales y políticos concomitantes que traen aparejados"³⁶⁴ Tal aproximación también podría generar consecuencias no deseadas. Si una conducta continuada permitiera restablecer el período de prescripción, "fomentaría, asimismo, intentos de analizar de forma indefinida un reclamo respecto de sub-componentes de violaciones cada vez más pequeños en el transcurso del tiempo con el propósito de quedar incluidos dentro del plazo de prescripción."³⁶⁵

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al.* ¶ 59. (RL-0039).

³⁵⁹ *Mondev International Ltd. c. USA*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 87 (RL-0018) ("Un demandante sabe si ha sufrido pérdidas o daño aún si la cantidad de la pérdida o del daño no está claro"); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. EE. UU.*, Caso CNUDMI, Decisión sobre objeciones y jurisdicción (20 de julio de 2006) ¶ 77 (RL-0039).

³⁶⁰ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente Spence International Investments y otros) c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo provisional (corregido) (30 de mayo de 2017), ¶ 213 (Berkowitz c. Costa Rica) (RL-0038).

³⁶¹ BLACK'S LAW DICTIONARY P (1968) (R-0101).

³⁶² *Merrill y Ring Forestry L.P. v. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT / 07/1, Comunicación de los Estados Unidos hecha de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN, 14 de julio de 2008, ¶ 5. (RL-0158). *See also Merrill y Ring Forestry L.P. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT / 07/1, Memorial de Contestación de Canadá, 31 de mayo de 2008, ¶ 150 (RL-0159).

³⁶³ *Berkowitz c. Costa Rica*, ¶ 208 ("si bien puede ser que una conducta continua constituya una violación continua, el Tribunal considera que dicha conducta no puede sin más renovar el plazo de prescripción") (RL-0038).

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ *Id.*

231. De esa forma, distintos tribunales han hecho cumplir de forma estricta los períodos de prescripción aún si el reclamo resulta de una conducta u omisión continuada. *Ansung c. China* es informativo al respecto. El caso de *Ansung* desarrolló reclamos que resultaron de inacciones alegadas de la demandada con relación a la inversión del demandante en la construcción de un club campestre de golf y condominios de lujo. En este caso, la demandante argumentó que pudo identificar sus pérdidas o daños luego de que hubiera vendido su negocio en diciembre de 2011, una vez su plan de inversión “había sido frustrado por completo, debido principalmente a la continua inacción del gobierno en proveer tierra adicional para la segunda fase del proyecto”.³⁶⁶

232. El tribunal desestimó el reclamo de conformidad con el artículo 9(5) del TBI el cual prohíbe la presentación de reclamos tres años después de que un inversionista haya adquirido conocimiento del daño. Concluyó que el demandante había “declarado varios... hechos indicando conocimiento del daño hecho” antes de la fecha crítica. Entre otros, el demandado “no llevó a cabo medidas para ordenar la operación ilegal de [un competidor] campo de golf;”³⁶⁷ “ignoradas” “solicitudes de protección de la policía” de la demandante, cuando la puerta principal del campo de golf fue bloqueada y sus empleados fueron agredidos,³⁶⁸ y obligó al demandante pagar a un precio mayor la tierra que originalmente habían acordado.³⁶⁹ Aún y cuando el tribunal reconoció que un demandante puede escoger reclamar daños del período más reciente de la violación, concluyó que la “inacción continuada” de ningún demandado después de la fecha crítica ni la liquidación final de los daños de la demandante hace comenzar de nuevo el período de prescripción.³⁷⁰

233. De forma similar, un inversionista no puede evadir el período de prescripción con base en la transgresión más reciente en una serie de acciones relacionadas o similares del estado receptor.³⁷¹ El tribunal en *Corona c. República Dominicana* desestimó dicho intento. En este caso, el demandante argumentó que el rechazo de su solicitud de una licencia ambiental por parte del Ministro de Ambiente así como del fallo del Ministro en responder a la solicitud de reconsideración del demandante constituye una violación separada del artículo 10.5.³⁷² El tribunal no fue convencido. Este consideró que la falta de respuesta era “una confirmación

³⁶⁶ *Ansung Housing Co., Ltd. contra la República Popular de China*, Caso CIADI No. ARB / 14/25, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶¶ 93-94, 109 (RL-0103).

³⁶⁷ *Id.* ¶ 46, 107(d) (RL-0103).

³⁶⁸ *Id.* ¶ 50, 107(b) (RL-0103).

³⁶⁹ *Id.* ¶ 44, 107(d) (RL-0103).

³⁷⁰ *Id.* ¶¶ 109-110 (RL-0103).

³⁷¹ Véase *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al.* ¶ 81. (Interpreta los reclamos respecto a períodos de prescripción en el lenguaje de NAFTA, capítulo 11 que es idéntico al Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA) (RL-0039); *Aven v. Costa Rica*, Escrito de Estados Unidos, ¶215 (“Cuando una “serie de acciones similares y relacionadas por un estado demandado” está en disputa, un inversionista no puede evadir sus períodos de prescripción basando su reclamo en “la transgresión más reciente en dicha serie de eventos” El permitir ello al inversionista implicaría, como el Tribunal en *Grand River* reconoció, “convertir en las provisiones de prescripción inefectivas”).

³⁷² *Corona c. República Dominicana*, ¶¶ 201-204, 209 (RL-0002).

implícita de su decisión previa” y por tanto, no “podía considerarse como una acción separada”³⁷³. El tribunal concordó con el demandado en ambas alegaciones:

"[T]odas las presuntas violaciones se relacionan con la misma teoría de responsabilidad que se funda en el concepto de que la "RD se negó a permitirle a Corona Materials continuar con su proyecto minero por razones que no son legítimas y que no están relacionadas con los méritos de ese proyecto", y que [d]ebido a la denegación de la Licencia Ambiental por parte del Demandado, el Demandante no puede disfrutar de ningún beneficio significativo de la Concesión de Explotación de Joama". "Incluso la reclamación relativa a la ausencia de una respuesta a la solicitud de reconsideración de la Demandante se basa en esa teoría de responsabilidad."³⁷⁴

234. El reclamo no fue considerado por otras razones. El tribunal subrayó que “aun asumiendo que el silencio de la administración de RD en respuesta a la solicitud de reconsideración implicara” una violación separada, el demandante no podría “evadir el período de prescripción basando su reclamo en la transgresión más reciente [...]” de “series de acciones similares y relacionadas por un estado demandado”.³⁷⁵ Este principio ha sido repetido por estados miembros del CAFTA, incluyendo a los Estados Unidos.³⁷⁶

235. Así tampoco, un efecto continuado de una medida preestablece el plazo de prescripción. En *Mondev*, el tribunal señaló que "existe una distinción entre un acto de carácter continuado y un acto, ya finalizado, que sigue causando pérdidas o daños".³⁷⁷ El artículo 10.18.1 prohíbe este último acto. Lo anterior es consistente con los Artículos Sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (“Artículos IDC”). Según el Artículo 14(1), “[l]a violación de una obligación internacional por un hecho de un Estado que no tenga carácter continuo se produce en el momento en que se realiza el hecho, aunque sus efectos continúen".³⁷⁸ Por tanto, una medida tomada tres años antes de que un demandado presente su reclamo será desestimado aún y cuando el acto tenga un efecto continuado.

3) Los reclamos respecto a Progreso VII y Santa Margarita han prescrito

236. Los reclamos de seguridad plena y protección respecto a Progreso VII y Santa Margarita han prescrito. Los Demandantes argumentan que su reclamo de protección plena y seguridad esta “basado en nueva ola de protestas que surgieron en 2016”.³⁷⁹ Contrario a su presentación durante la etapa preliminar, los demandantes ahora alegan en su Memorial que sus reclamos involucran daños incurridos como resultado de la protesta del

³⁷³ *Corona c. República Dominicana*, ¶ 211 (RL-0002).

³⁷⁴ *Corona c. República Dominicana*, ¶ 210 (RL-0002).

³⁷⁵ *Corona c. República Dominicana*, ¶¶ 214-215. (RL-0002).

³⁷⁶ *Corona c. República Dominicana*, Presentación de los Estados Unidos, ¶5 (RL-0042); *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI Nro. ARB / 16/9 (11 de septiembre de 2017), Comunicación de los Estados Unidos de América, ¶ 10 (RL-0161)

³⁷⁷ *Mondev c. USA*, Laudo, ¶ 58. (RL-0018)

³⁷⁸ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 55th Session (2001), Article 14(1) (RL-0306)

³⁷⁹ Réplica de Demanda, ¶139.

2016 en Santa Margarita y Progreso VII.

237. Aún y cuando los Demandantes prefieren buscar daños respecto a los eventos en 2016, esto – tal y como fue anotado en *Ansung* – “no podría cambiar la fecha en la cual” los Demandantes conocieron primero la violación alegada.³⁸⁰ Al determinar la aplicación del Artículo 10.18.1, “un tribunal no puede basarse simplemente en como un demandante ha formulado su caso;” debe analizar la evidencia que basa los hechos alegados.³⁸¹ El Tribunal así concuerda. En la objeción preliminar, el Tribunal de forma correcta concluyó que “las objeciones jurisdiccionales no requieren a un tribunal asumir como ciertos todos los hechos alegados en la solicitud de arbitraje”.³⁸² Es la obligación de los Demandantes “probar los hechos necesarios para establecer la jurisdicción del Tribunal”.³⁸³

238. Los Demandantes no han demostrado esta obligación. Por el contrario, la evidencia demuestra que su reclamo está basado en inacciones previas al 2015 o efectos que emanan de dichas inacciones. Aún si los eventos pre-2015 o post.2015 dan lugar a distintos reclamos, los Demandantes no pueden evadir el período de prescripción basándose en la transgresión más reciente (eventos post-2015) en una de inacciones “similares o relacionadas” del Demandado.

a. La evidencia prueba que el reclamo respecto a Santa Margarita está basado en eventos de 2012 y por tanto han prescrito.

239. Para adquirir una licencia de explotación para Santa Margarita, el demandante se vio obligado a realizar un EIA, que incluye la realización de consultas públicas. Los Demandantes alegan que las protestas y bloqueos de 2016 les impidieron realizar la consulta pública y, como consecuencia, sufrieron la "pérdida de una oportunidad de obtener una licencia de explotación para Santa Margarita". Pero la evidencia indica que el reclamo está basado en actos o efectos que emanan de eventos en 2012.

240. En la etapa preliminar, la Demandada se opuso al reclamo de protección y seguridad plena. Afirmó que los Demandantes tenían conocimiento de la supuesta infracción y los daños antes del 9 de noviembre de 2015. El Tribunal aplazó esta cuestión a la fase de jurisdicción debido a la naturaleza "intensiva en hechos" de la objeción, pero señaló que requeriría más aclaraciones sobre la siguiente declaración hecha por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje:³⁸⁴

Exmingua y sus consultores... no pudieron completar las consultas públicas necesarias para su EIA debido a las continuas y sistemáticas protestas y bloqueos en el sitio desde 2012.³⁸⁵

241. Los Demandantes no han proporcionado ninguna aclaración. El Memorial prueba más bien que los

³⁸⁰ *Ansung Housing Co., Ltd* ¶113 (RL-0103).

³⁸¹ *Berkowitz c. Costa Rica*, Laudo, ¶226 (RL-0038)

³⁸² Decisión sobre objeción preliminar, ¶ 220.

³⁸³ *Berkowitz c. Costa Rica*, Laudo, ¶ 239 (RL-0038).

³⁸⁴ Decisión del demandado sobre las objeciones preliminares de fecha 13 de marzo de 2020, ¶ 233 (3).

³⁸⁵ Véase Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 224.

Demandantes pretenden la responsabilidad internacional por presuntas infracciones y daños que tuvieron lugar antes de la fecha crítica: el 9 de noviembre de 2015. Si bien los Demandantes alegan que los bloqueos en 2016 impidieron su esfuerzo por realizar la consulta, no hay pruebas que demuestren que dicho bloqueo haya efectivamente ocurrido. El informe de los expertos y la declaración de Kappes, en cambio, indican que el reclamo de protección y seguridad plena de los Demandantes se basa en las violaciones y daños sufridos debido a los supuestos bloqueos anteriores a 2015. Tanto el Prof. Fuentes como el Sr. Kappes describieron la imposibilidad de Exmingua de llevar a cabo la consulta pública en los siguientes términos:

Sr. Kappes: El consultor de Exmingua, GSM, completó los estudios ambientales para el EIA de Santa Margarita en 2011, pero los estudios sociales estaban pendientes, primero debido al bloqueo inicial de 2012-2014 y luego porque Exmingua se centró en poner en marcha su operación después del retraso de casi dos años, antes de continuar con las actividades de exploración, teniendo aprobado su EIA de Santa Margarita.³⁸⁶

Sr. Kappes: Finalmente, el 23 de mayo de 2014, la policía llegó y desalojó a los manifestantes del sitio del proyecto. Después de que la policía accedió al portón, levantaron una gran carpa, que permaneció allí durante varios meses. Un pequeño grupo de 10 a 20 manifestantes siguió ocupando sus estructuras, pero no hicieron ningún otro intento de bloquear la puerta.

Una vez quitado el bloqueo, Exmingua pudo finalmente continuar el desarrollo de la mina. Exmingua también esperaba que GSM pudiera realizar los estudios sociales para el EIA de Santa Margarita, lo que resultó impracticable debido a los bloqueos, ya que la mayoría de los estudios sociales necesarios para el EIA habrían supuesto la celebración de reuniones públicas en las aldeas locales de los alrededores de Santa Margarita y, dados los mensajes amenazantes de los manifestantes, habría sido imposible celebrar dichas reuniones públicas.

Prof. Fuentes: Exmingua tenía la obligación de preparar un EIA para obtener una licencia de explotación minera para la zona de Santa Margarita, que comenzó a preparar en paralelo con el EIA de Progreso VII Derivada. Sin embargo, hasta la fecha, el EIA no pudo completarse porque, como señalaron los Demandantes, se priorizó el desarrollo del área de Progreso VII Derivada y, posteriormente, fue físicamente imposible acercarse a las comunidades vecinas debido a la obstrucción ejercida por ciertos grupos, lo que impidió la realización de los estudios sociales requeridos para el EIA.³⁸⁷

242. Exmingua hizo una declaración similar al MEM:

La razón de esta presentación ante su honorable despacho es que los disturbios comunitarios comenzaron en el municipio de San Pedro Ayampuc, Departamento de Guatemala, desde el año 2012 y, en este contexto, varios grupos sociales se oponen a las actividades mineras en dicho municipio y en los municipios vecinos. Esta situación se mantiene hasta el día de hoy, lo que ha impedido que el proyecto sea presentado a la comunidad y que se realicen las actualizaciones de la línea de base que correspondan, de acuerdo con las normas y reglamentos aplicables a este tipo de estudios.³⁸⁸

243. En pocas palabras, los Demandantes sabían desde 2012 de la supuesta violación, es decir, de las protestas y bloqueos, y de la pérdida, es decir, de la supuesta imposibilidad de completar el EIA y adquirir la licencia de explotación. Pero optaron por presentar el reclamo después de la prescripción prevista en el artículo 10.18.1. Como en *Berkowitz v. Costa Rica*, el reclamo debe ser desestimado. En *Berkowitz*, el tribunal

³⁸⁶ Kappes, ¶ 141.

³⁸⁷ Informe Fuentes, ¶ 75.

³⁸⁸ Carta de Exmingua al Ministro de Ambientes y Recursos Naturales de fecha 7 de abril de 2017 (C-0015)

desestimó parte del reclamo de expropiación de los demandantes porque “Las apreciaciones que radican en el centro de cada una de las alegaciones que los Demandantes plantean datan” eventos antes de la fecha crítica.³⁸⁹

244. El reclamo estaría fuera del período de prescripción aún si la imposibilidad de los Demandantes de llevar a cabo un EIA es vista como un efecto que se sintió en 2016; cuando los Demandantes finalmente decidieron realizar los estudios sociales. Tal y como establece el Artículo 14 de los Artículos CDI y confirmado en Mondev, “la violación de una obligación internacional por el acto de un Estado que no tenga un carácter continuado ocurre al momento en que el acto se llevó a cabo, aún si los efectos continúan”. De esta forma, es considerado que los Demandantes sabían de la violación en 2012 aún si su incapacidad de llevar a cabo un EIA continuó hasta 2016.

b. El reclamo con relación a las protestas de 2016 en Progreso VII no tienen sustento en la evidencia y también han prescrito de conformidad con el Artículo 10.18.1

245. El reclamo de protección plena y seguridad de los Demandantes es un blanco escurridizo. En la etapa preliminar del procedimiento, los Demandantes de forma repetida insisten que su reclamo de protección plena y seguridad no está relacionado a la pérdida o daños incurridos resultantes de su incapacidad de acceder al sitio de Progreso VII debido a las protestas y bloqueos en 2016.³⁹⁰ Pero de forma repentina, los Demandantes ahora argumentan que la falta del Demandado en remover las protestas y bloqueos de 2016 en Progreso VII previnieron a Exmingua de utilizar sus laboratorios “para proveer servicios a otras compañías en la industria minera y otras industrias.”³⁹¹

246. A pesar de su cambiante reclamo, la evidencia indica que el incumplimiento y los daños consecuenciales no están basados en “nuevas protestas” que tuvieron lugar a comienzos de 2016 pero en protestas y bloqueos que habían tenido lugar en Progreso VII desde 2012 y siempre en relación al mismo grupo humano “La Puya”, los que nunca cesaron, en forma pacífica, de acampar en las afueras de Progreso VII . Las siguientes son protestas y bloqueos descritos por los Demandantes que habrían pasado en Progreso VII desde 2012:

2012-2014	
Inicios de marzo de 2012	A principios de marzo de 2012, me enteré de nuestro equipo en el campo que la entrada al sitio Progreso VII había sido bloqueada. En los próximos días, el equipo me actualizaría y me informaría que entre 25 y 30 manifestantes formaron un bloqueo humano que impedía que cualquier equipo nuevo ingresara en el sitio. ³⁹²
10 de abril de 2012	Los manifestantes detuvieron ilegalmente y agredieron a varios guardias de seguridad de Orión,

³⁸⁹ *Berkowitz c. Costa Rica*, ¶ 244, 245. (RL-0038).

³⁹⁰ Réplica de Demanda, ¶ 142.

³⁹¹ Memorial, ¶ 259.

³⁹² Kappes, ¶ 63-64, Memorial, ¶ 44.

	empresa de seguridad contratada por P&F, contratista de construcción de Exmingua ³⁹³
8-9 de mayo de 2012	Exmingua intentó entrar en el lugar con un convoy de veinte camiones que transportaban suministros, apoyado por 150 policías nacionales que participaron con la aprobación del Viceministro de Seguridad. ¹²⁰ Sin embargo, unos 50 manifestantes se encontraban frente a la policía y la maquinaria, negándoles el paso. La policía pasó unos 45 minutos en el lugar y se fue sin resolver la situación. Los vehículos mineros finalmente se fueron también ³⁹⁴
25 de julio de 2013	KCA emitió una carta al MEM, describiendo que la falta de la Policía Nacional de “proteger los derechos de Exmingua respecto a la propiedad de Progreso VII” como una violación de la “obligación bajo el Capítulo 10 del DR-CAFTA” de Guatemala. Adicionalmente indicó que KCSA “está incurriendo en pérdidas grandes y significativas” por la violación alegada. ³⁹⁵
23 de mayo 2014	La policía acudió y desalojó a los manifestantes del sitio del Proyecto. ¹³⁶ Después de que la policía accediera por la puerta, levantaron una gran tienda de campaña, que permaneció allí durante varios meses. Un pequeño grupo de 10 a 20 manifestantes continuó ocupando sus estructuras, pero no hicieron ningún otro intento de bloquear la puerta ³⁹⁶
2014-2015	
2014-2015	Los manifestantes a veces evitaban que los trabajadores abandonaran el lugar, y recuerdo al menos tres incidentes de este tipo entre 2014 y 2015. Durante uno de estos casos, yo estaba en el sitio y me impidieron salir a las 8:00 p.m., y tuve que permanecer en el sitio hasta alrededor de las 2:00 a.m., cuando la Policía Nacional llegó al sitio con refuerzos y nos dejó salir. Sin embargo, estos manifestantes no obstaculizaron significativamente el funcionamiento de la mina durante este período. ³⁹⁷
2014-2016	
Marzo 2014- Enero 2016	Había entre cinco y diez manifestantes presentes en la puerta del sitio minero, junto con cinco policías. Los manifestantes periódicamente bloqueaban la puerta y la policía la abría. Recuerdo haber oído que esto ocurrió unas cuatro veces durante este período de dos años. A veces, en vacaciones, aparecían hasta un par de docenas de manifestantes; en esos momentos, Exmingua se cerraba para evitar conflictos. ³⁹⁸
Comienzos 2016 o comienzos de febrero 2016	Los protestantes en la puerta se negaron a dejar entrar el equipo o el personal, y la policía se negó a intervenir. ³⁹⁹

247. El reclamo de protección y seguridad plena respecto a Progreso VII fracasa por múltiples razones. Los Demandantes deben hacer más que una simple afirmación concluyente; el Tribunal ha afirmado que “[a] diferencia de las objeciones bajo el Artículo 10.20.4, las objeciones jurisdiccionales no requieren que el

³⁹³ Kappes, ¶ 76.

³⁹⁴ Kappes, ¶ 76.

³⁹⁵ Oficio Nro. 5099 emitida por MEM a Exmingua adjuntando Resolución No. 1191 de fecha 21 de septiembre de 2017 (C-0114).

³⁹⁶ Kappes, ¶ 91

³⁹⁷ Kappes, ¶ 137

³⁹⁸ Kappes, ¶ 138.

³⁹⁹ Kappes, ¶ 138.

tribunal asuma como ciertos todos los hechos alegados por los Demandantes",⁴⁰⁰ especialmente cuando en esta oportunidad se resuelve la jurisdicción con el fondo del arbitraje, y el Tribunal no tiene que hacer ninguna determinación *prima facie*.

248. A pesar de lo dispuesto por el Tribunal, los Demandantes continúan haciendo alegaciones vacías. Los eventos previos al 9 de noviembre de 2015 no pueden dar lugar a reclamos, de conformidad con el Artículo 10.18.1. Los Demandantes concuerdan con esto, pero todavía siguen alegando los mismos hechos. Asimismo, han omitido aportar detalles sobre las protestas en el 2016 ni demuestran que dichas protestas tuvieron lugar. El reclamo no se fundamenta en las manifestaciones de cuatro a cinco personas que tuvieron lugar desde marzo de 2014 a enero de 2016. Los Demandantes no argumentan en contrario. De hecho, admiten que las protestas durante estos períodos fueron "periódicas" y resueltas a la brevedad por intermedio de asistencia policial⁴⁰¹. Su pretensión se basa más bien en las protestas a "inicios de 2016" las cuales "impidieron a los Demandantes y Exmingua acceder al sitio del proyecto."⁴⁰²

249. La descripción de los Demandantes de las protestas de inicios del 2016 es tan general, vaga e inconsistente como lo era en la objeción preliminar. Los Demandantes no explican en qué momento del 2016 tuvieron lugar las protestas, ni aportan detalle alguno sobre el número y naturaleza de las protestas. Kappes alega que las protestas tuvieron lugar en febrero de 2012,⁴⁰³ mientras el Memorial y su presentación describen las protestas relevantes como aquellas ocurridas a inicios de 2016⁴⁰⁴ y marzo de 2016⁴⁰⁵. El Tribunal ha otorgado amplias oportunidades para elaborar sobre los hechos y aclarar inconsistencias. Los Demandantes no lo han hecho. Esto sólo debería llevar al Tribunal a rechazar la pretensión. Pero ciertamente, esta no es la única deficiencia del reclamo.

250. Aparte de la alegación de los Demandantes, no hay evidencia alguna que demuestre que dichas protestas ocurrieron. La evidencia promovida por los Demandantes solo describe protestas contra Progreso VII, "frente a la sede del Ministerio de Energía y Minas"⁴⁰⁶ La Demandada indicó esto durante la etapa preliminar pero los Demandantes no pudieron dar una respuesta adecuada. Durante la audiencia, los

⁴⁰⁰ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 220.

⁴⁰¹ Véase también Transcripción Audiencia Procedimiento de Objeciones Preliminares, 127: 1-3, ("Los Demandantes aclararon que en 2014 Progreso 2-VII estaba en producción total, no a media producción, no suspendida.")

⁴⁰² Decisión sobre objeciones preliminares, ¶ 259.

⁴⁰³ Kappes, ¶ 138.

⁴⁰⁴ Memorial, ¶ 258.

⁴⁰⁵ Transcripción Audiencia Procedimiento de Objeciones Preliminares, 126:12-13.

⁴⁰⁶ Natiana Gándara, "La CIG solicita al MEM no sucumbir ante la presión" *La Prensa Libre*, (11 de marzo de 2016) (C-0007); Geovani Contreras, "Locales de la Puya continúan con protestas" *Prensa Libre* (March 13, 2016 (C-0009) ("Protestantes ante minas utilizan leña para cocinar su comida en frente del MEM"); Nelton Rivera, "El nuevo campamento en la resistencia pacífica de La Puya" *Prensa Comunitaria Km. 169* (19 de Mayo de 2019) (C-0011) ("Los vecinos de la resistencia pacífica "La Puya" colocaron un nuevo campamento en frente del MEM, las carpas fueron instaladas inmediatamente, la cocina, la alacena, un cuarto improvisado, un baño, un área de lavado, un altar Maya y un Católico fueron instalados desde el 3 de marzo de 2016").

Demandantes intentaron explicar la escasa evidencia sobre los hechos del 2016, ofreciendo argumentos poco convincentes. Al darse cuenta de la debilidad de su reclamo, argumentaron que tanto la versión en inglés y español del Anexo C-0010 que habían consignado como evidencia era incorrecto.⁴⁰⁷ El Anexo C-0010 es un reportaje de prensa que afirma lo siguiente:

Desde el 2 de marzo de 2012, los residentes de las comunidades de San José del Golfo, Guatemala, tomaron acciones en rechazo a la mina y bloquearon la entrada a la compañía mediante la instalación de tiendas en la carretera. Este movimiento ha generado varias confrontaciones con la fuerza pública, la cual ha acudido en protección de la entrada de maquinarias de la compañía licenciataria⁴⁰⁸.

251. Los Demandantes argumentaron que la fecha en la versión en inglés y en el original del artículo es errada y debería decir "2 de marzo de 2016." Sin mayor convicción, los abogados de los Demandantes afirmaron que "cree[n] que la referencia a marzo de 2012 es un error tipográfico."⁴⁰⁹ Aparte de esta especulación, los Demandantes no promovieron evidencia que lleven al Tribunal a leer el anexo original de otra forma y tampoco han aportado evidencia adicional. Asimismo, la clara referencia a la maquinaria en cuestión, nos indica que se está haciendo referencia al año 2012, cuando hubo dificultad con el ingreso de maquinaria, y no en el año 2016 cuando las actividades de la mina ya estaban suspendidas y en ningún momento se reportó cuestión alguna con el ingreso de maquinaria.

252. Inclusive si el evento de principios de 2016 diera lugar a un reclamo separado, no hay dudas de que la disputa surgió de "una serie de distintas y relacionadas" protestas y supuestas omisiones gubernamentales que tuvieron lugar en 2012. En consecuencia, aunque los Demandantes elijan presentar una reclamación contra las omisiones del 2016, no hay duda de que los Demandantes sabían del supuesto incumplimiento y el supuesto daño consecuente desde 2012. En forma similar, inclusive en el caso negado que hubieran podido utilizar el laboratorio para dar servicios a otras minas y particulares, el mismo reclamo se podría haber hecho con anterioridad a 2016, y por lo tanto también se encuentra prescrito.

253. Como fue afirmado en *Corona*, los Demandantes no pueden evadir el período de limitación basando su pretensión en la "transgresión más reciente". Las protestas y la omisión subsecuente en 2012-2014 son el mismo hecho del 2016. En otros, las protestas y bloqueos son los mismos. Todas las acciones tomadas por las comunidades de San José del Golfo fueron protestas a la mina, e inclusive el grupo humano involucrado es el mismo "La Puya".

⁴⁰⁷ Transcripción Audiencia Procedimiento de Objeciones Preliminares, pp. 131-132.

⁴⁰⁸ Jerson Ramos y Jose Rosales, "Protestantes de la Puya queman muñeco del Ministro de Energía" *Prensa Libre* (26 de marzo de 2016) (C-0010). Ver también Carta de Exmingua al MARN (7 de abril de 2017) (C-0015) ("La razón de esta presentación ante su honorable persona reside en que en el municipio de San Pedro Ayampuc, Departamento de Guatemala, a partir del año 2,012 se inició una conflictividad social de grupos que se oponen a la actividad minera en dicho municipio, y en municipios aledaños y que aún perdura, lo que ha imposibilitado que la socialización del proyecto así como la continuación en la actualización de la línea base no puedan ejecutarse como es debido de acuerdo a las normas y reglamentos que rigen este tipo de estudios.").

⁴⁰⁹ Transcripción Audiencia Procedimiento de Objeciones Preliminares, pp 131-132.

254. En ambos períodos la Demandada supuestamente no protegió a Exmingua de las protestas y bloqueos de la comunidad. En su carta al MEM del 2013, los Demandantes se quejaron de la falta de protección de la Policía Civil a Progreso VII contra las protestas y bloqueos, enfatizando que "la renuencia de actuar de ante una conducta ilegal" es un "incumplimiento de sus obligaciones bajo el capítulo diez del DR-CAFTA" en virtud del cual "KCA ha incurrido en significantes y crecientes pérdidas"⁴¹⁰. El mismo caso está siendo presentado ante el Tribunal. En consecuencia, el Tribunal debe declarar que la pretensión en relación con las protestas y bloqueos en Progreso VII esta prescrita.

D. El Tribunal carece de competencia para entender en las demandas de los Demandantes por trato nacional y NMF.

255. Conforme al Artículo 10.13 (titulado "Medidas Disconformes"), las restricciones al trato nacional y de NMF "no se aplican a ninguna medida que [Guatemala] adopte o mantenga con respecto a sectores, subsectores o actividades, como se establece en su Apéndice del Anexo II". En la versión en español se utiliza el mismo lenguaje: las restricciones "no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II".

256. En virtud del Anexo II, Guatemala se ha reservado "el derecho de adoptar o mantener *cualquier medida* que otorgue derechos o preferencias a las minorías y pueblos indígenas social o económicamente desfavorecidos". (Énfasis añadido.) Una vez más, la versión en español utiliza un lenguaje idéntico: "Guatemala se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que garantice derechos o preferencias para las Minorías y Poblaciones Indígenas, social y económicamente en Desventaja".

257. Todas las reservas del Anexo II son de carácter jurisdiccional, lo que significa que el Tribunal no está facultado para entender de cualquier reclamo que esté debidamente comprendido en su ámbito de aplicación.⁴¹¹ Esta reserva, en particular, se limita a los reclamos de trato nacional, lo que significa que excluye la jurisdicción del Tribunal sólo en la medida en que los Demandantes aleguen una diferencia de trato entre Exmingua y otros inversores nacionales.

258. En el presente caso, los reclamos de trato nacional están directamente comprendidos dentro de esta reserva. Por un lado, todas las acciones (o "tratos") reclamadas en la Sección III.3 del Memorial de Demanda se tomaron para hacer valer los derechos de las comunidades indígenas. El *Trato 1* se refiere a la suspensión de la licencia de Exmingua mientras se realizan las consultas.⁴¹² El Tribunal ordenó la suspensión para dar

⁴¹⁰ Carta de los inversionistas al Ministro de Energía y Minas, p. 3 (C-0114). Véase también Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 42, 74.

⁴¹¹ Véase *Astrida Benita Carrizosa c. Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América (1 de mayo de 2020), ¶ 17 (RL-0162) (en el que se explica cómo el Tribunal "no tiene jurisdicción para entender en" los reclamos comprendidos dentro de las reservas formuladas por las partes en el tratado).

⁴¹² Los Demandantes argumentan en la Sección III.3 que "la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sometió a

"prioridad" a los "derechos a la vida y a la integridad de los pueblos indígenas y tribales".⁴¹³ El *Trato 2* no es diferente.⁴¹⁴ El Tribunal puso condiciones a las consultas de Exmingua (como a todas las demás) para garantizar que -en palabras de los propios Demandantes- "las operaciones no amenazaran la existencia de la población indígena en las cercanías del proyecto minero".⁴¹⁵ El *Trato 3* se refiere a los tiempos de la decisión del Tribunal;⁴¹⁶ y el *Trato 4* se refiere a los tiempos de las consultas del MEM.⁴¹⁷ En ambos casos, el tiempo se dedicó a dar "preferencias a las minorías y pueblos indígenas social o económicamente desfavorecidos", de acuerdo con el texto de la reserva.

259. Además, cada una de las entidades comparadas con Exmingua –Oxec, Minera San Rafael y CGN- es considerada un inversor nacional en virtud del Tratado, lo que significa que todas las demandas califican como trato nacional. Cada entidad es una "empresa de [Guatemala]", con una "inversión" en el Estado -tal como se define en el Tratado, es decir, "licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos de conformidad con la legislación nacional".⁴¹⁸ Si bien CGN y Minera San Rafael tienen cada una un propietario extranjero, tales entidades extranjeras son irrelevantes cuando se trata de clasificar a CGN y a Minera San Rafael en sí mismas. Siguen siendo entidades guatemaltecas, debidamente constituidas conforme a las leyes de Guatemala, al igual que Oxec⁴¹⁹ y Exmingua. Si las Partes en el Tratado hubieran querido tratar a las empresas *de propiedad* extranjera como empresas extranjeras, podrían sencillamente haber utilizado un lenguaje a tal efecto, como en otros tratados.⁴²⁰

260. La legislación guatemalteca está de acuerdo. En virtud de la Ley de Inversión Extranjera, un "inversor extranjero" se define como una "persona física o jurídica *extranjera*... legalmente constituida conforme a las leyes

Exmingua a un trato desigual y desfavorable al suspender sus operaciones, mientras que le permitió a Oxec continuar operando hasta que el MEM comenzara y concluyera las consultas". Memorial, ¶325.

⁴¹³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* del 11 de junio de 2020 (C-0145), p. 63.

⁴¹⁴ Los Demandantes sostienen que la Corte de Constitucionalidad estableció una "condición adicional, onerosa, subjetiva e incierta para Exmingua" -no impuesta a Oxec, Minera San Rafael ni CGN- que "Exmingua no puede reanudar sus operaciones a menos que se determine que las operaciones no amenazarían la existencia de la población indígena". Memorial de Demanda, ¶326.

⁴¹⁵ Memorial de Demanda, ¶326.

⁴¹⁶ Los Demandantes sostienen que la Corte de Constitucionalidad prolongó el procedimiento de amparo por el doble de tiempo que para Oxec, Minera San Rafael y CGN. Memorial de Demanda, ¶ 327.

⁴¹⁷ Los Demandantes sostienen que el MEM "concluyó las consultas para Oxec [en] apenas unos meses, en tanto que se ha negado incluso a iniciar las consultas para Exmingua". Memorial, ¶ 328.

⁴¹⁸ Véase DR-CAFTA, Art. 10.28 (CL-0001) (en el que se definen los términos "inversor de una Parte" e "inversión").

⁴¹⁹ Los Demandantes admiten que Oxec es un inversor nacional. Memorial de Demanda, ¶104

⁴²⁰ Véase, por ejemplo, Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre el fomento y la protección recíprocos de las inversiones, art. VII(8) (1991) (RL-0163) ("Para los efectos de un arbitraje celebrado de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, cualquier empresa legalmente constituida conforme a las leyes y reglamentos aplicables de una Parte o de una subdivisión política de la misma pero que, inmediatamente antes de que ocurriera el hecho o hechos que originen la controversia, fuera una inversión de nacionales o empresas de la otra Parte, será tratada como nacional o empresa de tal otra Parte de conformidad con el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI").

del país en que se ha constituido".⁴²¹ De conformidad con dicha definición, un inversor extranjero no puede estar constituido conforme a las leyes de Guatemala. En este caso, Oxec, Minera San Rafael y CGN son todas empresas guatemaltecas, con inversiones (licencias para proyectos) en el Estado. Por lo tanto, son inversores guatemaltecos (nacionales) que quedan debidamente comprendidos en la reserva.

1) Otra reserva es aplicable a los supuestos reclamos por trato de NMF.

261. Guatemala también se reservó el derecho, respecto de los Estados Unidos (Estado de origen de los Demandantes), de adoptar "cualquier medida que otorgue un trato diferenciado a los países en virtud de cualquier acuerdo internacional bilateral o multilateral vigente o firmado antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo". En otras palabras, Guatemala se reservó el derecho de otorgar un trato diferente entre los inversores de los Estados Unidos y los de cualquier país que tenga un tratado preexistente con Guatemala.

262. Por su propia naturaleza, esta reserva se limita a reclamos de NMF, lo que significa que excluye la jurisdicción sólo en la medida en que los Demandantes aleguen un trato diferente entre ellos y los inversores de otros Estados. Sin embargo, Guatemala observa, como se indica más adelante, que no está en absoluto claro si los Demandantes han presentado algún reclamo por trato de NMF, a pesar del título de la Sección III.3 del Memorial. Los cuatro tratos alegados por los Demandantes nunca mencionan a los propietarios extranjeros de Minera San Rafael y CGN -Pan American Silver (Canadá) y el Grupo Soloway (Suiza), respectivamente. Los Demandantes tampoco plantean ninguna similitud entre dichas dos entidades y ellos mismos, que es lo que deben hacer para cumplir la norma de NMF. El argumento en cuanto a la segunda reserva parte del supuesto de que los Demandantes han particularizado debidamente un reclamo de NMF. Pero eso no es más que una suposición, Guatemala no admite que se haya presentado en debida forma un reclamo de NMF.

263. En cuanto a la reserva propiamente dicha, no hay nada fuera de lo común en los derechos que Guatemala se ha reservado. Los Estados Unidos y muchos otros países han formulado reservas similares a los efectos del trato de NMF.⁴²² El significado del texto ha sido confirmado por los Estados Unidos y otros países. Los Estados Unidos han expresado, en referencia a una reserva idéntica en el Acuerdo de Promoción Comercial entre los EE. UU y Colombia, que "un tribunal no tiene jurisdicción para considerar cualquier trato más favorable otorgado en virtud de acuerdos [anteriores]".⁴²³ El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico

⁴²¹ Ley de Inversión Extranjera de la República de Guatemala, Decreto No. 9-98, 3 de marzo de 1988 ("Ley de Inversión Extranjera") (RL-0134).

⁴²² Véase, por ejemplo, Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos-Colombia, Anexo II, p. II-US-8 (RL-0164) ("Los Estados Unidos se reservan el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferenciado a los países en virtud de cualquier acuerdo internacional bilateral o multilateral vigente o firmado antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo"); *Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y los Estados Unidos*, Anexo II, p. US-9 (RL-0165).

⁴²³ *Astrida Benita Carrizosa c. Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América (1 de mayo de 2020), ¶ 17 (RL-0162).

(APEC) ha brindado la misma interpretación.⁴²⁴

10. En este caso, según los Demandantes, CGN es propiedad del Grupo de Inversiones Soloway de Suiza;⁴²⁵ y Suiza y Guatemala tienen un tratado bilateral de inversiones que es anterior al CAFTA.⁴²⁶ Por lo tanto, para Guatemala cualquier reclamo de discriminación entre los Demandantes y Soloway queda incluido en esta reserva, y por lo tanto no puede ser considerado por el Tribunal.

VI. ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A ESTA DISPUTA

A. Carga de la prueba

264. Como parte que afirma una violación internacional, les corresponde a los Demandantes la carga de establecer la jurisdicción y el fondo de su reclamo⁴²⁷. El principio *onus probandi actori incumbit*, es decir, "quien afirma debe probar" ha sido universalmente aceptado.⁴²⁸ Por lo tanto, un demandante debe "probar todos los hechos necesarios para establecer la jurisdicción del tribunal arbitral"⁴²⁹. El principio también se extiende al fondo de una demanda. Como lo señaló Profesor Bin Cheng: "La responsabilidad internacional del Estado no debe presumirse. La parte que alega una violación del derecho internacional que da lugar a la responsabilidad internacional tiene la carga de probar la afirmación"⁴³⁰.

265. El demandante debe proporcionar las pruebas necesarias para establecer su reclamo. Pero la mera

⁴²⁴ APEC, *A Guide for Telecommunications Elements of Regional Trade Agreements and Free Trade Agreements* (Guía de Elementos de Telecomunicaciones de los Acuerdos Comerciales Regionales y los Acuerdos de Libre Comercio) (5 de agosto de 2010) (RL-0166) (en el que se explica que el texto se reserva "el derecho a tratar más favorablemente a los proveedores de servicios y a los inversores de un país que no sea Parte en virtud de un [Acuerdo Comercial Regional] / [Acuerdo de Libre Comercio] celebrado previamente").

⁴²⁵ Memorial de Demanda, ¶115.

⁴²⁶ Ministerio de Economía, *Acuerdos bilaterales de inversión para la promoción y protección de la inversión extranjera, Acuerdo entre Suiza y la República de Guatemala sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (9 de septiembre de 2002) (RL-0167).

⁴²⁷ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz c. Republica de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Parcial de Jurisdicción (25 de octubre de 2016), ¶ 29 (RL-0156).

⁴²⁸ *Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo (24 de enero de 2003) (RL-0168). ("Por lo tanto, en lo que respecta a la prueba de las alegaciones individuales presentadas por las partes en el curso de las actuaciones, la carga de la prueba recae en la parte que alega el hecho ..."); *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la solicitud de anulación de Argentina (1 de septiembre de 2009) (CL-0051) ("el Comité considera que el principio general en los procedimientos del CIADI, y en la jurisprudencia internacional en general, es que "quien afirma debe probar", y que para ello la parte que afirma debe obtener y presentar por sí misma las pruebas necesarias para demostrar lo que afirma. "); Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Croacia c. Serbia*), Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 3 de febrero de 2015, ¶¶ 172, 175 (RL-0169).

⁴²⁹ Frederic Gilles Sourgens, Kabir Duggal, et al., *Burden and Standard of Proof In International Investment Arbitration, Evidence In International Investment Arbitration*, p 133 (RL-0267).

⁴³⁰ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 de junio de 1990), ¶ 549 (citando a Ben Cheng, *General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals*, pp.305-306 (CL-0254); *Eli Lilly and Company c. el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo definitivo (16 de marzo de 2017), ¶ 109 ("*Eli Lilly and Co.*") ("El Tribunal aplicará el principio bien establecido de que la parte que alega una violación del derecho internacional que da lugar a responsabilidad internacional tiene la carga de probarla") (RL-0040).

presentación de pruebas no es suficiente.⁴³¹ El demandante debe también "convencer al Tribunal de su verdad, para que no se lo ignore por falta o insuficiencia de pruebas"⁴³². Una vez que se establece una violación, el demandante debe probar que sufrió daños y perjuicios como consecuencia de la violación.⁴³³

B. Los Demandantes No Han Establecido Una Violación del Trato Justo y Equitativo Según el Artículo 10.5 del DR-CAFTA

1) El Trato Justo y Equitativo Según el Artículo 10.5(1) Prescribe el Nivel Mínimo de Trato a los Extranjeros como se Establece en el Derecho Internacional Consuetudinario

266. El Artículo 10.5 del DR-CAFTA debe interpretarse bajo parámetros específicos que no existen en la mayoría de los acuerdos de inversión. En particular, el Artículo 10.5 limita la obligación de dar un trato justo y equitativo al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario:

Artículo 10.5: Nivel mínimo de trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plena" no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo; y

...

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

267. De conformidad con las normas generales de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Artículo 10.5 debe interpretarse teniendo en cuenta: "el sentido corriente que ha de darse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito".⁴³⁴

268. Leído en su conjunto, el Artículo 10.5 sugiere que la expresión "trato justo y equitativo" no debe interpretarse como una norma autónoma. Mientras que el Artículo 10.5(1) ordena a los Estados que proporcionen "un trato justo y equitativo", el Artículo 10.5(2) aclara "para mayor certeza" que esta obligación no va más allá del "nivel mínimo de trato a los extranjeros prevista en el derecho internacional consuetudinario". Por lo tanto, una parte que alegue la violación de un derecho al trato justo y equitativo debe establecer que dicho derecho está protegido en virtud del nivel mínimo de trato del derecho internacional

⁴³¹ Gilles, p. 129 (RL-0267).

⁴³² *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 de junio de 1990), ¶ 549 (CL-0254).

⁴³³ *Gold Reserve Inc. c. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo (22 de septiembre de 2014), ¶ 686 (CL-0205).

⁴³⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(1) (CL-0005).

consuetudinario.

269. Una revisión de las circunstancias presentes durante la redacción del DR-CAFTA confirma esta posición. Como se explica en el artículo 32 de la Convención de Viena, la "circunstancia" que rodea a la celebración de un tratado arroja luz sobre lo que las partes realmente pretendían al redactar las disposiciones de un acuerdo.⁴³⁵ Esto incluye "los tratados sobre la misma materia adoptados antes o después de uno en cuestión que utilicen los mismos o similares términos".⁴³⁶ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es casi idéntico al Capítulo 10 del DR-CAFTA. Un análisis histórico sugiere que esto no fue una coincidencia.

270. Queda claro que El DR-CAFTA está fuertemente influenciado por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁴³⁷ y las lecciones aprendidas por los Estados Unidos de la aplicación del tratado. Diez años después de la ratificación del TLCAN, los Estados Unidos modificaron su Modelo de Tratado Bilateral de Inversión (TBI) en 2004 para "incorporar las experiencias prácticas adquiridas en la" aplicación del TLCAN.⁴³⁸ En este TBI Modelo, los Estados Unidos aclararon el significado de ciertas disposiciones esenciales: nivel mínimo de trato, expropiación, derechos laborales y ambientales.⁴³⁹

271. El artículo 1105 (1) del TLCAN obligaba a los estados a tratar las inversiones "de acuerdo con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo ..."⁴⁴⁰ A pesar de la presentación de los Estados Partes, los tribunales no prestaron atención al argumento de que las protecciones del artículo 1105 se limitan al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.⁴⁴¹ Aún y cuando algunos tribunales han interpretado el trato justo y equitativo como "adicional a los requerimientos del derecho internacional" otros han concluido que dicho estándar incluye la obligación de proveer "un cuerpo normativo transparente y predecible."

⁴³⁵ Anthony Aust, *Modern Treaty Law And Practice*, (Cambridge University Press 2013), 3ra Ed., P.217 (RL-0170).

⁴³⁶ *Id.* p. 220.

⁴³⁷ C. O' Neal Taylor, *Of Free Trade Agreements and Models*, Indiana International & Comparative Law, Vol. 19 No. 3 (2009) pp. 591-592 (RL-0171) ("La redacción del Capítulo 11 [del TLCAN] en sí se basó estrechamente en el modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE. UU. (BIT).")

⁴³⁸ Meg Kinnear & Robin Hansen, *The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape*, 12 U. C. Davis J. INT'L & POL'y 101 (2005), p.115 (RL-0172).

⁴³⁹ David A. Gantz, *Settlement of Disputes Under The Central America–Dominican Republic–United States Free Trade Agreement*, TDM 4 (2009) p.1 "El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (DR-CAFTA) es uno de los casi una docena de acuerdos de libre comercio (TLC) posteriores al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) que los Estados Unidos han celebrado con naciones de América Latina, Oriente Medio y Asia desde el año 2000. Todos estos acuerdos más recientes se basan en el TLCAN, pero difieren en aspectos significativos, especialmente en los capítulos relativos a la resolución de controversias. Lo más significativo es que los cambios reflejan la experiencia del gobierno de los Estados Unidos en la resolución de controversias del TLCAN, en particular en lo que respecta a las demandas presentadas por inversores privados contra los Estados Unidos y otros gobiernos del TLCAN en virtud de las disposiciones de protección de las inversiones del TLCAN (Capítulo 11)". (RL-0173)

⁴⁴⁰ NAFTA, artículo 1105(1) (RL-0174).

⁴⁴¹ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDMI, Memorial de Contestación (Fase 2) (10 de octubre de 2000), ¶¶ 208-210 (RL-0175); *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDMI, Laudo de Fase 2 (10 de abril de 2001), ¶ 110 (CL-0116).

272. El trato justo y equitativo previsto en el Artículo 1105(1) del TLCAN fue objeto de gran debate. El Artículo 1105(1) del TLCAN es sustancialmente similar al Artículo 10.5 del DR-CAFTA, excepto por una diferencia principal: El Artículo 1105(1) vincula el trato justo y equitativo al "derecho internacional" y no al "derecho internacional consuetudinario". Hasta 2001, el término "derecho internacional" generó mucha controversia. Si bien algunos tribunales interpretaron que esto significaba que el Artículo 1105 sólo se refería al nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario, otros sostuvieron que incluía el trato más allá del derecho internacional consuetudinario.⁴⁴²

273. El 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio (CLC) puso fin a este debate aclarando que el término "derecho internacional" bajo Artículo 1105 se refiere al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. En 2004, los Estados Unidos incorporaron esta interpretación en el modelo TBI e introdujeron las siguientes aclaraciones. En primer lugar, el trato justo y equitativo no va "más allá de lo que se exige" en virtud del "nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario".⁴⁴³ En segundo lugar, el derecho internacional consuetudinario "resulta de una práctica general y coherente de los Estados que se desprende de un sentido de obligación jurídica". En tercer lugar, el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar la justicia.

274. No obstante, los Estados Unidos limitaron la denegación de justicia a las violaciones del derecho al debido proceso. Según el artículo 5 del Modelo de TBI, el trato justo y equitativo se refiere a "la obligación de no denegar la justicia en los procesos judiciales penales, civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo". Este agregado reflejaba los comentarios de la propuesta de la Autoridad de Promoción del Comercio de los Estados Unidos. Entre otras cosas, la APC aconsejaba a los Estados Unidos que "establecieran normas para un trato justo y equitativo en consonancia con los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos, incluido el principio del debido proceso". Si bien muchos han interpretado la denegación de justicia como una violación de índole procesal, los Estados Unidos añadieron precisamente esta aclaración a fin de evitar todo riesgo de que un tribunal extienda la denegación de justicia a las decisiones sustantivas.

275. En 2005 el DR-CAFTA entró en vigor adoptando el Artículo 5 del Modelo de TBI en el Artículo 10.5 casi palabra por palabra. De hecho, lo mismo ocurrió con otros acuerdos posteriores al TLCAN celebrados por los Estados Unidos.⁴⁴⁴ Teniendo en cuenta que el Artículo 10.5 se redactó con estos antecedentes, el Tribunal

⁴⁴² *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDMI, Laudo de Fase 2 (10 de abril de 2001), ¶ 110, (CL-0116). *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000), ¶ 99. (CL-0120).

⁴⁴³ 2004 U.S. Model TBI, Artículo 5(2) (RL-0011).

⁴⁴⁴ *ALC entre EE. UU. y Singapur*, art. 15.5 (RL-0176); *ALC entre EE. UU. y Chile*, art. 10.4 (RL-0177); Véase también: *ALC entre EE. UU. – Marruecos*, art. 10.5 (RL-0178), *EE. UU. – Australia*, art. 11.5 (RL-0165) *ALC entre Colombia – EE. UU.*, art. 11.5, *ALC entre – Panama*, art. 10.5 (RL-0179), *ALC entre EE. UU. – Omán*, art. 10.5. (RL-0180).

debe prestar la debida atención a la interpretación de los Estados Unidos y de los Estados Parte en el TLCAN del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.

a. *La violación del trato justo y equitativo del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario requiere un acto atroz, o manifiestamente arbitrario*

276. Un demandante no puede invocar el artículo 10.5 para rectificar simplemente una decisión errónea. El nivel mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario sólo protege a los inversores de conductas graves.⁴⁴⁵ En el frecuentemente citado caso *Neer c. México*, el tribunal se explayó sobre el alto umbral requerido para una violación del estándar de la siguiente manera:

... el trato de un extranjero, para constituir delincuencia internacional, debe equivaler a un ultraje, a la mala fe, a la negligencia voluntaria del deber o a una insuficiencia de la acción gubernamental tan alejada de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia.⁴⁴⁶

277. *Neer c. México* es un caso que sentó precedente en el nivel mínimo de trato. Si bien el caso se dictó en 1926 en el contexto de brindar protección física a un extranjero, muchos tribunales se han hecho eco de que la norma para determinar la violación del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario... sigue siendo tan estricta como lo fue en el caso *Neer*".⁴⁴⁷ Basándose en los fundamentos del estándar *Neer*, el tribunal en *Thunderbird v. México* sostuvo que solo los actos que "equivalen a una denegación grave de justicia o una arbitrariedad manifiesta que caiga por debajo de los estándares internacionales aceptables" podrían violar el estándar mínimo de trato.⁴⁴⁸

278. De manera análoga, en *Glamis c. los Estados Unidos*, el tribunal afirmó que la norma actual para una violación del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario es sustancialmente la misma que se enmarca en *Neer*: "un acto debe ser lo suficientemente atroz y escandaloso -una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos"⁴⁴⁹.

279. Independientemente del debate sobre si *Neer* expresa el actual derecho internacional consuetudinario,

⁴⁴⁵ *Glamis Gold Ltd. c. EE. UU*, Caso CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) ¶ 616 ("*Glamis Gold*") (El nivel mínimo de trato - como su nombre indica - esta sólo "destinado a servir como un piso, un fondo absoluto, por debajo del cual la conducta no es aceptada por la comunidad internacional") (RL-0041).

⁴⁴⁶ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia (15 de octubre de 1926) ("*Neer*"), pp. 61-62 (RL-0183).

⁴⁴⁷ *Glamis Gold, Ltd* ¶ 616 (RL-0041). Véase también *Cargill, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/05/2, ¶ 284 ("*Cargill*") (CL-0197) ("El Tribunal observa una tendencia en los laudos anteriores del TLCAN, no tanto para hacer más exigente la celebración del arbitraje de *Neer*, sino más bien para adaptar el principio en que se basa la celebración del arbitraje de *Neer* a las posiciones económicas más complicadas y variadas que ocupan actualmente los extranjeros. La clave de esta adaptación es que, incluso a medida que se abordan más situaciones, se mantiene la severidad requerida de la conducta tal como se sostuvo en el caso *Neer*"); *Eli Lilly and Co.* ¶ 222 (RL-0040).; *Thunderbird International Thunderbird Gaming Corp. v. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, (26 de enero de 2006) ¶ 194 ("*Thunderbird*") (CL-0198).

⁴⁴⁸ *Thunderbird*, ¶ 194 (CL-0198).

⁴⁴⁹ *Glamis Gold*, ¶ 616 (RL-0041).

hay consenso en que "los actos u omisiones que constituyan una violación deben ser de carácter grave".⁴⁵⁰ La falta debe caer bajo alguno de estos calificativos comunes: "denegación grave de justicia"⁴⁵¹ "arbitrariedad manifiesta"⁴⁵², "injusticia flagrante",⁴⁵³ "discriminación evidente" o "falta total de garantías procesales"⁴⁵⁴

280. Respaldo las interpretaciones hechas en *Glamis Gold y Thunderbird*, los Estados Partes en el CAFTA y el TLCAN han enfatizado sistemáticamente que un simple acto arbitrario no puede violar el estándar mínimo de trato. Por ejemplo, cinco de los siete Estados Partes en el CAFTA han señalado lo siguiente:

Estados Unidos: Refiriéndose a *Thunderbird*, sostuvo que "que la mera conducta "arbitraria" de un organismo administrativo es insuficiente para constituir una violación del Artículo 1105(1); más bien, la acción reguladora debe equivaler a una 'grave denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta que no se ajuste a las normas internacionales' para violar el nivel mínimo de trato".⁴⁵⁵

Guatemala: Citando a *Glamis Gold y Thunderbird*, Guatemala señaló que "el estándar mínimo internacional sólo brinda protección contra conductas flagrantes, como las conductas manifiestamente arbitrarias o que repudian de manera flagrante el marco normativo".⁴⁵⁶

Honduras: "sólo las acciones de carácter escandaloso, excesivo e indignante, por parte de un Estado, pueden violar el nivel mínimo de trato, incluyendo el trato justo y equitativo como concepto incluido en el nivel mínimo de trato.... La República de Honduras considera los siguientes ejemplos concretos de conductas que pueden violar el nivel mínimo de trato: una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación manifiesta o la ausencia manifiesta de motivos para una decisión".⁴⁵⁷

Costa Rica: "[I]a decisión en *Glamis Gold* proporciona una clara articulación del estado actual del nivel mínimo de trato justo y equitativo según el derecho internacional consuetudinario". Por lo tanto, "para violar el nivel mínimo de trato, una medida atribuible al Estado "debe ser lo suficientemente atroz y escandalosa -una denegación flagrante de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos- como para no cumplir las normas internacionales

⁴⁵⁰ *Bilcon of Delaware et al c. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Laudo (17 de marzo de 2015), ¶ 443 ("Bilcon") (CL-0242). Véase también *Eli Lilly and Co.* ¶ 222 (RL-0040).

⁴⁵¹ *Thunderbird*, ¶ 194 (CL-0198); *Glamis Gold*, ¶ 22 *Glamis Gold*. Véase también *Bilcon*, ¶ 443 (CL-0242), *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3 (30 de abril de 2004) (describiendo una violación de trato justo y equitativo como un "fracaso manifiesto de la justicia natural") (CL-0022).

⁴⁵² *Joshua Dean Nelson and Jorge Blanco c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo (5 de junio de 2020) ¶¶ 323-324 (RL-0182-ENF/ESP); *Thunderbird* ¶194 (CL-0198)

⁴⁵³ *Glamis Gold*, Laudo ¶ 22 (RL-0041); Véase también *Bilcon* ¶ 443 (CL-0242)

⁴⁵⁴ *Glamis Gold*, Laudo ¶ 627 (RL-0041), *Eli Lilly c. Canadá*, ¶ 222 (RL-0040).

⁴⁵⁵ *Glamis Gold*, Memorial de Contestación, pp. 227-228 (RL-0181); *Berkowitz c. Costa Rica*, Presentación de los EE. UU. (17 de abril de 2015) ¶ 12 (RL-0044).

⁴⁵⁶ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Republica de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Memorial on Objeción a Jurisdicción y Admisibilidad y Memorial de Contestación de Merito (24 de enero de 2012) p. 201 (RL-0184). Véase también *Teco Guatemala Holdings LLC v. Guatemala*, Réplica, ¶ 146 (RL-0185).

⁴⁵⁷ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Republica de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Presentación de Honduras, ¶¶ 9 y 10 (15 de noviembre de 2012) (RL-0186).

aceptadas".⁴⁵⁸

El Salvador: "En opinión de El Salvador, para violar el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario incluido en el Artículo 10.5 del CAFTA, una medida atribuible al Estado "debe ser lo suficientemente atroz y escandalosa -una flagrante denegación de justicia, arbitrariedad manifiesta, injusticia flagrante, una completa falta de debido proceso, discriminación evidente, o una manifiesta falta de motivos- para caer por debajo de los estándares internacionales aceptados".⁴⁵⁹

281. La interpretación de los Estados Parte del artículo 10.5 es instructiva. Según el Artículo 31(3) (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado debe interpretarse "junto con el contexto" de "toda práctica ulterior en la aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes sobre su interpretación."⁴⁶⁰ La práctica de los Estados es importante para dar una idea del significado real de un texto. En efecto, "[p]or más preciso que parezca un texto, la forma en que las partes efectivamente lo aplican suele ser una buena indicación de lo que entienden que significa, siempre que la práctica sea coherente y sea común a ambas partes o sea aceptada, expresa o tácitamente, por ambas o por todas ellas".⁴⁶¹

282. Guatemala y los Estados Unidos, entre otros de los Estados miembro del CAFTA, han explicado de manera clara y sistemática lo que entendieron que significaba el Artículo 10.5 cuando firmaron el acuerdo. La interpretación de los Demandantes del Artículo 10.5 no refleja la intención de los Estados y la posterior explicación del Artículo 10.5. Si bien los Demandantes sostienen que el Artículo 10.5 protege a un inversor de un trato arbitrario, tanto Guatemala como los Estados Unidos han insistido en que el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario podría ser violado únicamente ante una manifiesta arbitrariedad.

b. En ausencia de una denegación de justicia, un fallo nacional no puede violar el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario

283. En comparación con otros poderes del Estado, las sentencias nacionales gozan de una amplia deferencia en virtud del derecho internacional.⁴⁶² En palabras del tribunal en *Mondev c. EE.UU.*, "una cosa es ocuparse de los actos no reparados de la policía local y otra es cuestionar las decisiones razonadas de los más

⁴⁵⁸ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Memorial de la Demandada sobre Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre el fondo, 15 de julio de 2014, ¶199 (RL-0157); *David Aven c. Costa Rica*, Memorial de Contestación de Costa Rica, ¶ 564 ("Como se destacó correctamente en el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, es insuficiente que el Tribunal considere que Costa Rica actuó arbitrariamente en virtud del derecho internacional consuetudinario, una "mera apariencia de arbitrariedad" 600 o el mero desacuerdo del Tribunal con la forma en que actuó un organismo. Más bien, los Demandantes habrían tenido que demostrar "un nivel de arbitrariedad que, como dijo *International Thunderbird*, equivale a una 'grave denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta que está por debajo de las normas internacionales aceptables'"). (RL-0189)

⁴⁵⁹ *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, Caso CIADI ARB/07/23, Presentación de El Salvador (1 de enero de 2012) ¶6 (RL-0190); *Berkowitz c. Costa Rica*, presentación de El Salvador, ¶13 (RL-0045).

⁴⁶⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(3)(a) (CL-0005)

⁴⁶¹ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 215 (RL-0170).

⁴⁶² *Eli Lilly and Co.* ¶ 204 (RL-0040) (A los tribunales se les da "una mayor presunción de regularidad que a los actos legislativos o administrativos".)

altos tribunales de un Estado".⁴⁶³ Muchos han asociado esta deferencia a la naturaleza de las decisiones judiciales. A diferencia de las acciones legislativas y las órdenes ejecutivas, "la resolución judicial es... un dispositivo que da expresión formal e institucional a la influencia del argumento razonado en los asuntos humanos".⁴⁶⁴ Por lo tanto, como se señaló en el caso *Chattin*, invocado por los Demandantes, "es una cuestión de la mayor delicadeza política e internacional que un país desconozca la decisión judicial de un tribunal de otro país".⁴⁶⁵

284. Una sentencia de una corte domestica esta fuera del alcance de un tribunal internacional a menos que pueda probarse una denegación de justicia.⁴⁶⁶ No toda administración de justicia deficiente constituye una denegación de justicia. Como se señala en *Chattin*, para llegar a una conclusión de denegación de justicia es necesario demostrar "atrocidad, mala fe, negligencia voluntaria del deber o insuficiencia de acción evidente para cualquier hombre imparcial".⁴⁶⁷ Si bien han transcurrido varias décadas desde la decisión, el fundamento de la denegación de justicia ha mantenido su rigurosidad.⁴⁶⁸ En *Chevron c. Ecuador*, el tribunal describió la prueba de la siguiente manera:

la prueba para determinar una denegación de justicia establece... un umbral alto. Si bien la norma es objetiva y no requiere una demostración manifiesta de mala fe, requiere sin embargo la demostración de "una deficiencia particularmente grave y una conducta atroz que conmocione, o al menos sorprenda, el sentido de la corrección judicial".⁴⁶⁹

285. No basta con que la supuesta falta sea sorprendente. Como se explica en *Mondev*:

La prueba no consiste en si un resultado particular es sorprendente, sino en si la conmoción o la sorpresa ocasionada a un tribunal imparcial lleva, al reflexionar, a una inquietud justificada en cuanto a la corrección judicial del resultado, teniendo en cuenta, por una parte, que los tribunales internacionales no son tribunales de apelación y, por otra parte, que el Capítulo 11

⁴⁶³ *Mondev International Ltd. c. USAEE. UU.*, Caso CIADI No.ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 126 (RL-0018).

⁴⁶⁴ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT'L & COMP. L.Q. 867 (2014), p. 876 (RL-0191)

⁴⁶⁵ Caso *Chattin (EE.UU c. Mexico)*, Opinión concurrente del comisionado americano (23 de julio de 1927), p. 288 ("Chattin") (CL-0176).

⁴⁶⁶ *Helnan International Hotels A/S c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI ARB/05/19, Laudo (3 de julio 2008), ¶ 106 ("Un tribunal del CIADI no actuará como instancia para examinar cuestiones de derecho interno a la manera de un tribunal de instancia superior. En cambio, el Tribunal aceptará las conclusiones de los tribunales locales, siempre que no se demuestren deficiencias de procedimiento o de fondo en relación con los procedimientos locales, que puedan hacer que esas deficiencias sean inaceptables desde el punto de vista del derecho internacional, como en el caso de una denegación de justicia") (RL-0192).

⁴⁶⁷ *Chattin*, p.287 (CL-0176-ENG). Véase también *Neer*, ¶ 4 ("La Comisión en *Neer* sostuvo que "el tratamiento de un extranjero, para constituir delincuencia internacional, debería equivaler a un ultraje, a la mala fe, al descuido intencional del deber o a una insuficiencia tan alejada de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia") (RL-0183)

⁴⁶⁸ *Loewen Group. Inc. y Raymond L. Loewen c. EE. UU*, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶ 132 (CL-0170) ¶ 128. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (EE.UU. c. Italia)*, I.C.J. Reports, 1989, p. 15, Judgment (20 de julio de 1989), ¶ 128 (RL-0199)

⁴⁶⁹ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. c. Ecuador (II)*, Caso CPA No. 2009-23, Laudo Parcial (30 de marzo de 2010), ¶ 244 ("Chevron") (CL-0175). Véase también *White Industries*, Laudo (30 de noviembre de 2011), ¶¶ 10.4.5-10.4.6 (RL-0198) citando a *Mondev International Ltd. c. United States of America*, Caso CIADI ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 127 (RL-0018).

del TLCAN (al igual que otros tratados de protección de las inversiones) tiene por objeto proporcionar una medida real de protección.⁴⁷⁰

286. En resumen, "el consenso moderno es claro en el sentido de que las circunstancias de hecho deben ser atroces para que surja la responsabilidad del Estado sobre la base de la denegación de justicia".⁴⁷¹ Si bien los Demandantes no se explayan, están de acuerdo en que el artículo 10.5 sólo está implicado si la administración de justicia de un Estado es "gravemente inadecuada",⁴⁷² de manera tal que "perturba el sentido de la corrección judicial".⁴⁷³ Pero los Demandantes omiten el segundo requisito para determinar que se trata de una denegación de justicia: el agotamiento de los recursos internos.

287. La demostración de una delincuencia grave y seria, si bien es necesaria, no es ciertamente el único requisito para establecer una denegación de justicia. La parte que invoque una denegación de justicia debe demostrar también que ha agotado todos los recursos locales para rectificar la mala administración de justicia. Como dijo el profesor Jan Paulsson, "la responsabilidad nacional por la denegación de justicia sólo se produce cuando se ha probado el sistema en su conjunto y el delito inicial ha quedado sin corregir".⁴⁷⁴

288. Varios tribunales se han hecho eco de este requisito, declinando declarar una denegación de justicia a menos que se demuestre que todo el sistema nacional no ha logrado rectificar la injusticia.⁴⁷⁵ *Loewen c. EE.UU.* es un testimonio de esta norma. En *Loewen*, el tribunal determinó que se había violado el derecho del demandante a las garantías procesales fundamentales. Observó que el tribunal de Mississippi fue manifiestamente injusto con el demandante, ya que permitió varios comportamientos perjudiciales, referencias frecuentes a la nacionalidad de Loewen y apelaciones a los prejuicios de clase.⁴⁷⁶ A pesar de sus conclusiones, el tribunal desestimó la demanda de denegación de justicia del demandante porque "Loewen no recurrió a los recursos internos, en particular a la opción de la Corte Suprema y que, en consecuencia, Loewen no demostró la violación del derecho internacional consuetudinario y la violación del TLCAN, que es responsabilidad de la Demandada".⁴⁷⁷

⁴⁷⁰ *Mondev*, ¶ 127 (RL-0018).

⁴⁷¹ Jan Paulsson, *Denial Of Justice In International Law*, (Cambridge Univ. Press 2005), p. 60 (CL-0171)

⁴⁷² Véase Memorial de Demanda, ¶ 268.

⁴⁷³ *Ibid.* ¶ 269.

⁴⁷⁴ PAULSSON, (CL-0171).

⁴⁷⁵ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Laudo (12 de enero de 2011), ¶ 223 (RL-0155) *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. la República Eslovaca*, Caso CNUDMI, Laudo definitivo (23 de abril de 2012), ¶ 225 (RL-0195) ("La denegación de justicia se refiere a la incapacidad de un sistema que no sea el de un solo tribunal"); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extractos del laudo arbitral (22 de junio de 2010), ¶ 279 (RL-0196) ("[E]l Tribunal concluye que sólo se puede considerar a la Demandada responsable de la denegación de justicia si los Demandantes pueden demostrar que el sistema judicial fracasó fundamentalmente");

⁴⁷⁶ *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. EE. UU.*, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶¶ 56-67, 68-70 CL-0170-ENG.

⁴⁷⁷ *Loewen*, ¶217 (CL-0170). Véase también *Corona Materials, LLC c. la República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre las objeciones preliminares (31 de mayo de 2016), ¶ 254 (RL-0002).

289. Para determinar una denegación de justicia, los Demandantes deben demostrar que los tribunales guatemaltecos cometieron una conducta "grave" y "atroz que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial" y que han agotado los recursos disponibles en Guatemala.

i. La supuesta demora en la sentencia, sin más, no constituye una denegación de justicia

290. Como se ha señalado anteriormente, sólo una irregularidad grave "que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial".⁴⁷⁸ El nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario no tiene por objeto proteger a un inversor contra todas las violaciones de procedimiento. Como señala Paradell, "el derecho internacional no impone a los Estados el deber de tratar a los extranjeros en cada etapa del proceso judicial". La denegación de justicia se produce más bien "cuando un sistema jurídico nacional no proporciona justicia, no cuando hay una sola irregularidad de procedimiento".⁴⁷⁹

291. En consecuencia, que la sentencia no haya sido emitida en el tiempo esperado por Kappes no constituye una denegación de justicia. Para establecer una denegación de justicia, los Demandantes deben demostrar que la demora no fue razonable y que el resultado fue tan atroz que "conmociona, o al menos sorprende, el sentido de corrección judicial".⁴⁸⁰

292. El derecho internacional no establece un plazo para que un tribunal nacional adopte una decisión. Como explicó el tribunal en *Toto c. el Líbano*, "el derecho internacional no tiene normas estrictas para determinar si las demoras de los tribunales son una denegación de justicia".⁴⁸¹ Los Demandantes están de acuerdo. Sostienen que para determinar si una demora es injusta, "los tribunales consideran, entre otras cosas, la complejidad del asunto, el interés en juego y el efecto de la demora".⁴⁸² Los tribunales también consideran otros factores como: i) la naturaleza del procedimiento y la necesidad de una resolución rápida (ya sea que el caso sea un asunto civil o penal)⁴⁸³, ii) las circunstancias que contribuyeron a la demora, y iv) el estado de

⁴⁷⁸ Paulsson, *Denial Of Justice In International Law*, P. 7 (CL-0171); Véase también Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication*, p. 15 (RL-0191) ("las irregularidades en el desarrollo de las actuaciones" es "el meollo de la cuestión de la denegación de justicia").

⁴⁷⁹ Andrew NewCombe & Luis Pardell, *Law And Practice Of Investment Treaties Standards Of Treatment* (Kluwer Law International 2009), p. 155 (RL-0197).

⁴⁸⁰ *White Industries Australia Limited c. República de la India*, CNUDMI, Laudo ¶¶ 10.4.6-10.4.7 (RL-0198); *Chevron ¶ 244 (CL-0175)* ("la prueba para establecer una denegación de justicia establece ... un umbral alto. Si bien la norma es objetiva y no requiere una demostración manifiesta de mala fe, sí requiere la demostración de "una deficiencia particularmente grave y una conducta atroz que conmocione, o al menos sorprenda, el sentido de corrección judicial"); *El Oro Mining Railway Company (Gran Bretaña) c. México*, V RIAA 191, ¶ 198 (RL-0200) (Comisión de Reclamos Gran Bretaña-México, Decisión No. 55 de 18 de junio de 1931) ("Es evidente que un reproche tan grave sólo puede dirigirse contra una autoridad judicial si se dispone de pruebas de la naturaleza más convincente.").

⁴⁸¹ *Toto Construzioni Generali S.p.A. c. la Republica de Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión de Jurisdicción (11 de septiembre de 2009) ¶ 155 (RL-0201); *White Industries ¶ 10.4.9 (RL-0198)* ("el derecho internacional público no establece plazos fijos dentro de los cuales deban resolverse ciertas clases de casos").

⁴⁸² Memorial de Demanda, ¶ 269.

⁴⁸³ Véase *White Industries*, ¶¶ 10.4.10, 10.4.14 (RL-0198); Douglas, *International Responsibility for Domestic*

desarrollo del país.⁴⁸⁴

293. La mayoría de las demoras en los procedimientos civiles locales no dan lugar a una denegación de justicia. Por ejemplo, en el caso *White Industries c. la India*, el tribunal no determinó una denegación de justicia, aun cuando los tribunales indios tardaron nueve años en decidir sobre las medidas de ejecución del demandante. Si bien el caso ante la corte caso era importante en "la esfera del arbitraje comercial en la India", el tribunal concluyó que no existía ninguna razón de peso para la celeridad, ya que no se trataba de un caso penal;⁴⁸⁵ El tribunal también consideró que la India "es un país en desarrollo... con un poder judicial gravemente sobrecargado".⁴⁸⁶

294. El tribunal en el caso *Frontier c. República Checa* llegó a una conclusión similar. En este caso, los Demandantes presentaron una demanda por denegación de justicia basándose en que el tribunal regional de la República Checa tardó más de tres años en resolver la demanda de resolución del demandante. El reclamo fue desestimado. El tribunal llegó a la conclusión de que "si bien una demora excesiva puede equivaler a una violación de la norma de trato justo y equitativo, las circunstancias del presente caso no alcanzan el umbral requerido".⁴⁸⁷ La decisión del tribunal se basó en dos hechos principales. En primer lugar, "en dicho momento, los tribunales checos estaban experimentando a la vez un gran volumen de casos y una escasez de jueces".⁴⁸⁸ En segundo lugar, el demandante no pudo demostrar que su inversión se vio afectada como consecuencia del retraso.⁴⁸⁹

295. *Pey Casado c. Chile* es el único caso atípico. En el caso *Pey Casado*, el tribunal concluyó que el hecho de que el tribunal nacional no respondiera a la petición del demandante de que se le concediera un plazo de siete años para responder equivale a una denegación de justicia. Sin embargo, el caso no ofrece ninguna orientación sobre esta cuestión. A diferencia de los casos anteriores, el tribunal no proporcionó ningún análisis para su conclusión. Ni siquiera evaluó lo que los Demandantes describen como factores para determinar si las demoras indebidas equivalen a una denegación de justicia: "la complejidad del asunto, los intereses en juego y los efectos de la demora".⁴⁹⁰ Por lo tanto, el caso es vano.

Adjudication, p. 870 (**RL-0191**) ("La demora en los procedimientos para establecer la responsabilidad penal de un acusado que se encuentra en prisión preventiva desde la acusación no es lo mismo que la demora en los procedimientos para establecer la responsabilidad civil de un acusado para pagar los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato"); *id.* p. 880 (la complejidad, por supuesto, surge en la evaluación de lo que es una 'demora irrazonable' y para ello, como Freeman señaló acertadamente, "debe conocerse el fondo del litigio... para determinar si hubo causas justificables para las demoras que se denuncian").

⁴⁸⁴ Véase *White Industries*, ¶10.4.18 (**RL-0198**)

⁴⁸⁵ Véase *White Industries*, ¶ 10.4.14 (**RL-0198**)

⁴⁸⁶ *Id.* ¶ 10.4.18.

⁴⁸⁷ *Frontier Petroleum Services Ltd. c. la Republica Checa*, CNUDMI, Laudo (12 de noviembre de 2010, ¶ 334 (**RL-0202**)).

⁴⁸⁸ *Id.* ¶ 336.

⁴⁸⁹ *Id.* ¶ 331.

⁴⁹⁰ *Victor Pey Casado y President Allende Foundation c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo (8 de mayo de 2008), ¶659 (**CL-0177**).

296. Los Demandantes citan a *Chattin*, pero el caso es fácticamente distinto del presente caso. En el caso *Chattin*, el demandante estuvo detenido mientras esperaba el juicio y, más tarde, una decisión sobre su apelación. El demandante estuvo detenido durante más de tres años antes de ser llevado a juicio. Incluso después de comenzado el juicio, el tribunal llevó a cabo el procedimiento con poca o ninguna urgencia. *Chattin* tuvo que esperar más de 3 meses para tratar los cargos y las pruebas presentadas en su contra.⁴⁹¹ Como observó el comisionado presidente, el maltrato continuó también en la etapa de apelación.⁴⁹²

297. *Chattin* confirma aún más que la determinación de una demora indebida, sin más, no prueba una denegación de justicia. Haciendo hincapié en la deferencia dada a las sentencias de los tribunales locales, el tribunal de *Chattin* señaló que un Estado incurrirá en responsabilidad internacional si el acto del poder judicial equivale a "una atrocidad, a la mala fe, a la negligencia voluntaria del deber o a la insuficiencia de la acción gubernamental".⁴⁹³ Habiendo considerado "la totalidad del procedimiento", el tribunal concluyó entonces que el procedimiento contra *Chattin* revela las deficiencias mencionadas⁴⁹⁴. Además de la dilación indebida, el tribunal consideró las siguientes irregularidades:

la ausencia de una investigación adecuada, la insuficiencia de confrontaciones, la privación del acusado de la oportunidad de conocer todos los cargos presentados en su contra, ..., haciendo de las audiencias en audiencia pública una mera formalidad, y la continua ausencia de seriedad por parte del Tribunal.⁴⁹⁵

298. Basándose en una consideración similar, el tribunal de *White Industries* desestimó la demanda de denegación de justicia. Si bien el tribunal admitió que la demora era "ciertamente insatisfactoria en términos de administración eficiente de la justicia", concluyó que la demora no constituía una denegación de justicia al no haber indicio de mala fe, porque no equivale a "una deficiencia particularmente grave" o a "una conducta atroz que 'conmociona o al menos sorprende, el sentido de corrección judicial'".⁴⁹⁶

Si bien la demora más reciente es lamentable, al no haber ningún indicio de mala fe, no equivale en el razonamiento del Tribunal a "una deficiencia particularmente grave" o a "una conducta atroz que 'conmociona o al menos sorprende, el sentido de corrección judicial'".⁴⁹⁷

299. En consonancia con los casos anteriores, los Demandantes deben demostrar que el tiempo que tardó la Corte de Constitucionalidad en emitir su resolución definitiva equivale a "una deficiencia particularmente grave" o "una conducta atroz que 'conmociona' o al menos sorprende, el sentido de corrección judicial".

⁴⁹¹ *Chattin* ¶15 (CL-0176).

⁴⁹² *Ibid.* (si bien *Chattin* apeló a partir del decreto de su encarcelamiento formal el 11 de julio de 1910 -una apelación que parecería ser de carácter bastante urgente- "la copia correspondiente a la apelación" no fue remitida a juicio hasta el 27 de octubre de 1910; y aun cuando su decisión fue remitida a Mazatlán el 31 de octubre de 1910, su recepción no se estableció hasta el 12 de noviembre de 1910).

⁴⁹³ *Id.* ¶ 10.

⁴⁹⁴ *Id.* ¶ 22.

⁴⁹⁵ *Id.* ¶ 29.

⁴⁹⁶ *White Industries*, ¶ 10.4.23 (RL-0198)

⁴⁹⁷ *White Industries*, ¶ 10.4.23 (RL-0198)

ii. A pesar de que la Corte aplicó de forma correcta la ley, una aplicación incorrecta de la ley no constituye una denegación de justicia

300. El Artículo 10.5 no confiere a los tribunales una jurisdicción de apelación.⁴⁹⁸ No se puede presentar una demanda de denegación de justicia para que un tribunal pueda rectificar una interpretación y aplicación errónea del derecho interno. Muchos han respetado esta limitación. En *ECE c. República Checa*, el tribunal declaró inequívocamente "que no es función de un tribunal internacional apelar contra la corrección jurídica o la razonabilidad sustantiva de los actos administrativos individuales o las sentencias de un tribunal municipal que los revisa"⁴⁹⁹.

301. La conclusión sigue siendo la misma a pesar de la gravedad de la decisión errónea. Como explica el Prof. Jan Paulsson:

En el derecho internacional moderno no hay lugar para la denegación sustantiva de justicia. Numerosos laudos internacionales demuestran que las sentencias nacionales más desconcertantes y poco convincentes se sostienen sobre la base de que el derecho internacional no anula la determinación de los poderes judiciales nacionales con respecto a su propia legislación.⁵⁰⁰

302. La denegación de justicia se limita a la violación de las garantías procesales; una irregularidad grave "que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial".⁵⁰¹ Para evitar una lectura contraria, el artículo 10.5 reafirma que la obligación de los Estados se limita a la administración de "procedimientos judiciales de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo".⁵⁰² Considerando la práctica constante de limitar la denegación de justicia a una violación grave del debido proceso y la aclaración adicional agregada en el artículo 10.5 (2) (b), el Tribunal

⁴⁹⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicano*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) ¶ 99 (CA-0144); *Mondev c. USA*, Laudo, ¶ 126 (RL-0018) ("no es función de los tribunales del TLCAN actuar como tribunales de apelación").

⁴⁹⁹ *ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. Republica Checa*, Caso CPA No. 2010-5, Laudo (19 de septiembre de 2013), ¶ 4.764 (RL-0203). Véase también *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión de Jurisdicción y Merito (14 de enero 2010), ¶ 283 (RL-0204); *Mr. Franck Charles Arif c. Republica de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril, 2013), ¶ 441 (CL-0126).

⁵⁰⁰ Paulsson, Denial Of Justice In International Law, P.82 (CL-0171); Véase también Douglas, International Responsibility for Domestic Adjudication, p. 877 (RL-0191) (una determinación autorizada de un reclamo de derecho o una acusación de culpabilidad por un órgano judicial nacional no puede ser perturbada por una corte o tribunal internacional simplemente sobre la base de que ese órgano judicial nacional disponga de un conjunto de razones más racionales"); *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Laudo (June 26, 2003), ¶ 242 (CL-0170).

⁵⁰¹ Paulsson, Denial Of Justice In International Law, p. 7 (CL-0171); también Zachary Douglas, International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed, 63 INT'L & COMP. L.Q., p. 877 (RL-0191) ("una determinación acreditada de un derecho o acusación de culpa por un cuerpo de adjudicación local no puede ser distorsionado por una corte o tribunal internacional simplemente con base en que existían razones más racionales disponibles localmente").

⁵⁰² Véase también Los "sistemas legales principales del mundo" que se manifiestan en la ampliamente aceptada Declaración Universal de Derechos Humanos ("UDHR") y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("ICCPR") define de manera similar la denegación de justicia como una norma procesal".

debe desestimar cualquier impugnación contra la decisión sustantiva tomada por los tribunales guatemaltecos.

c. Guatemala no ha discriminado ni a Exmingua ni a Kappes y sus empresas

303. El estándar de trato mínimo bajo el derecho consuetudinario internacional no prohíbe que un Estado extienda trato preferencial a nacionales o inversionistas extranjeros. Como indicó el tribunal en *Methanex c. EE. UU.*, "en ausencia de una norma en contrario de derecho internacional que sea vinculante para los Estados parte, sea de origen convencional o consuetudinario, un Estado puede diferenciar en su trato a nacionales y extranjeros."⁵⁰³ De conformidad con los Artículos 10.3 y 10.4, los Estados parte se han comprometido a no otorgar un trato menos favorable a los inversores extranjeros. Sin embargo, el incumplimiento de estas disposiciones no establece el estándar mínimo de tratamiento.⁵⁰⁴

304. El Artículo 10.5 protege más bien contra la "discriminación prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos."⁵⁰⁵ En otras palabras, el artículo 10.5 sólo prohíbe "atacar específicamente a un inversionista extranjero por otros motivos manifiestamente ilícitos como el género, la raza o las creencias religiosas, o los tipos de conducta que equivalen a una 'conspiración deliberada [...] para destruir o frustrar la inversión."⁵⁰⁶ El reclamo por discriminación de los reclamantes debe ser revisado bajo este estándar. En consecuencia, los Demandantes deben demostrar haber sido específicamente atacados y que recibieron un trato desigual.

2) Los Demandantes No Han Probado que las Normas que Afirman que se Infringieron son Parte del Nivel Mínimo de Trato del Derecho Internacional Consuetudinario

305. Los Demandantes sostienen que el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluye una amplia gama de protecciones. En particular, sostienen que el Artículo 10.5 incluye la obligación de "actuar de buena fe, abstenerse de actuar arbitrariamente, proporcionar un entorno jurídico y comercial estable y seguro, y respetar las expectativas legítimas de los inversores que se derivan de las condiciones que el Estado ofreció para inducir la inversión del inversor".⁵⁰⁷

306. Los Demandantes no han presentado ninguna prueba de *opinio juris* y prácticas del Estado que

⁵⁰³ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final del Tribunal sobre Jurisdicción y Fondo (3 de agosto de 2005), ¶25 (RL-0227). Véase también UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II, Fair and Equitable Treatment, 2012, p.82. (RL-0268); *Mercer International Inc. c. Canadá*, CIADI Caso No. ARB(AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018), ¶7.58 ("En lo que respecta a las afirmaciones de la Demandante de "trato discriminatorio" contrarias al artículo 1105 (1) del TLCAN, el Tribunal está de acuerdo con las presentaciones de las Partes del TLCAN que no disputan que dichas protecciones se tratan en los artículos 1102 y 1103 del TLCAN, en lugar del artículo 1105 del TLCAN. (1)") (RL-0247).

⁵⁰⁴ DR-CAFTA, Art. 10.5(3) (CL-0001).

⁵⁰⁵ Patrick Dumberry, *The Fair And Equitable Treatment Standard: A Guide To Nafta Case Law On Article 1105*, (Kluwer Law International 2013), p.158 (RL-0221)

⁵⁰⁶ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II, Fair and Equitable Treatment, 2012, p.82 (RL-0268). Ver también Patrick Dumberry, p.158 (RL-0221).

⁵⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶ 209.

respalden su presentación. Tampoco podrían hacerlo. Los Estados Parte en el CAFTA y otros Estados que han adoptado una disposición similar a la del Artículo 10.5 han rechazado persistentemente las normas defendidas por los Demandantes.

a. Corresponde a los Demandantes la Carga de Demostrar que las Normas que se Alegan como Violadas son Parte del Derecho Internacional Consuetudinario

307. Los Estados Parte en el DR-CAFTA han limitado deliberadamente la protección prevista en el Artículo 10.5 a aquellas cubiertas por el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, una parte que alegue una violación del Artículo 10.5 lleva la carga de establecer la existencia de la obligación pertinente en virtud del derecho internacional consuetudinario.⁵⁰⁸ En el anexo 10-B se explica el "entendimiento común" de los Estados Parte respecto del derecho internacional consuetudinario de la siguiente manera:

... el "derecho internacional consuetudinario" en general y como se menciona específicamente en el Artículo 10.5... resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal.

308. Los requisitos del Anexo 10-B fueron ampliamente reconocidos como elementos esenciales del derecho internacional consuetudinario:

No sólo los actos en cuestión deben constituir una práctica establecida, sino que también deben ser tales, o llevarse a cabo de tal manera, que sean prueba de la creencia de que esta práctica se hace obligatoria por la existencia de una norma que la exige. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo [énfasis agregado], está implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*. Por consiguiente, los Estados de que se trate deben sentir que se ajustan a lo que equivale a una obligación jurídica. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos no bastan por sí mismos.⁵⁰⁹

309. Los Demandados acuerdan en que la costumbre puede cambiar y cambia a lo largo del tiempo. Pero los Demandantes no han establecido un cambio en la costumbre. No han presentado ninguna prueba que indique la voluntad de los Estados de ampliar el nivel de trato mínimo para que incluya las presuntas obligaciones antes mencionadas. Tampoco han demostrado *opino juris*. En su lugar, los Demandantes intentan encontrar sustento en las decisiones arbitrales que han interpretado "cláusulas autónomas" de trato justo y equitativo.⁵¹⁰ Muchos tribunales han desestimado dicha estrategia de establecer el derecho internacional consuetudinario.⁵¹¹ Como se explica en *Glamis*:

La determinación de la costumbre es necesariamente una indagación de los hechos, en la que se examinan las acciones de los Estados y los motivos y la consistencia de tales acciones. Por

⁵⁰⁸ *Glamis Gold*, ¶ 603 (RL-0041) ("corresponde necesariamente al demandante establecer un cambio en la costumbre"); *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Fr. v. U.S.)*, 1952 I.C.J. 176, 200 (27 de agosto de 1972) (Sentencia), p. 200 (RL-0205).

⁵⁰⁹ *North Sea Continental Shelf cases (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Paises Bajos)* Sentencia (20 de febrero de 1969) ¶ 77 (RL-0206); *Glamis Gold*, ¶602 (RL-0041).

⁵¹⁰ Véase Memorial de Demanda, ¶¶213-214,226, refiriéndose a *Tecmed c. Mexico*, Laudo; (CL-0122) *id.*, ¶¶216,226,234, refiriéndose a *MTD v. Chile*; *id.*, ¶217 refiriéndose a *Walter Bau v. Thailand*; *id.*, ¶¶218,234, refiriéndose a *Arif v. Moldova*.

⁵¹¹ *Glamis Gold*, ¶ 607 (RL-0041); *Cargill*, ¶ 276 (CL-0197).

otra parte, al aplicar una norma autónoma, un tribunal puede centrarse únicamente en el lenguaje y los matices del propio lenguaje del tratado y, al aplicar las normas de interpretación del tratado, y no requerir a la parte ninguna prueba de la acción de los Estados ni de la *opinio juris*. Esta última práctica no contribuye a la determinación de la costumbre.⁵¹²

310. Ni la práctica estatal ni la jurisprudencia sobre el estándar mínimo de trato consideran las obligaciones alegadas por los Demandantes como parte del estándar internacional mínimo de trato consuetudinario.

b. La Práctica Apunta a lo Contrario: Las Normas que Alegan los Demandantes No Forman Parte del Nivel de Mínimo de Trato del Derecho Internacional Consuetudinario

311. En lugar de respaldar las normas alegadas por los Demandantes, los Estados Parte en el CAFTA, el TLCAN y otros acuerdos de inversión que incluyen una disposición similar al Artículo 10.5 han rechazado sistemáticamente la protección más allá del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.

i. El deber de proteger las expectativas legítimas de un inversor

312. Los Demandantes no han proporcionado evidencia de la práctica de los Estados miembros del CAFTA, y mucho menos la práctica de otros Estados que han adoptado el estándar mínimo de trato, para establecer que la protección de las expectativas legítimas ha alcanzado el estatus de derecho internacional consuetudinario.

313. La comunicación de los Demandantes contrasta bastante con la práctica estatal actual y contraria a la jurisprudencia bien establecida. Cuatro de siete de los estados miembros del CAFTA han sostenido que el trato justo y equitativo bajo el estándar mínimo de trato no incluye la obligación de proteger. Cuatro de siete de los estados miembros del CAFTA han sostenido que el trato justo y equitativo bajo el estándar mínimo de trato no incluye la obligación de proteger expectativas legítimas.⁵¹³ Los tres estados miembros del TLCAN tienen la

⁵¹² *Glamis Gold*, ¶ 607 (RL-0041); *Cargill*, ¶ 278 (CL-0197).

⁵¹³ Véase *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Presentación de la República de El Salvador como parte no contendiente conforme al Artículo 10.20.2 del CAFTA (1^{er} de enero de 2012), ¶ 7 (RL-0190); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Presentación de la República de El Salvador como parte no contendiente (5 de octubre de 2012), ¶ 16 (RL-0188); Véase también *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Memorial de Contestación de Guatemala sobre Merito (5 de octubre de 2010), ¶¶ 424-438 (RL-0269); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Presentación de la República de El Salvador como parte no contendiente (15 de noviembre de 2012), ¶ 10 (RL-0188); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Presentación de EE. UU. (23 de noviembre de 2012) ¶ 6 (RL-0187) ("Los Estados pueden modificar o enmendar sus reglamentos para lograr objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario simplemente porque esos cambios interfieran con las" expectativas "de un inversor sobre el estado de la reglamentación en un sector en particular."); *Omega Engineering LLC and Oscar Rivera c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/42, Presentación de EE. UU. (3 de febrero 2020), ¶24 (RL-0223) ("El concepto de "legítimas expectativas" no es un elemento del "trato justo y equitativo" bajo derecho internacional consuetudinario que dé lugar a una obligación independiente del Estado receptor. Los Estados Unidos está consciente de que no existe ninguna práctica general y consistente y *opinio juris* que establezcan una obligación bajo el estándar mínimo de trato respecto a no frustrar las expectativas de los inversionistas. Un inversionista puede desarrollar sus propias expectativas respecto al régimen legal que rige su inversión, pero dichas expectativas no imponen obligaciones al estado bajo el estándar mínimo de trato ...")

misma opinión.⁵¹⁴

314. La interpretación diferente del artículo 10.5 y el artículo 10.7 (anexo 10-C) demuestra además la intención de los Estados parte de excluir las expectativas legítimas de ser consideradas en el contexto del trato justo y equitativo. El Anexo 10-C incluye explícitamente las expectativas “distintas” y “razonablemente respaldadas” de un inversionista como un factor relevante para determinar si existe una expropiación indirecta o no. Ese lenguaje está ausente en el artículo 10.5.

315. Ninguno de los casos del TLCAN citados por los Demandantes respalda sus argumentos. Primero, los casos no incluyen un análisis de la práctica estatal derivado de un sentido de obligaciones legales. En segundo lugar, ninguno de los casos ha llegado a la conclusión de que el estándar mínimo de trato incluye una obligación independiente de proteger las expectativas legítimas de un inversor. *Waste Management II* alegado por los Demandantes de “haber establecido el estándar mínimo contemporáneo de tratamiento en el contexto de la inversión extranjera” ofrece el ejemplo más antiguo⁵¹⁵. En *Waste Management II*, el tribunal señaló que la expectativa razonable del demandante es “relevante” para determinar si la acción del demandado fue “arbitraria, manifiestamente injusta, injusta o idiosincrásica, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios seccionales o raciales, o implica una falta del debido proceso que conduce a un resultado que ofende la propiedad judicial.”⁵¹⁶

316. De acuerdo con *Waste Management II*, el tribunal en *Bilcon c. Canadá*, describió la “expectativa razonable” como un “factor que debe tenerse en cuenta al evaluar si el estado anfitrión violó el estándar mínimo internacional de trato justo.”⁵¹⁷ Varios académicos también han respaldado esta opinión:

La llamada “obligación” de proteger las expectativas legítimas de un inversor no es un componente del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. En la opinión del presente autor, de hecho, hay pocas pruebas que respalden la afirmación de que, según la costumbre, los Estados receptores tienen la obligación de proteger las expectativas

⁵¹⁴ *Windstream Energy LLC v. Gobierno de Canadá*, PCA Case No. 2013-22, Memorial de Contestación (20 de enero de 2015) ¶ 405 (RL-0208) (“la mera falla en cumplir un compromiso no, sin más, cae por debajo del estándar de derecho internacional consuetudinario requerido por NAFTA Artículo 1105. De hecho, el Demandante no ha presentado evidencia de práctica estatal o de *opinio juris* para probar su afirmación. Simplemente no existe evidencia de la práctica de las tres Partes de NAFTA, menos aún evidencia de la práctica de ninguno de los otros miembros de Naciones Unidas suficiente para demostrar que la protección de expectativas legítimas se ha convertido en una regla de derecho consuetudinario internacional.”); *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso PCA Nro. 2012-17, Escrito de los Estados Unidos de América (25 de julio de 2014) ¶ 8 (RL-0210); *Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2013-22, Laudo (27 de septiembre de 2016) ¶ 335 (CL-0210) (“Los Estados pueden modificar o enmendar sus reglamentos para lograr objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario simplemente porque esos cambios interfieran con las” expectativas “de un inversor sobre el estado de la reglamentación en un sector en particular.”)

⁵¹⁵ *Waste Management II*, ¶ 204 (CL-0022).

⁵¹⁶ *Id.* ¶ 98.

⁵¹⁷ *Bilcon*, ¶ 455 (CL-0242).

legítimas de los inversores.⁵¹⁸

317. Al darse cuenta de las limitadas protecciones que abarca el nivel mínimo de trato justo y equitativo, los Demandantes en general dependen en gran medida de los casos que interpretaron el trato justo y equitativo como una norma autónoma.⁵¹⁹ Sin embargo, ninguno de los casos citados por los Demandantes ofrece orientación alguna sobre la interpretación del trato justo y equitativo en el marco del nivel mínimo de trato.

318. A diferencia del presente caso, el caso *Tecmed c. México* se refería a un TBI en el que se instruía a los Estados Partes a que proporcionaran un trato justo y equitativo "de conformidad con el derecho internacional".⁵²⁰ En este caso, el tribunal interpretó el trato justo y equitativo como una norma "autónoma", "teniendo en cuenta el texto del Artículo 4(1) del Acuerdo según su significado corriente (Artículo 31(1) de la Convención de Viena), o a partir del derecho internacional y el principio de buena fe".⁵²¹ La misma situación se da en el caso *MTD c. Chile*.⁵²²

319. En el caso *Arif c. Molodva*, el singular marco de trato justo y equitativo del TBI entre Francia y Moldavia influyó en la conclusión del tribunal.⁵²³ A diferencia de *Tecmed* y *MTD*, la conclusión del tribunal sobre las expectativas legítimas no se basó únicamente en el lenguaje corriente de los términos "trato justo y equitativo", sino en "la vinculación de ese compromiso con un clima de inversión acogedor y de buena fe"⁵²⁴.

320. El Artículo 10.5 del CAFTA no incluye tal lenguaje. El caso *Walter Bau c. Tailandia* tampoco es de utilidad para la presentación de los Demandantes. Al igual que en el caso anterior, *Walter Bau* se ocupaba de una disposición de trato justo y equitativa que no está asociada con el derecho internacional consuetudinario.⁵²⁵ Como se ha señalado anteriormente, los laudos arbitrales que no entrañan un análisis del trato justo y equitativo con arreglo al nivel mínimo de trato no prueban ni ilustran el derecho internacional consuetudinario.⁵²⁶ En

⁵¹⁸ Dumberry, Patrick Dumbary, *The Fair And Equitable Treatment Standard: A Guide To NAFTA Case Law On Article 1105*, (Kluwer Law International 2013), p. 148 (RL-0211).

⁵¹⁹ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA c. Republic de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 May 2004, véase ¶ 107 (*MTD Equity*) (CL-0208) (el Tribunal interpretó el artículo 2(2) del TBI, que exige que "las inversiones de los inversores de cualquiera de las Partes Contratantes deberán recibir en todo momento un trato justo y equitativo [...]". El Tribunal señaló en particular que "el Tribunal observa además que no hay ninguna referencia al derecho internacional consuetudinario en el TBI en relación con el trato justo y equitativo.

⁵²⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A., c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2004), ¶152 (CL-0122).

⁵²¹ *Id.* ¶155.

⁵²² *MTD Equity* ¶ 107 (CL-0208) (el tribunal interpretó el Artículo 2 (2) del TBI Chile-Malasia que señala que "Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes recibirán en todo momento un trato justo y equitativo [...]).

⁵²³ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), ¶531 (CL-0126)

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ TBI entre Alemania y Tailandia (2002), ¶ 3 del art. 2 ("Cada Parte Contratante deberá en su territorio conceder en todo caso a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante y a sus rendimientos un trato justo y equitativo y una protección plena"). (RL-0207)

⁵²⁶ *Walter Bau AG c. Reino de Tailandia*, CNUDMI, laudo (1 de julio de 2009) ¶ 11.7 (CL-0206).

consecuencia, los tribunales de *Glamis*, *Cargill* y *Mobil* han desestimado un enfoque similar de demostrar que las expectativas legítimas están protegidas por el nivel mínimo de trato.⁵²⁷

ii. *Guatemala no ha actuado en forma arbitraria*

321. Los Demandantes tampoco han hecho ningún esfuerzo para establecer que el artículo 10.5 incluye la obligación de abstenerse de una mera conducta arbitraria. Citando a *Waste Management II*, sostienen que se viola el nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario si la "conducta de un Estado es arbitraria".⁵²⁸ Los Demandantes sostienen además que *Waste Management II* expresa el "nivel mínimo de trato contemporáneo" que ha sido "respaldado" por "numerosos Estados Parte y tribunales".⁵²⁹ Nada podría estar más lejos de la realidad.

322. Los Demandantes no han presentado ninguna prueba de práctica del Estado para fundamentar el argumento de que una mera conducta arbitraria podría violar el trato justo y equitativo del nivel mínimo de trato. Tampoco podrían hacerlo. Contrariamente a lo que han presentado los Demandantes, los Estados Parte en el TLCAN han insistido categóricamente en que el derecho internacional consuetudinario del nivel mínimo de trato sólo puede ser violado ante una "arbitrariedad manifiesta".⁵³⁰ Una opinión similar es compartida abrumadoramente por otros Estados que han adoptado una disposición similar. Esto incluye a todos los Estados miembros del TLCAN⁵³¹ y a muchos Estados que han concertado acuerdos de comercio e inversión con los Estados Unidos y Canadá.⁵³²

323. Los Demandantes tampoco han demostrado cómo su presentación ha obtenido "numerosos" apoyos de los tribunales de inversiones. Los tribunales han opinado más bien lo contrario. Muchos han confirmado que "se requiere un alto umbral de severidad y gravedad para" encontrar una violación del nivel mínimo de trato.⁵³³ Estos tribunales han subrayado que las presuntas faltas de conducta no sólo deben ser arbitrarias sino

⁵²⁷ *Glamis Gold*, Laudo, ¶ 610 (RL-0041); *Cargill*, Laudo, ¶¶ 280, 286 (CL-0197); *Mobil*, Decisión Sobre el Fondo, ¶¶ 113, 148-151 (RL-0243).

⁵²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 204.

⁵²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 205.

⁵³⁰ Véase *Glamis Gold*, Memorial de Contestación de los Estados Unidos, pp. 227 y 228 (RL-0041). (Citando el caso *Thunderbird* donde los Estados Unidos afirmó que el párrafo 1 del artículo 1105 sólo puede violarse si la acción de un Estado equivale a una "grave denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta que no se ajuste a las normas internacionales"); *TECO c. Guatemala*, Presentación de los Estados Unidos, ¶ 7 (RL-0187); *RDC c. Guatemala*, Presentación de El Salvador (1 de enero de 2012) ¶ 7 (RL-0188); *TECO c. Guatemala*, Presentación de Honduras (15 de noviembre de 2012) ¶¶ 9-10 (RL-0186). *David Aven c. Costa Rica*, Memorial de Contestación de Costa Rica, ¶ 564 (RL-0189).

⁵³¹ *Eli Lilly and company v Canada, Uncitral, ICSID case No. UNCT/14/2*, Memorial de Contestación de Canadá, ¶ 213 (RL-0212). ("Esa norma, como se ha afirmado abrumadoramente en la jurisprudencia del TLCAN desde 2001, protege a los inversores contra las medidas que "ponderadas en el contexto fáctico dado, equivalen a una grave denegación de justicia o a una arbitrariedad manifiesta que no se ajusta a las normas internacionales aceptables")

⁵³² *Bear Creek c. el Perú*, ICSID case No/ ARB/14/21, Memorial de Contestación de Perú (6 de octubre de 2015, ¶¶ 270 a 272 (RL-0213).

⁵³³ *Apotex v. Estados Unidos*, CIADI, Caso No. ARB (AF)/12/1, Laudo (25 de agosto de 2014), ¶ 9.49 (RL-0215). Véase también *Dumberry*, p. 262 (RL-0211)

manifiestamente arbitrarias.⁵³⁴

324. La lectura completa de *Waste Management II* refuerza aún más la presentación de la Demandada. En *Waste Management II*, el tribunal describió la norma para la violación del nivel mínimo de trato de trato justo y equitativo de la siguiente manera:

... el nivel mínimo de trato de trato justo y equitativo se viola por una conducta atribuible al Estado y perjudicial para el demandante si la conducta es arbitraria, gravemente injusta, parcial o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios sectoriales o raciales, o implica una falta de debido proceso que conduce a un resultado que ofende a la corrección judicial, como podría ser el caso de una falla manifiesta de la justicia nacional en los procedimientos judiciales o una total falta de transparencia y franqueza en un proceso administrativo.⁵³⁵

325. El término "arbitrario" leído en el contexto de este párrafo indica que sólo las faltas graves pueden violar el trato justo y equitativo.

iii. *La obligación de actuar de buena fe*

326. El trato justo y equitativo previsto en el Artículo 10.5 no incluye la obligación de actuar de buena fe. Los Demandantes no han presentado ninguna prueba de la práctica del Estado y *opino juris* para argumentar lo contrario. Es cierto que la buena fe es "uno de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas", pero, como sostiene la Corte Internacional de Justicia, "no es en sí misma una fuente de obligaciones donde no existirían de otro modo" que, de incumplirse, puede dar lugar a la responsabilidad del Estado".⁵³⁶ Las partes en el TLCAN y el CAFTA han expresado sistemáticamente la misma opinión.⁵³⁷

327. Ninguno de los casos a los que hacen referencia los Demandantes respalda su presentación. En *Merrill & Ring c. Canadá*, el tribunal señaló que incluso si la obligación de actuar de buena fe no es una "obligación[...] autónomas en virtud del Artículo 1105(1) del derecho internacional, y podrían tampoco formar parte del derecho consuetudinario, [es] en gran medida la expresión de principios generales del derecho y, por

⁵³⁴ Véase *Glamis Gold*, Laudo ¶ 627 (RL-0041). *Eli Lilly and Co.* ¶ 222 (RL-0040); *Thunderbird* ¶ 194 (CL-0198); Véase *Cargill*, ¶ 284 (CL-0197).

⁵³⁵ *Waste Management II*, ¶471 (CL-0022)

⁵³⁶ *Dumberry*, citando a *Nuclear Tests (Australia c. Francia)*, sentencia, (20 de diciembre de 1974) ICJ Rep. 1974, en p.268, ¶46 (RL-0211); Relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (*Nicaragua c. Honduras*), Jurisdicción y admisibilidad, sentencia, (20 de diciembre de 1988), Corte Internacional de Justicia, ¶94 (RL-0216). Véase también *ADF Group Inc. c. EE. UU*, Case CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo (9 de enero de 2003), ¶ 191 (CL-0081).

⁵³⁷ Esta posición coherente y de larga data ha sido articulada en repetidas presentaciones de los Estados Unidos a los tribunales del TLCAN. Véase, por ejemplo, *Mesa Power Group*, Presentación de los Estados Unidos de América (25 de julio de 2014), ¶ 7 (RL-0210) ("Está bien establecido en el derecho internacional que la buena fe es 'uno de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas', pero 'no es en sí misma una fuente de obligaciones donde de otro modo no existirían'"); *Clayton c. Gobierno de Canadá*, TLCAN/CNUDMI, Caso PCA No. 2009-04, Presentación de los Estados Unidos de América (19 de abril de 2013), ¶ 6 (mismo) (RL-0217); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c. EE.UU*, TLCAN/CNUDMI, Memorial de Contestación de Estados Unidos de América (22 de diciembre de 2008), ¶ 94 (RL-0154); *Canfor Corp. c. EE.UU*, TLCAN/CNUDMI, Respuesta sobre la jurisdicción de los Estados Unidos de América demandados (6 de agosto de 2004), ¶ 29, No. 93 (RL-0218).

lo tanto, también forman parte del derecho internacional.⁵³⁸

328. El Artículo 10.5 es claro; el trato justo y equitativo no requiere un trato más allá del que se otorga conforme al nivel mínimo de trato a los extranjeros en virtud del derecho internacional consuetudinario. La cuestión es si un Estado tiene la obligación de actuar de buena fe con arreglo al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y no si tal obligación existe conforme al "derecho internacional". Por lo tanto, la conclusión del tribunal en *Merrill & Ring* es irrelevante para el presente caso.

329. El tribunal en *Walter Bau* interpretó el trato justo y equitativo como una norma autónoma.⁵³⁹ Incluso en ese caso, el tribunal no llegó a la conclusión de que el trato justo y equitativo incluye la obligación de actuar de buena fe.

330. En conclusión, los Demandantes han presentado las pruebas necesarias para demostrar que el trato justo y equitativo previsto en el Artículo 10.5 obliga a un Estado a actuar de buena fe.

iv. El deber de proporcionar un entorno comercial y jurídico estable y seguro

331. Los Demandantes tampoco han establecido que el Artículo 10.5 concede a los inversores el derecho a un "entorno comercial y jurídico estable y seguro" ni han definido esta obligación.

332. Los casos citados por los Demandantes no son de utilidad en el presente caso. Ninguno de los casos analizados por los Demandantes ha llegado a la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario del nivel mínimo de trato incluya la obligación de proporcionar un "entorno comercial y jurídico estable y seguro". Es comprensible: en todos los casos se interpretó el trato justo y equitativo como una norma autónoma. Como se ha señalado, dichos casos no ilustran el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, son irrelevantes⁵⁴⁰.

333. Hay más razones por las que los casos son inaplicables. Los casos citados por los Demandantes ni siquiera han llegado a la conclusión de que el trato justo y equitativo autónomo incluya la obligación de proporcionar "un entorno comercial y jurídico estable y seguro". En *Arif c. Moldavia*, el tribunal concluyó que el demandado había violado su obligación de proporcionar un trato justo y equitativo porque había violado las expectativas legítimas del demandante de un marco jurídico seguro".⁵⁴¹ No concluyó que el demandado tuviera la obligación de proporcionar un marco jurídico seguro.

334. Por razones similares, *Walter Bau* tampoco brinda orientación alguna. En *Walter Bau* el tribunal no

⁵³⁸ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/01, Laudo (31 de marzo de 2010), ¶ 187 (CL-0201).

⁵³⁹ *Walter Bau Ag (In Liquidation) v. Tailandia*, CNUDMI, Laudo (1 de julio de 2009), ¶11.1 (CL-0206). Véase TBI Alemania-Tailandia (2002), Artículo 2(3) (RL-0207-ENG). Véase TBI Alemania-Tailandia (2002), Artículo 2(3) (RL-0207).

⁵⁴⁰ *Cargill*, ¶ 290 (CL-0197)

⁵⁴¹ *Arif*, ¶ 547 (CL-0126)

concluyó que el trato justo y equitativo obliga a los Estados a actuar de manera "coherente".⁵⁴² Si bien el tribunal se refirió a la interpretación del trato justo y equitativo en *Biwater c. Tanzania*, sólo reivindicó la conclusión del tribunal de que el trato justo y equitativo incluye la protección de las expectativas legítimas.⁵⁴³ *Tecmed c. México* tampoco respalda la presentación de los Demandantes. En *Tecmed*, el tribunal no dictaminó que un inversor tiene derecho a un "entorno jurídico estable y seguro". Más bien, el tribunal se limitó a concluir que un inversor extranjero espera que un Estado no actúe de manera arbitraria.⁵⁴⁴

335. También está fuera de lugar que los Demandantes se basen en el principio del impedimento legal (estoppel). Sostienen que el principio general del impedimento legal "prohíbe a una parte 'cambiar su posición después de haber hecho o consentido una declaración particular en la que otra parte se basa en una actividad posterior en su propio detrimento o en beneficio de la otra parte'.⁵⁴⁵ Basándose en este principio, los Demandantes culpan a la decisión de los tribunales guatemaltecos de suspender la licencia de explotación. Pero, como el resto de las normas alegadas, los Demandantes no establecen de qué manera el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluye dicha obligación. Tampoco podían hacerlo. Ni siquiera la norma autónoma de trato justo y equitativo ofrece esa protección. Esto se afirmó en el caso *Arif c. Moldavia*. En *Arif*, el demandante alegó que la demandada está "impedida de alegar que el Sr. Arif tenía un derecho inválido en virtud de la legislación de Moldavia porque fue la propia Moldavia la que le concedió ese derecho".⁵⁴⁶ El tribunal rechazó la alegación del demandante afirmando que la aceptación de tal argumento "implicaría inevitablemente que Moldavia puede ser responsable a nivel internacional de la correcta aplicación por parte de los tribunales moldavos de la legislación moldava en las demandas presentadas por un competidor privado".⁵⁴⁷

336. En resumen, los Demandantes no han establecido que el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluya la obligación de proporcionar un entorno comercial y jurídico estable y seguro ni el principio de impedimento legal.

3) Guatemala No Violó el Trato Justo y Equitativo del nivel mínimo de trato del Derecho Internacional Consuetudinario ni Incumplió las Normas Propuestas por los Demandantes

337. En la sección III. B, los Demandantes sostienen que la Demandada violó el trato justo y equitativo

⁵⁴² Véase el Memorial de Demanda, ¶ 217; *Walter Bau*, ¶ 11.5 (CL-0206-ENG)

⁵⁴³ *Walter Bau*, ¶ 11.7 (CL-0206).

⁵⁴⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), ¶ 154 (CL-0122) ("El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actúe de manera coherente, es decir, sin revocar arbitrariamente ninguna decisión o permiso preexistente emitido por el Estado en el que se basó el inversor para asumir sus compromisos, así como para planificar y poner en marcha sus actividades comerciales y empresariales").

⁵⁴⁵ Memorial de Demanda, ¶ 235.

⁵⁴⁶ *Arif*, ¶ 419 (CL-0126).

⁵⁴⁷ *Ibid.*

porque actuó arbitrariamente con respecto a Exmingua. Los actos arbitrarios, según los Demandantes, son los siguientes:

- La Corte de Constitucionalidad suspendió la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII al "imponer retroactivamente un nuevo requisito para la licencia contrario a la ley establecida, años después de que Exmingua obtuviera la licencia y operara bajo una licencia de explotación válida".
- Tras la decisión de la Corte, el MEM suspendió la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII y sin fundamento legal revocó temporariamente la licencia de exportación de Exmingua.
- La Demandada inició "acciones penales hostigadoras y sin fundamento contra los empleados de Exmingua, y la confiscación arbitraria e ilegal de concentrado".
- El MEM rechazó la solicitud de Exmingua de suspender el requisito de el EIA de realizar consultas locales hasta que "ya no haya un impedimento que cause una imposibilidad física y material". En su lugar, se le ordenó a Exmingua que presentara el EIA para Santa Margarita dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución a Exmingua.⁵⁴⁸

338. Como se describe más adelante, estos reclamos no tienen fundamento alguno.

a. El umbral para determinar una violación de la arbitrariedad es alto y requiere algo más que la demostración de un acto ilegal

339. Incluso si el trato justo y equitativo del nivel mínimo de trato protege a los inversores de medidas arbitrarias, los Demandantes no han demostrado que Guatemala haya actuado de manera arbitraria. Se requiere un alto umbral de responsabilidad para establecer una conclusión de arbitrariedad.⁵⁴⁹ La arbitrariedad en el derecho internacional "no es tanto algo que se opone a un estado de derecho, sino algo que se opone al estado de derecho."⁵⁵⁰ Es decir, "por sí sola y sin más, no se puede decir que la ilegalidad equivalga a arbitrariedad. Identificar la arbitrariedad con la mera ilegalidad equivaldría a privarla de todo significado útil por derecho propio".⁵⁵¹ Más bien, la arbitrariedad, como se señala en ELSI, "es un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de propiedad jurídica".⁵⁵² La definición enmarcada en ELSI ha sido reconocida por muchos como "el caso más importante para la definición de arbitrariedad en el derecho internacional".⁵⁵³

340. Tribunales en casos NAFTA encargados de interpretar el trato justo y equitativo del nivel mínimo de trato han adoptado la estricta norma establecida en ELSI.⁵⁵⁴ Siguiendo el estándar establecido por la CIJ,

⁵⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 221.

⁵⁴⁹ Patrick Dumberry, p.124 (RL-0211); Jacob Stone, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, Leiden Journal of International Law (2012), 25, p. 99 (RL-0270).

⁵⁵⁰ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (EE. UU. c. Italia)*; Sentencia de fecha 20 de julio de 1989, [1989] ICJ Rep., ¶128 (ELSI) (RL-0199).

⁵⁵¹ *Id.* ¶ 124.

⁵⁵² *Id.* ¶ 128.

⁵⁵³ Jacob Stone, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, Leiden Journal of International Law (2012), p.88 (RL-0270).

⁵⁵⁴ *Thunderbird*, ¶ 194 (CL-0198); *Glamis Gold*, ¶ 22(RL-0041); *Bilcon*, ¶ 625; *Mondev International Ltd. c. EE.UU.*, Caso CIADI No. ARB(AF)99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 127 (RL-0018).

muchos tribunales han insistido constantemente en que “algo más que la simple ilegalidad o falta de autoridad bajo el derecho interno de un Estado es necesario para hacer que un acto o medida sea incompatible con los requisitos del derecho internacional consuetudinario del artículo 1105 (1) ”.⁵⁵⁵

341. Como se explica anteriormente, debido a la naturaleza especial de los fallos, las sentencias nacionales gozan de una deferencia mayor que la que se otorga a las órdenes emitidas por otras instituciones gubernamentales. A diferencia de otras órdenes, la sentencia "da expresión formal e institucional a la influencia del argumento razonado en los asuntos humanos".⁵⁵⁶ Un tribunal nacional también está mejor situado y equipado para interpretar la legislación nacional. Por lo tanto, como bien dijo el profesor Paulsson, "la regla general es que la última palabra en cuanto al significado de la ley nacional debe dejarse en manos del poder judicial nacional".⁵⁵⁷

342. La "regla general" se aplica incluso si un tribunal aplica retroactivamente una nueva norma.⁵⁵⁸ Debido al alto umbral requerido para establecer la arbitrariedad, los demandantes rara vez logran establecer una medida arbitraria. Por ejemplo, en el caso *Waste Management II* el tribunal desestimó la demanda de trato justo y equitativo del demandante, señalando que no había pruebas suficientes para concluir que el demandado "había actuado de manera totalmente arbitraria o de manera gravemente injusta".⁵⁵⁹ El tribunal llegó a su conclusión a pesar de estar de acuerdo en que el demandado: i) "no hizo cumplir de manera adecuada" una ordenanza municipal; ii) "incumplió varios aspectos de sus obligaciones contractuales con el demandante"; y iii) "intentó hacer cumplir una fianza de cumplimiento de manera "problemática".

343. Los Demandantes citan el caso *GAMI c. México*, pero el caso no contribuye a su reclamo. Como señalan los Demandantes, el tribunal en el caso *GAMI* afirmó, en efecto, que la aplicación de las leyes nacionales de manera arbitraria puede dar lugar a responsabilidad. Pero, en consonancia con decisiones anteriores, el tribunal insistió en que una aplicación incorrecta de la ley no equivale a un acto arbitrario. A

⁵⁵⁵ *ADF Group Inc. c. EE.UU.*, Caso CIADI. ARB (AF)/00/1, Laudo (9 de enero de 2003), ¶190 (RL-0081). Véase también *Glamis Gold*, ¶ 625 (CL-0041) (“La arbitrariedad que contraviene el estado de derecho, más que un estado de derecho, sorprendería no solo a los inversores, sino también a los tribunales. Esto no es una mera apariencia de arbitrariedad- Sin embargo, la determinación de un tribunal de que una agencia actuó de una manera con la que el tribunal no está de acuerdo o que un estado aprobó una legislación que el tribunal no considera curativa de todos los males presentados; más bien, este es un nivel de arbitrariedad que, como lo expresó *International Thunderbird*, equivale a una “denegación grave de justicia o una arbitrariedad manifiesta que cae por debajo de los estándares internacionales aceptables.”); *Thunderbird* ¶ 160 (RL-0198) “[no corresponde al Tribunal determinar cómo [la autoridad reguladora estatal] debería haber interpretado o respondido a la [operación comercial propuesta], ya que al hacerlo, el Tribunal interferiría con cuestiones de derecho puramente interno y la manera en qué gobiernos deben resolver los asuntos administrativos (que pueden variar de un país a otro)”).

⁵⁵⁶ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication*, p. 876 (RL-0191).

⁵⁵⁷ Jan Paulsson, *Denial Of Justice In International Law*, p.73 (CL-0171).

⁵⁵⁸ *Mondev International Ltd. v. EE.UU.*, Caso CIADI No ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 137 (RL-0018) (Normalmente corresponde a los tribunales locales determinar si y en qué circunstancias aplicar la nueva ley de decisión de forma retroactiva).

⁵⁵⁹ *Waste Management II* ¶ 115 (CL-0022).

continuación, el tribunal esquematizó las siguientes cuatro implicaciones:

El incumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no equivale necesariamente a una violación del derecho internacional. 2) El incumplimiento de los requisitos de la legislación nacional no constituye necesariamente una violación del derecho internacional. 3) La prueba de un esfuerzo de buena fe por parte del Gobierno para lograr los objetivos de sus leyes y reglamentos puede contrarrestar los casos de incumplimiento de los requisitos legales o reglamentarios. 4) El expediente en su conjunto - no los acontecimientos aislados - determina si ha habido una violación del derecho internacional. Es en este sentido que deben examinarse las alegaciones referidas a *GAMI* con respecto al Artículo 1105.⁵⁶⁰

344. Los Demandantes no han alegado nada más que una violación de la ley guatemalteca. Como se describió anteriormente, una violación de una ley nacional, incluso si se prueba, no puede sin más resultar en una violación del estándar mínimo de trato. Por tanto, debe desestimarse la comunicación de los Demandantes.

b. Las decisiones de los tribunales no fueron arbitrarias sino legales, razonables y previsibles

345. Los Demandantes no han demostrado que las decisiones de los tribunales guatemaltecos fueran arbitrarias, y mucho menos manifiestamente arbitrarias. Cabe señalar lo que los Demandantes no alegan que los tribunales hayan "ignorado voluntariamente... el debido proceso legal". Tampoco alegan los Demandantes que las medidas de los tribunales "conduzcan a una preocupación justificada en cuanto a la corrección judicial del resultado". Más bien, toda la demanda se basa en una conducta supuestamente arbitraria: la suspensión por parte de los tribunales guatemaltecos de la licencia de explotación de Exmingua mediante la aplicación retroactiva de una "novedosa interpretación de la ley que 'cambia las reglas de juego'".⁵⁶¹

346. Los tribunales han rechazado reiteradamente tales reclamos. La aplicación errónea de una ley o incluso la aplicación retroactiva de una nueva ley no constituye una arbitrariedad. En *Mondev c. los Estados Unidos*, el tribunal rechazó un argumento similar del demandante, señalando que "normalmente corresponde a los tribunales locales determinar si se aplica una nueva ley decisoria de manera retroactiva y en qué circunstancias".⁵⁶² Aparte de alegar que la conclusión de los tribunales es contraria a la legislación guatemalteca, los Demandantes no han establecido ninguna arbitrariedad en la decisión de los tribunales. Por lo tanto, su reclamo debe ser rechazado.

347. Como se ha explicado extensamente en la sección III *ut supra*, la obligación de consulta con los pueblos indígenas y tribales es una obligación en Guatemala desde el año 1996. Más aún, inclusive antes de que la inversión de los Demandantes en Guatemala se consolidara, ya existían suficientes decisiones de la Corte de Constitucionalidad estableciendo la necesidad de consultar a los pueblos indígenas, y de una forma que fuera

⁵⁶⁰ *Gami Investments Inc. v. Mexico*, CNUDMI, 5 de noviembre de 2014, Laudo, ¶ 97 (CL-0036).

⁵⁶¹ Memorial de Demanda, Sección III.B.3.a, ¶230, 234.

⁵⁶² *Mondev c. USA*, Laudo ¶¶ 103, 108. (RL-0018)

compatible con su cultura e idiosincrasia.⁵⁶³ Además, como bien señalan los expertos en derecho minero, el mismo EIA reconoce que en el área de la mina más del 50% de la población son pueblos indígenas y tribales y, sin embargo, los Demandantes no atinaron a requerir la realización de consultas en forma apropiada.⁵⁶⁴ La más mínima debida diligencia hubiera informado sobre la necesidad de realizar consultas a las comunidades en derredor de la mina, realizadas en forma compatible con su cultura e idiosincrática.⁵⁶⁵

348. Queda claro que la decisión de la Corte Suprema que fue ratificada por la Corte de Constitucionalidad dista mucho de ser "novedosa". De hecho, desde 2007, la Corte de Constitucionalidad ha hecho hincapié en que las comunidades indígenas tienen derecho a ser consultadas antes de que se emita cualquier medida, incluida una licencia de explotación.⁵⁶⁶ La Corte de Constitucionalidad también ha señalado que la falta de una directriz sobre la consulta no excusa el hecho de que no se lleve a cabo la consulta requerida en virtud del Convenio 169 de la OIT.⁵⁶⁷

c. La suspensión de la licencia de exportación por parte del MEM fue temporaria y razonable

349. Los Demandantes alegan que el MEM suspendió de manera arbitraria la licencia de exportación de Progreso VII, pero no se esmeran en absoluto en fundamentar su demanda.⁵⁶⁸ Tras el amparo provisional de la Corte Suprema, el MEM suspendió temporariamente la licencia de exportación de Progreso VII hasta que la Corte Suprema emitiera el fallo correspondiente.⁵⁶⁹ Tras la apelación de la decisión por parte de Exmingua, el MEM revocó la suspensión en los meses siguientes a la apelación.⁵⁷⁰ Cualquier error jurídico que los Demandantes alegan que ha cometido el MEM al revocar la licencia fue rectificado por esta última decisión. Por lo tanto, la reclamación es discutible.

d. La acusación penal y el secuestro del oro no violaron la legislación nacional ni los principios obligatorios del derecho internacional

350. Los argumentos de los Demandantes sobre los supuestos cargos criminales y el secuestro de oro no tienen fundamento. Sostienen que la acusación penal formulada contra los empleados de Exmingua el 9 de

⁵⁶³ Ver sección III discusión de los casos Río Hondo 1, y Río Hondo 2, Caso Cementos Progreso. En el caso Cementos Progreso la Corte de Constitucional ya había plenamente desarrollado todos los requisitos presentes en cualquier de las decisiones posteriores sobre consulta de los pueblos indígenas y tribales. Esta decisión precede en dos meses al inicio de las *supuestas* consultas desarrolladas por Exmingua, y antecede prácticamente a la totalidad de la supuesta inversión realizada.

⁵⁶⁴ Informe SLR, sección 7.5, Licencia Social para Operar.

⁵⁶⁵ La cuestión ya era también jurisprudencia constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁶⁶ *Sipacapa*, Expediente No. 1179-2005, p 8.4 (C-0440).

⁵⁶⁷ Sentencia *Cementos Progreso*, p, 18 (R-0880); Véase también Informe Richter, ¶¶ 26, 27 y 29.

⁵⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 221, 231.

⁵⁶⁹ Resolución No. 146 emitido por MEM de fecha 3 de mayo de 2016 (C-0140).

⁵⁷⁰ Decisión de la Corte de Constitucionalidad en Caso No. 1592-2014 de fecha 5 de mayo de 2016 (C-0143); Resolución No. 5194 emitida por MEM el 24 de octubre de 2016 (C-0142).

mayo de 2016 y el subsiguiente secuestro del concentrado de oro fueron "arbitrarios" e "ilegales".⁵⁷¹ No obstante, su reclamo no tiene fundamento en el derecho internacional.

351. El derecho internacional permite a un Estado "organizar la aplicación de las leyes en su territorio de la manera que razonablemente elija hacerlo".⁵⁷² Los Demandantes no han establecido que el procesamiento o el secuestro fueran ilegales, arbitrarios o contrarios a los "principios generales del derecho internacional". Tales alegaciones infundadas deben ser desestimadas.

352. Además de ello, los hechos demuestran que las alegaciones son absolutamente infundadas, imprecisas y que, en definitiva, es voluntad de los Demandantes que esta situación no se resuelva para tener un argumento para realizar. Mientras que en su misma valuación dicen que el concentrado vale 600 mil dólares, sus reclamos por la *alegada* violación de los estándares, es multimillonaria. La ganancia es rotunda.

353. Respecto a estas acusaciones, hay mucho que decir. Primero, debe señalarse que es muy difícil entender el argumento de los Demandantes porque constantemente confunden, sea de manera involuntaria o intencional, los nombres de los juzgados, el tipo de medidas adoptadas, e inclusive el nombre y rango de los juzgados intervinientes. Y esto no es sólo motivo de la *nefasta* primera traducción que presentaron, que no estuvo disponible para Guatemala sino hasta 3 meses después de la fecha de presentación original del escrito, sino que hay diferencias notorias entre la versión en inglés y en castellano. Por ejemplo, en la versión en inglés hablan del "Attorney General" como la persona que lleva adelante las investigaciones, mientras que en la versión en español correctamente identifican al organismo como el Ministerio Público, es decir, es la versión original en inglés la que se encuentra equivocada.⁵⁷³ Hablan también de "confiscación" y de "incautación del concentrado de oro", mientras que el oro se encuentra *secuestrado (en guarda)* en los términos de los artículos 200, 201 y 202 del Código Procesal Penal de Guatemala.⁵⁷⁴ De hecho, no ha existido ninguna confiscación, el concentrado de oro, así como otros elementos de los detenidos, que fueron secuestrados como evidencia. Inclusive, en las facilidades administrativas de la mina donde se encuentra parte del concentrado de oro estos se encuentran precintado con cinta que reza "EVIDENCIA MINISTERIO PUBLICO."⁵⁷⁵

354. En el mismo sentido, otra cuestión de gran importancia es que aquí no se ha realizado ninguna "operación encubierta" para detener a los empleados de Exmingua que llevaban el concentrado. Las operaciones encubiertas están destinadas en Guatemala al combate del crimen organizado, mientras que lo que aquí sucedió fue un simple control carretero que resultó en la determinación de que las personas involucradas

⁵⁷¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 237 a 241.

⁵⁷² Paulsson, p. 174 (CL-0171).

⁵⁷³ La traducción correcta y la oficina en Guatemala con las atribuciones de la persecución penal es el "Ministerio Público".

⁵⁷⁴ Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto Número 51-92, Arts. 200, 201 y 202 (C-0406).

⁵⁷⁵ Cinta con las que se encuentra realizado el precintado del concentrado del oro.

podían estar incurriendo en un delito en flagrancia. El Estado no se puede defender en forma efectiva si los Demandantes – sea intencionalmente o involuntariamente – no identifican con la precisión necesaria los términos de la ley.

355. Más allá de que la investigación penal todavía sigue abierta y sigue siendo conducida por las Autoridades competentes en Guatemala, no cabe dudas de que la explotación de los recursos naturales ha sido realizada en forma ilegal. Exmingua debió haber detenido la producción el día 11 de noviembre de 2015 por los efectos jurídicos del Amparo Provisional ordenado por la Corte Suprema (constituida como Tribunal de Amparo). No obstante, en el caso negado que se aceptase que Exmingua no recibió notificación en esa fecha, el día 1 de diciembre de 2015 quedó notificada cuando se presentó en el expediente del trámite del amparo. Exmingua ni los Demandantes pueden alegar el desconocimiento del derecho. Finalmente, e inclusive, si por cualquier motivo la fecha de la notificación de la suspensión de explotación hubiere sido realizada recién el día 16 de marzo, queda absolutamente claro y demostrado, a partir de la inspección realizada por el MEM 2 de mayo de 2020, que habían continuado la explotación inclusive hasta el día anterior a la inspección, 1 de mayo de 2020⁵⁷⁶

356. Asimismo, es importante hacer notar que los Demandantes han sido invitados a retirar parte de los elementos que les fueron secuestrados como teléfonos celulares y maquinarias, los cuales ya han sido evaluados como medios probatorios por las Autoridades, y por lo tanto no se necesitan más como evidencia, pero que – como se explicó más arriba – se niegan a retirar.⁵⁷⁷ En relación al concentrado de oro, los Demandantes no dicen que (a) una parte importante de este concentrado se encuentra en las instalaciones de Exmingua misma bajo el cuidado de la misma Exmingua, y que (b) en relación al concentrado que se secuestró, éste fue trasladado y puesto bajo la custodia del organismo judicial mediante resolución que se encuentra en el mismo expediente de la causa.⁵⁷⁸ Hasta la última información disponible, Exmingua no había solicitado al Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente la devolución del concentrado de oro.

⁵⁷⁶ Véase Inspección del MEM a Exmingua de fecha 2 de mayo de 2020 (**R-0121**).

⁵⁷⁷ Decisión del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del 27 de abril de 2018, acordando la devolución de objetos secuestrados por parte del Ministerio Público (**R-0122**); Escrito de Solicitud del Ministerio Público de fecha 04 de junio de 2018, solicitando la emisión de una nueva orden para la devolución de la evidencia ingresada al Almacén del Organismo Judicial (**R-0123**). Véase también Citación librada por el Ministerio Público en fecha 04 de diciembre de 2020 (**R-0124**) (mediante correo electrónico a Exmingua y su representante legal con la finalidad de tomar las medidas pertinentes para atender el requerimiento formulado en cuanto a los bienes secuestrados. Dado que algunas de estas expresiones se hicieron en forma oral, Guatemala se reserva el derecho de presentar prueba testimonial en caso de que estos hechos sean denegados por los Demandantes.

⁵⁷⁸ Registro de Ingreso 359-2017 del Departamento de Bodega de Evidencias del almacén Judicial Central del Organismo Judicial de Guatemala, del 26 de julio de 2017, donde se dejó constancia del traslado de los 19 sacos de concentrado de oro a dicha dependencia judicial (**R-0125**).

e. El requerimiento de MEM para un Estudio de Impacto Ambiental no es arbitrario

357. Por último, los Demandantes argumentan que Guatemala violó el trato justo y equitativo porque el MEM: i) “[a]rbitrariamente exigió [e] en diciembre de 2016 que Exmingua presente el EIA de Santa Margarita, debidamente aprobada por el MARN, dentro de los 30 días”, y ii) “[u]njustificablemente deneg [aron], en abril de 2017, la solicitud de Exmingua de suspender el requisito del EIA para realizar consultas locales, ... y ordenar a Exmingua que presente el EIA para Santa Margarita dentro de los 30 días posteriores a la notificación de la resolución por parte de Exmingua”.⁵⁷⁹ Pero no dan ninguna explicación de por qué la decisión del MEM fue arbitraria, colocando a Guatemala en una situación en la que se le dificulta saber a qué responder en la presentación de los Demandantes.

358. Los hechos debilitan la alegación de los Demandantes. Como señalaron los Demandantes, Exmingua “tenía la obligación de preparar un EIA para obtener una licencia de explotación minera para el área de Santa Margarita”.⁵⁸⁰ Esto incluye la realización de consultas con las comunidades. El profesor Fuentes reconoce que el MARN tiene el mandato de aprobar o rechazar el EIA.⁵⁸¹ Al llevar a cabo la evaluación, el MARN revisará “de la información contenida en los Instrumentos de Evaluación Ambiental, de las inspecciones y de las opiniones que se reciban de entidades públicas, así como de las observaciones u oposición pública que resulte”.⁵⁸²

359. Los Demandantes no intentan explicar por qué el MARN o el MEM deberían derogar esta regla. El 21 de diciembre de 2016, el MEM emitió la Resolución No. 4056, instruyendo a Exmingua a presentar dentro de los 30 días un EIA debidamente aprobado para el sitio de Santa Margarita.⁵⁸³ Sin respetar el plazo fijado por el MEM, el 22 de marzo de 2017 Exmingua solicitó al MEM la suspensión indefinida del requisito de consulta, citando el artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial.⁵⁸⁴ Exmingua afirmó que no pudo realizar la consulta porque “el acceso a las áreas del proyecto ha sido bloqueado y las comunidades que se oponen al proyecto han hecho amenazas”.⁵⁸⁵ El 5 de abril de 2017, el MEM declinó la solicitud, explicando que “no existe base legal en la Ley de Minería” para atender la solicitud de Exmingua. Ni Exmingua ni los Demandantes han abordado la razón proporcionada por el MEM.⁵⁸⁶ Tampoco han explicado cómo la decisión del MEM puede ser vista como arbitraria.

360. El artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial no es útil para el caso de los Demandantes. Primero,

⁵⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶ 245.

⁵⁸⁰ Informe Fuentes, ¶ 75.

⁵⁸¹ Informe Fuentes, ¶¶ 13-15.

⁵⁸² Informe Fuentes, ¶ 14.

⁵⁸³ Oficio No. 497 de MEM, adjuntando Resolución No. 4056 (21 de diciembre de 2016) (C-0012).

⁵⁸⁴ Carta de Exmingua dirigida al MEM, adjuntando Certificación de Notario de fecha 22 de marzo de 2017 (C-0013).

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Oficio No. 5099 del MEM, adjuntando Resolución No. 1191 de fecha 22 de septiembre de 2017 (C-0014).

los Demandantes no han demostrado cómo la Ley del Organismo Judicial, que es una ley procesal, puede derogar una ley sustantiva. Incluso si es aplicable, el Artículo 50 requiere que los Demandantes informen y prueben la existencia de dicho impedimento dentro de los tres días “desde el momento en que comenzó el impedimento”.⁵⁸⁷ La solicitud de Exmingua está prescrita. Solicitó la suspensión del trámite el 22 de marzo de 2017, más de 3 días desde que tuvo conocimiento del impedimento.⁵⁸⁸ En segundo lugar, el artículo 50 no permite la suspensión completa de un requisito legal, más bien suspende el plazo para cumplir con el requisito⁵⁸⁹. En consecuencia, los Demandantes no se pueden apoyar en el Artículo 50.

361. Además, no hay evidencia que demuestre que Exmingua no pudo realizar la consulta necesaria. En su solicitud de suspensión, Exmingua afirma que no pudo realizar el EIA porque no pudo “acceder ... al área del proyecto”.⁵⁹⁰ Pero esto es irrelevante. Las consultas comunitarias no se llevan a cabo en el lugar del proyecto, por lo que su incapacidad para acceder al área del proyecto no podría impedirle realizar las consultas necesarias. Además, la prueba aportada al MEM y este Tribunal solo constata que existieron “varias pancartas y lonas dispersas con consignas contra la minería” en la “zona urbana del municipio de San Pedro Ayampuc”.⁵⁹¹ Claramente, tales protestas no impidieron ingreso a la mina.

f. La Corte de Constitucionalidad no suspendió, de facto o de jure, la licencia de exploración de Santa Margarita o el supuesto derecho de los Demandantes a continuar la operación.

362. Finalmente, los Demandantes argumentan que Guatemala violó su obligación de brindar un trato justo y equitativo al suspender de manera arbitraria e ilegal la licencia de exploración de Santa Margarita y su derecho a continuar operando este proyecto.⁵⁹² El reclamo se basa en premisas falsas: (i) la decisión arbitraria de la Corte de Constitucionalidad suspendió de facto la licencia de exploración de Exmingua⁵⁹³, (ii) la decisión de la Corte fue arbitraria e ilegal, y (iii) la licencia de exploración de Santa Margarita dio a los Demandantes expectativas legítimas de que Exmingua sería concedida una licencia de explotación y permitida a continuar su operación.⁵⁹⁴

⁵⁸⁷ Ley Judicial, Artículo 50 (C-0415).

⁵⁸⁸ Véase Anexo C-0013, el Notario notificó el bloqueo el 14 de marzo de 2017.

⁵⁸⁹ Informe Richter, ¶146. (“Resultaba imposible desde el punto de vista legal que el Ministerio de Energía y Minas eximiera del cumplimiento de requisitos a la entidad solicitante, en cuanto a su gestión para obtener la licencia de explotación para Santa Margarita... de conformidad con el principio de legalidad establecido en los artículos 152 y 154 constitucionales”).

⁵⁹⁰ Véase Carta de Exmingua (C-0013).

⁵⁹¹ Carta de Exmingua (C-0013). Véase también Informe Fuentes, ¶ 75 (Fuentes declara que la consulta “existió la imposibilidad material de acercamiento a las comunidades en las zonas aledañas, debido a la obstrucción de ciertos grupos, impidiendo concluir los estudios sociales necesarios para el EIA”). Sin embargo, Anexo C-0454, la única evidencia citada por el Prof. Fuentes no apoya esta alegación; Véase Carta de Exmingua a MARN de fecha 7 de abril de 2017, p. 1 (C-0015). Véase también Anexo C-0550 – que no evidencia bloqueo.

⁵⁹² Memorial de Demanda, ¶¶ 242-43.

⁵⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 243.

⁵⁹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 242.

363. Ninguna de estas premisas puede soportar un escrutinio más concienzudo. Primero, su reclamo es especulativo. Los Demandantes no alegan que, debido a la decisión de la Corte de Constitucionalidad, Exmingua haya perdido su derecho en virtud de la licencia de exploración de Santa Margarita. En su lugar, están especulando que "CALAS" u otra entidad pueden iniciar otra acción de amparo para suspender la licencia de exploración.⁵⁹⁵ Sin duda, un estado no puede ser considerado responsable por una acción que aún no ha tomado. El simple hecho es que la decisión de la Corte de Constitucionalidad no tuvo impacto en la licencia de exploración o explotación de Santa Margarita. Exmingua detuvo su operación en mayo de 2016, mucho antes de que interpusiera su recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad.⁵⁹⁶ En segundo lugar, los Demandantes no han probado que la decisión del Tribunal Constitucional fuera arbitraria o ilegal. Finalmente, los Demandantes no pueden esperar razonablemente que Exmingua reciba una licencia de explotación automáticamente por el mero hecho de tener una licencia de exploración. Según lo aceptado por el profesor Fuentes, una licencia de explotación solo se puede otorgar si se presenta un EIA debidamente aprobado. Exmingua, según admitieron los Demandantes, no cumplió con este requisito. En consecuencia, la presentación de la Demandante carece de fundamento.

4) Los Demandantes No Han Demostrado que Tuvieran Expectativas Legítimas Ni Han Probado que se Hayan Incumplido Dichas Expectativas

364. Los Demandantes sostienen que la suspensión de la explotación de Progreso VII por parte de los tribunales guatemaltecos violó sus expectativas legítimas. Sin la presentación de las pruebas requeridas en virtud del anexo 10-B, los Demandantes insisten en que el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluye la obligación de "respetar las expectativas legítimas de un inversor que se derivan de las condiciones que el Estado ofreció para inducir la inversión del inversor".⁵⁹⁷ Las expectativas legítimas que supuestamente se violaron son las siguientes:

"Exmingua podría continuar realizando operaciones mineras en Progreso VII, y la licencia de explotación podría ser suspendida o revocada (si fuera el caso) sólo de conformidad con el marco aplicable en virtud de la legislación guatemalteca".⁵⁹⁸

365. Aun si el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluyere la obligación de proteger las expectativas legítimas, la doctrina es inaplicable a las decisiones de los tribunales locales. Un fallo de un tribunal local podría dar lugar a una responsabilidad internacional del Estado sólo si comete una denegación de justicia. Un inversor tampoco puede tener garantías de que un tribunal interprete un caso de una manera determinada.

366. Además, las expectativas de los Demandantes no eran legítimas, aún analizadas según su propia

⁵⁹⁵ *Id.* ¶ 244.

⁵⁹⁶ Kappes, ¶ 134.

⁵⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 209.

⁵⁹⁸ *Id.* ¶ 225.

definición de la norma. Los tribunales que han interpretado el trato justo y equitativo conforme al nivel mínimo trato, han definido de manera estricta las expectativas legítimas. Para que una expectativa sea "legítima" y esté protegida en virtud del Artículo 10.5: (i) la expectativa debe basarse en una declaración "definitiva, inequívoca y reiterada" hecha por el Estado para inducir la inversión (es decir, debe haberse hecho antes de que se hiciera la inversión); ⁵⁹⁹ (ii) la expectativa debe ser objetiva y razonable. Ninguno de estos elementos existe en el presente caso.

a. El principio de "expectativas legítimas" no se extiende a las decisiones de los Tribunales de Justicia

367. Una sentencia interna no puede exigir la responsabilidad del Estado si no hay una denegación de justicia. Los Demandantes no pueden eludir esta regla y atacar una decisión bien razonada bajo el disfraz de una violación de la expectativa legítima. De hecho, tal intento fue rechazado en el caso *Jan de Nul c. Egipto*, en el que el demandante pidió al tribunal que evaluara la conducta del poder judicial local en virtud de la norma de trato justo y equitativo y no en virtud de la norma de denegación de justicia.⁶⁰⁰

368. La inaplicabilidad de la doctrina a los tribunales locales también se deriva del reconocimiento de que un Estado democrático no puede asegurar a nadie que un tribunal decida a su favor. Por el contrario, un inversor –como se señaló en *Eli Lilly c. Canadá*– debe asumir que "la ley cambiaría con el tiempo en función de la toma de decisiones judiciales".⁶⁰¹

b. Al momento de la inversión, los Demandantes no recibieron una garantía específica de que las comunidades indígenas no tengan que ser consultadas antes de la emisión de una licencia de explotación

369. Si bien la doctrina se extiende a las decisiones de los tribunales locales, no se aseguró a los Demandantes que los tribunales guatemaltecos no suspenderían la licencia como consecuencia de la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Por el contrario, un inversor informado que dice estar haciendo una inversión cuya valuación actual es superior a 300 millones de dólares, debería haber realizado una debida diligencia correspondiente al nivel de la complejidad que su proyecto requería. Si así hubiere sido, esta debida diligencia hubiera arrojado el resultado de que existía una obligación de consulta con las comunidades indígenas del área

⁵⁹⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. EE. UU.*, UNCITRAL, Laudo (12 de junio de 2011), ¶ 141 (RL-0155); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002) ¶ 148-149 (Dec. 16, 2002) (el tribunal rechazó el reclamo de Feldman de expectativa legítima porque, a diferencia del caso *Metalclad c. México*, la representación no fue "definitiva, inequívoca y repetida.") (CL-0093); *Glamis Gold*, ¶620 (RL-0041); Andrew Newcombe and Luis Pardell, *Law And Practice Of Investment Treaties: Standard Of Treatment* (Kluwer Law International 2009), p. 170 ("IIA La jurisprudencia destaca que, para crear expectativas legítimas, la conducta del Estado debe ser específica e inequívoca.") (RL-0197); *White Industries*, ¶10.3.7 ("Los comentarios alentadores de los funcionarios gubernamentales no generan por sí mismos expectativas legítimas. Debe haber una 'afirmación inequívoca' o una 'garantía definitiva, inequívoca y repetida'") (RL-0198)

⁶⁰⁰ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI Nro. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008), ¶ 178, 190-191. (RL-0143).

⁶⁰¹ *Eli Lilly Co.* ¶ 385 (RL-0040).

de influencia de la mina, que el mismo EIA reconocía que eran más del 40% de la población local.

370. Existe una jurisprudencia constante que apunta a una interpretación restrictiva de la expectativa legítima. Para crear expectativas legítimas, un Estado debe haber proporcionado una "garantía individualizada, y definitiva, inequívoca y reiterada" a un inversor para "inducir una [su] inversión".⁶⁰² Por otra parte, las declaraciones que se limitan a prometer un entorno favorable a la inversión⁶⁰³ y los compromisos asumidos en virtud de las legislaciones y políticas nacionales que se extienden al público no dan lugar a expectativas razonables. Esto es especialmente cierto en el caso de los tratos justos y equitativos vinculados al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, si la expectativa legítima derivase de la licencia de explotación, éste es un acto del poder ejecutivo sujeto al control de constitucionalidad. Los Demandantes no pueden tener una expectativa legítima de que estarán exentos de la legislación del lugar donde realizan las inversiones. Como dice la doctrina, nadie puede tener una expectativa legítima de tener un derecho distinto a aquel en el cual hizo la inversión. Respecto a esta cuestión Mclachlan, Shore y Weiniger sostienen que, "... en ausencia de alguna infracción específica del derecho internacional, el inversor debe tomar la ley del Estado receptor tal como la encuentra."⁶⁰⁴

371. En virtud de dicha norma, un inversor no está protegido contra los cambios de la legislación, a menos que los cambios sean manifiestamente arbitrarios o gravemente injustos.⁶⁰⁵ Un inversor tampoco podría tener una expectativa legítima de una interpretación constante de una ley. Esto fue afirmado en *Glamis*. En este caso, el proyecto minero del demandante fue aprobado primero por la Oficina de Gestión de Tierras del Departamento del Interior de los Estados Unidos (BLM), pero su aprobación fue retirada posteriormente por

⁶⁰² See e.g. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, CNUDMI, Laudo (12 de enero de 2011), ¶ 141 (RL-0155); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 (also known as *Marvin Feldman v. Mexico*), Laudo (16 de diciembre de 2002) ¶ 148-149 (Dec. 16, 2002) (CL-0093); *Glamis Gold*, ¶620 (RL-0041); *White Industries* ¶ 10.3.7 (RL-0198)

⁶⁰³ *White Industries* ¶ 10.3.2 (El tribunal sostuvo que la afirmación general de la India de que "era seguro [...] invertir en la India y que el sistema legal indio era, a todos los efectos, el mismo que el sistema legal australiano" no podía generar expectativas legítimas. El tribunal señaló que la declaración es "vaga y general.") (RL-0198)

⁶⁰⁴ Mclachlan, Shore, Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Second Edition, page 328, 329. Los autores también sostienen, lo cual es muy ilustrativo para nuestro caso: una categoría final de casos en donde tribunales han declarado que el estándar no fue violentado, es en aquellos en donde la conducta propia del inversionista ha contribuido en alguna medida a su pérdida. Muchlinski ha dado a esta categoría el título de "advertencia del inversionista". (RL-0271).

⁶⁰⁵ *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Daños (May 22, 2012) (RL-0219), ¶153 Como se señaló en el caso *Mobil c. Canadá*, el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario no es y nunca pretendió equivaler a, una garantía contra los cambios reglamentarios, ni reflejar el requisito de que un inversor tiene derecho a esperar que no haya cambios sustanciales en el marco regulatorio en el que se realiza una inversión. Los gobiernos cambian, las políticas cambian y las normas cambian. Estos son hechos de la vida con los que los inversores y todas las personas jurídicas y físicas tienen que convivir. A lo que el inversor extranjero tiene derecho en virtud del artículo 1105 es a que todo cambio sea compatible con los requisitos del derecho internacional consuetudinario sobre el trato justo y equitativo. Tales normas se establecen, como hemos señalado anteriormente, a un nivel que protege contra el comportamiento atroz

el Departamento del Interior sobre la base de una opinión jurídica (la "Opinión M").⁶⁰⁶ El tribunal reconoció que la Opinión M "cambió una regla de décadas y un régimen centenario en el que el Demandante había basado sus expectativas razonables".⁶⁰⁷ Pero no encontró ninguna violación del trato justo y equitativo. El tribunal formuló la cuestión de la siguiente manera: "Por consiguiente, la cuestión que se presenta al Tribunal es si una opinión jurídica extensa y razonada viola el derecho internacional consuetudinario porque cambia, de manera posiblemente drástica, una ley o interpretación jurídica anterior en la que un inversor basó sus expectativas razonables y respaldadas por la inversión."⁶⁰⁸

372. El tribunal llegó entonces a una conclusión negativa: "Una violación del artículo 1105 basada en la alteración de las expectativas razonables respaldadas por la inversión requiere, como circunstancia límite, al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, en la que el Estado haya inducido deliberada y específicamente la inversión."⁶⁰⁹

373. Lo mismo ocurre con las decisiones judiciales. Un inversor no puede esperar razonablemente que un tribunal no aplique la ley como considere oportuno. Un argumento similar fue rechazado en *White Industries c. la India*. En dicho caso, el demandante alegó que la India violó sus expectativas legítimas porque sus tribunales se negaron a hacer cumplir el laudo arbitral a pesar de haber ratificado la Convención de Nueva York.⁶¹⁰ Al igual que los Demandantes, *White Industries* argumentó que tenía una expectativa legítima de que "la India, como parte en la Convención de Nueva York, aplicaría la Convención en forma adecuada y de conformidad con las normas internacionales".⁶¹¹ El tribunal rechazó el reclamo tras constatar que la India no había hecho ninguna "afirmación inequívoca" ni ninguna "garantía definitiva, inequívoca y reiterada" de que el laudo se ejecutaría.⁶¹²

374. El caso *Bilcon c. Canadá* es el único caso atípico. Entre otras cosas, el tribunal en el caso *Bilcon*, hizo caso omiso del requisito de larga data de la declaración específica y, por lo tanto, el caso es inaplicable. En *Bilcon*, se inició un arbitraje contra Canadá después de que el Estado rechazara el proyecto de los demandantes de explotar una cantera (el "Proyecto White Point") en Nueva Escocia. A raíz de una preocupación generalizada por los posibles efectos ambientales adversos del proyecto, éste se transfirió a un grupo mixto de evaluación federal-provincial (JRP) que finalmente recomendó la cancelación del proyecto.⁶¹³ El tribunal sostuvo que la conclusión del JRP violaba las expectativas razonables de los demandantes porque se los había animado a

⁶⁰⁶ *Glamis Gold, Ltd. c. EE.UU.*, CNUDMI, Laudo (8 junio de 2009), ¶¶ 87, 97, 152 (RL-0041).

⁶⁰⁷ *Id.* ¶ 761 (RL-0041).

⁶⁰⁸ *Id.*

⁶⁰⁹ *Id.* ¶ 766.

⁶¹⁰ *White Industries Australia Limited c. República de India*, CNUDMI, Laudo (30 de noviembre de 2011), ¶ 10.3.1 (RL-0198)

⁶¹¹ *Id.* ¶ 10.3.1 (RL-0198)

⁶¹² *Id.* ¶¶ 10.3.1, 10.3.7. (RL-0198).

⁶¹³ *Bilcon*, ¶220 (CL-0244).

invertir en White Scotia.⁶¹⁴ Pero la conclusión es irrelevante. En su opinión disidente, el Prof. Donald McRae, explicó la irracionalidad de la decisión en los siguientes términos:

Las garantías o el estímulo de los funcionarios provinciales no tienen nada que ver con la expectativa de que a un inversor se le aplique debidamente la legislación canadiense. Esa es una expectativa que un inversor tendría independientemente de cualquier garantía o estímulo. Así pues, el largo excurso de la mayoría en las acciones de los funcionarios provinciales, aparte de crear un aura de maltrato del demandante, simplemente no tiene ninguna relación con la presunta violación del artículo 1105.⁶¹⁵

375. El resto de los casos citados por los Demandantes son igualmente irrelevantes. En un esfuerzo por encontrar algún fundamento en los casos que interpretaron la expectativa legítima en virtud del nivel mínimo de trato, los Demandantes se apoyan en casos que no ofrecen ninguna orientación a este Tribunal. Todos ellos -*Tecmed*, *MTD* y *Arif*- se refieren al trato justo y equitativo conforme a las normas autónomas.⁶¹⁶ Contrariamente a la práctica congruente descrita anteriormente, los tribunales en estos casos sostuvieron que la expectativa de un inversor podía basarse en la legislación nacional existente. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Tecmed* simplemente llegó a la conclusión de que el trato justo y equitativo requiere que un Estado: “proporcione a la inversión internacional un trato que no afecte las expectativas básicas que tuvo en cuenta el inversor extranjero para realizar la inversión”.⁶¹⁷

376. *Tecmed* ha recibido amplia crítica por ser demasiado "amplio en su aplicación".⁶¹⁸ Como señaló el profesor Douglas, con el respaldo de varios tribunales: "no es en realidad una norma en absoluto; es más bien la descripción de una regulación pública perfecta en un mundo perfecto, a la que todos los estados deberían aspirar pero que muy pocos (si es que alguno) lograrán alguna vez".⁶¹⁹

377. Las decisiones van incluso en contra de casos que han interpretado disposiciones autónomas de trato justo y equitativo. Por ejemplo, en *EDF c. Rumania*, el tribunal desestimó el enfoque adoptado en casos como el de *Tecmed*, respaldando la interpretación restrictiva de las expectativas legítimas:

La idea de que las expectativas legítimas, y por lo tanto el trato justo y equitativo, implican la estabilidad del marco jurídico y comercial, puede no ser correcta si se plantea en una formulación demasiado amplia y sin reservas. El trato justo y equitativo podría significar entonces el virtual congelamiento de la regulación jurídica de las actividades económicas, en contraste con el poder regulador normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo que el Estado haga promesas o declaraciones específicas al inversor, éste no puede basarse en un tratado bilateral de inversión como una especie de póliza de seguro contra el riesgo de que se produzcan cambios en el marco jurídico y económico del Estado anfitrión.

⁶¹⁴ *Bilcon*, ¶589, (CL-0242).

⁶¹⁵ *Bilcon*, opinión disidente, ¶ 5. (CL-0244)

⁶¹⁶ *Tecmed*, ¶ 152 (CL-0122); *MTD Equity*, ¶107 (CL-0208); *Arif* ¶¶ 526, 531 (CL-0126).

⁶¹⁷ *Tecmed* ¶ 154 (CL-0122)

⁶¹⁸ *White Industries*, ¶10.3.6. (RL-0198)

⁶¹⁹ Zachary Douglas, Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental, Eureko and Methanex*, (2006) 22 *Arbitration International*, p. 28 (RL-0272); *Saluka Investments B.V. c. Republica Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006), ¶¶ 303-304. (CL-0154).

⁶¹⁹ *White Industries*, ¶10.3.6. (RL-0198)

Tal expectativa no sería ni legítima ni razonable.⁶²⁰

378. En este caso, no se dio a los Demandantes una garantía específica con respecto a la interpretación y aplicación del Convenio 169 en el momento de la inversión. En particular, Guatemala no les manifestó a los Demandantes que la licencia de explotación no podía ser suspendida por el poder judicial, en virtud del Artículo 6 del Convenio 169. Por el contrario, como claramente surge de la sección del Derecho de Guatemala aplicable a la disputa, los Demandantes debieron haber razonablemente esperado que se realizara una consulta dado que era ya para el momento de la inversión una obligación afirmativa, y la misma había sido confirmada reiteradamente por la Corte de Constitucionalidad.

c. Las Expectativas de los Demandantes no eran objetivas ni razonables

379. Incluso si pudieran generarse expectativas legítimas sin una declaración específica e inequívoca de Guatemala, los Demandantes no podrían haber esperado razonablemente que no se suspendiera una licencia concedida sin consultar a las comunidades indígenas. Si los Demandantes hubieran hecho su debida diligencia respecto del derecho guatemalteco y la dinámica socioeconómica, cultural e histórica del Estado, habrían anticipado fácilmente las decisiones de los tribunales.

380. Un inversor no puede basarse únicamente en las declaraciones hechas por un Estado anfitrión, sino que también debe realizar la necesaria debida diligencia "en particular cuando invierte en el extranjero en un entorno desconocido".⁶²¹ Principalmente, "los inversores [deben] asegurarse de que sus inversiones cumplen con la ley. Tal obligación de debida diligencia no es ni demasiado onerosa ni irrazonable".⁶²² Un inversor también debe conocer bien el marco regulatorio general del estado anfitrión y evaluar la posibilidad de una enmienda regulatoria.⁶²³ Un estado anfitrión no puede ser considerado internacionalmente responsable por violar una expectativa que no esté respaldada por la debida diligencia. Así, en *Stadtwerke c. España*, el tribunal llegó a la conclusión de que los Demandantes podrían haber previsto los cambios en los regímenes de energía

⁶²⁰ *EDF (Services) Limited c. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009), ¶¶217-218 (**RL-0220**) ("el tribunal también señaló que "la obligación de TJE no puede cumplir el mismo propósito que las cláusulas de estabilización otorgadas específicamente a los inversionistas extranjeros"); *Parkerings-Compagniet AS c. la República de Lituania*, CIADI ARB/05/8, Laudo arbitral, 11 de septiembre de 2007, ¶332 (**RL-0221**) ("Es un derecho y un privilegio innegable de cada Estado ejercer su poder legislativo soberano. Un Estado tiene el derecho de promulgar, modificar o cancelar una ley a su propia discreción. Salvo la existencia de un acuerdo, en forma de cláusula de estabilización o de otro tipo, no hay nada objetable en la modificación del marco normativo existente en el momento en que un inversor hizo su inversión").

⁶²¹ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA c. Republic de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 May 2004, ¶ 164 (**CL-0208**).

⁶²² *Anderson y otros contra la República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, ¶ 58 (**RL-0153**); Véase también *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Laudo (6 de diciembre de 2016), ¶ 506 ("el alcance de la diligencia debida depende de las circunstancias particulares de cada caso, como el entorno comercial general, e incluye garantizar que una propuesta de inversión cumpla con las leyes locales, así como investigar la confiabilidad de un socio comercial y las representaciones de ese socio antes de tomar una decisión. para invertir."). (**RL-0151**).

⁶²³ Patrick Dumberry, p. 111 (un inversionista "toma la ley del Estado receptor tal y como la encuentra y no puede luego reclamar con relación a su aplicación respecto a su inversión") (**RL-0211**)

renovable si hubieran revisado los fallos anteriores de la Corte Suprema española:

Esta sentencia de la Corte Suprema era de dominio público en el momento en que los Demandantes invirtieron en España. Un inversor razonable y prudente habría sabido de esta decisión, entendido sus implicaciones para una inversión prevista y ajustado las expectativas en consecuencia.⁶²⁴

381. La diligencia debida no se limita al conocimiento del marco regulatorio. Como se señaló en *Duke c. Ecuador*, el inversor debe ser consciente de "todas las circunstancias, incluidos no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado anfitrión".⁶²⁵

382. El tipo y el nivel de la investigación depende de la zona de la inversión.⁶²⁶ Una inversión que podría afectar los derechos de las comunidades aledañas merece una diligencia debida especial.⁶²⁷ Muchas instituciones han hecho hincapié en la importancia de dicho ejercicio. Por ejemplo, los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos obligan a las empresas a respetar los derechos humanos y evitar una posible infracción. En particular, Principio 15(b) y Principio 18 exigen que las empresas hagan lo siguiente:

Principio 15: identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; y⁶²⁸

Principio 18: evaluar las consecuencias negativas **reales o potenciales** sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales.⁶²⁹

383. Según el comentario del Principio 18, esto incluye identificar "las normas y cuestiones pertinentes de derechos humanos; y proyectar la forma en que la actividad propuesta... podría tener repercusiones adversas para los derechos humanos en los identificados".⁶³⁰ El peligro de no aplicar la recomendación anterior ha sido explicado precisamente por la CFI en su Informe de 2007, con un ejemplo del proyecto Marlin; una inversión minera en Guatemala.⁶³¹

⁶²⁴ *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo (2 de diciembre de 2019) ¶ 278 (RL-0273).

⁶²⁵ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA c. Ecuador*, Laudo, (18 de agosto 2008), ¶340 (CL-0202). Véase también ILO Convention 169 and the Private Sector, Preguntas y Respuestas para Clientes (March 2007) (RL-0302) ("Las empresas del sector privado deben ser conscientes de los diversos riesgos jurídicos, de reputación y comerciales que pueden correr al ejecutar proyectos con posibles repercusiones en los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, de las oportunidades de formar asociaciones con esos pueblos y de aportarles beneficios en materia de desarrollo"); *LE Energy Corp c. Argentina*, Decisión de Responsabilidad (3 de octubre de 2006), ¶130 ("Las expectativas justas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo comercial o las pautas regulares de la industria.") (CL-0237)

⁶²⁶ *Churchil*, ¶506 (RL-0151) ("Los inversores deben ejercer un nivel razonable de diligencia debida, especialmente cuando invierten en entornos comerciales de riesgo.")

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ Principios rectores sobre empresas y derechos humanos: implementación del marco de las Naciones Unidas "Proteger, respetar y remediar, Principio 15(b) (RL-0274)

⁶²⁹ *Id.* Principio 18 (RL-0274)

⁶³⁰ *Id.* Principio 18, Comentario (RL-0274)

⁶³¹ Véase también ILO Convención 169 y el sector privado, Preguntas y respuestas para clientes, p.3 (RL-0302) ("El

384. En el presente caso no hay pruebas de que los Demandantes hayan actuado con la debida diligencia en cuanto a la ley guatemalteca o las condiciones imperantes en Guatemala antes de hacer una inversión. De haberlo hecho, estarían plenamente informados de las obligaciones de consulta con los pueblos indígenas.

i. Los Demandantes deberían haber tenido presente el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT al momento de su inversión y antes de la emisión de la licencia de explotación

385. Los Demandantes reconocen la obligación de Guatemala, en virtud del Convenio 169 de la OIT, de "celebrar consultas antes de expedir licencias de explotación".⁶³² No obstante, los Demandantes, aunque vagamente, describen sus expectativas legítimas de la siguiente forma:

Una licencia de explotación sólo puede ser revocada o suspendida mediante el Artículo 51 de la Ley de Minería o la declaración de *Lesividad*.⁶³³

386. Los Demandantes sostienen que Guatemala, "en el momento en que se concedió la licencia a Exmingua, ... no había promulgado ninguna ley o reglamento para implementar las consultas dirigidas por el Gobierno previstas en la Convención, más allá del requisito de consultas dirigidas por el solicitante de la licencia en la etapa del EIA, con el que Exmingua cumplió plenamente"⁶³⁴. Por lo tanto, "el requisito de las consultas públicas en virtud del Convenio 169 de la OIT fue satisfecho por las consultas realizadas en relación con la concesión de licencias de minería establecidas en la Ley de Minería y el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental."⁶³⁵

387. Si bien los Demandantes describen la decisión de los Tribunales como "novedosa" y que "cambia las reglas del juego"⁶³⁶, una breve reseña de la legislación y la jurisprudencia guatemaltecas indica que la conclusión de los Tribunales fue todo menos "novedosa". A diferencia de los países de derecho del *common law*, en Guatemala las convenciones ratificadas pasan automáticamente a formar parte de la Constitución de Guatemala sin necesidad de ninguna ley de aplicación.⁶³⁷ También se ha reconocido desde 1995 que las convenciones de derechos humanos ratificadas tienen precedencia sobre cualquier ley interna, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución de Guatemala.⁶³⁸ En consecuencia, el Convenio 169 de la OIT es jerárquicamente superior a la Ley de Minería y tiene precedencia en caso de conflicto.

incumplimiento por parte de un gobierno de su obligación de aplicar el Convenio, o de sus responsabilidades en virtud de la legislación nacional, puede tener consecuencias para un proyecto del sector privado. Por ejemplo, si un Estado no cumple con las obligaciones de consulta previa sobre un proyecto, una empresa privada puede encontrarse con que las licencias que se han concedido están sujetas a impugnación legal.")

⁶³² Memorial de Demanda, ¶174.

⁶³³ *Id.* ¶ 229. Véase también Informe Fuentes, ¶24.

⁶³⁴ Memorial de Demanda, ¶¶79; 230; 224.

⁶³⁵ Informes Fuentes, ¶51.

⁶³⁶ Memorial de Demanda, ¶230. Véase también ¶ 229.

⁶³⁷ Constitución, Art. 46 (C-0414).

⁶³⁸ Caso 199-95, Opinión Consultiva sobre el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT) (18 de mayo de 1995) (R--127).

388. Los tribunales guatemaltecos han reconocido sistemáticamente el derecho de los indígenas a la consulta consagrado en los mencionados instrumentos. El Proyecto Marlin es un buen ejemplo. En 2002, Glamis Gold adquirió la Mina Marlin, situada en los municipios de Sipacapa y San Miguel de Ixtahuacán.⁶³⁹ Al año siguiente recibió una licencia de explotación y su evaluación de impacto ambiental fue aprobada por el MARN⁶⁴⁰. Las comunidades indígenas y las organizaciones de derechos humanos protestaron contra la mina, ya que la licencia se concedió sin consulta previa.⁶⁴¹ *Sipacapa*, se pronunció sobre la existencia y obligatoriedad de la consulta previa en caso de proyectos mineros.⁶⁴²

389. Los Demandantes conocen el caso *Sipacapa*.⁶⁴³ De hecho, el profesor Fuentes se basa en este caso en su informe pericial. En *Sipacapa*, la Corte de Constitucionalidad sostuvo que el derecho de los indígenas a la consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT es "incuestionable" y subrayó que dicha consulta "debe cumplirse antes de la expedición de cualquier licencia o de cualquier otra medida".⁶⁴⁴ En decisiones consecutivas, la Corte de Constitucionalidad reiteró este derecho, destacando siempre que la consulta debe realizarse antes de adoptar medidas que afecten los derechos de las comunidades indígenas.⁶⁴⁵

390. Refiriéndose a los instrumentos de derechos humanos mencionados, en diciembre de 2009 la Corte de Constitucionalidad, en el caso de *Cementos Progreso*, explicó que dichas ratificaciones indican el claro compromiso de Guatemala de "adoptar una posición firme sobre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta".⁶⁴⁶ La Corte llegó entonces a las siguientes conclusiones: "a) las consultas deben realizarse con antelación; b) las consultas no se completan con la mera provisión de información; c) las consultas deben realizarse de buena fe, como parte de un procedimiento que genere confianza entre las partes; d) las consultas deben ser adecuadas y realizarse a través de instituciones representativas indígenas. Lo que es más importante, la Corte sostuvo inequívocamente que la falta de un procedimiento de aplicación no absuelve la falta de realización de consultas."⁶⁴⁷

391. En efecto, el amparo del CALAS no es exclusivo de Guatemala. Se sabe que "grupos indígenas de otras partes de América han recurrido al [C]onvenio [169] de la [OIT] en sus batallas legales en los tribunales nacionales contra proyectos de desarrollo de industrias extractivas".⁶⁴⁸

⁶³⁹ *Convenio OIT y el Sector Privado*, Corporación Financiera Internacional (marzo de 2007) p 10 (**RL-0302**).

⁶⁴⁰ *Id.*

⁶⁴¹ *Sipacapa*, p. 8 (**C-0440**)

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ Véase Informe Fuentes, ¶ 50

⁶⁴⁴ *Sipacapa*, p. 8 (**C-0440**).

⁶⁴⁵ *Río Hondo I*, pp. 8, 1-2 (**R-0088**). Ver también *Río Hondo II*, p. 12 (**R-0089**).

⁶⁴⁶ *Cementos Progreso*, p. 24 (**R-0880**).

⁶⁴⁷ *Idem*, pp. 20-24

⁶⁴⁸ Amanda M. Fulmer, Angelina Snodgrass Godoy and Philip Neff, *Indigenous rights, resistance, and the law: Lessons from a Guatemalan Mine*, *Latin American Politics and Society*, Vol.5, No.4 (Winter, 2008), p.102. (**R-0128**).

392. La obligación de consultar tampoco se limita a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido igualmente el "derecho de los indígenas a ser consultados y, en su caso, la obligación de obtener su consentimiento".⁶⁴⁹ Considerando la "estrecha relación" que las comunidades indígenas tienen con su tierra, el tribunal en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, señaló que "los Estados deben respetar "la especial importancia que reviste para las culturas y los valores espirituales de los pueblos interesados su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según corresponda, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de dicha relación [...]".⁶⁵⁰ En el caso *Pueblos Indígenas Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, el tribunal también sostuvo que Ecuador violó su obligación internacional al "no consultar al pueblo de Sarayaku sobre la ejecución de un proyecto que tendría un impacto directo en su territorio".⁶⁵¹

393. En conclusión, si los Demandantes hubieran ejercido la debida diligencia necesaria habrían sabido perfectamente que:

- El Convenio 169 de la OIT y los demás convenios de derechos humanos ratificados por Guatemala tienen precedencia sobre cualquier ley nacional, incluida la Ley de Minería.
- De conformidad con el artículo 6 del Convenio y los instrumentos de derechos humanos mencionados, el Estado está obligado a realizar consultas antes de expedir una licencia de explotación.
- Los tribunales pueden suspender una licencia de explotación expedida sin la consulta de las comunidades indígenas.

394. Por lo tanto, el reclamo de los Demandantes en cuanto a expectativas legítimas debe ser desestimado.

ii. *Las condiciones socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en la zona minera de Tambor, y en general en Guatemala, deberían haber advertido a los Demandantes de no invertir sin consultar a las comunidades indígenas*

395. La mayoría de la población guatemalteca es indígena. Tras el fin del movimiento armado, en 1996, el Gobierno de Guatemala concertó un acuerdo de paz por el que se comprometió a mejorar las condiciones de las comunidades indígenas. Como señalaron Wittman y Saldivar-Tanaka:

los acuerdos de paz de 1996 reconocieron que tanto la exclusión social histórica de las poblaciones rurales indígenas y campesinas de Guatemala como la distribución desigual de la tierra eran no sólo el origen del conflicto civil, sino también los principales obstáculos para el desarrollo nacional a largo plazo y una paz duradera.⁶⁵²

⁶⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, p. 9 (C-0144), citando *Saramaka c. Surinam*, CIDH, Sentencia (28 de noviembre de 2007) p.44 (RL-0237).

⁶⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, p. 11 (C-0144), citando *Axa Indigenous Community c. Paraguay*, CIDH, Sentencia (27 de junio de 2005) ¶136 (RL-0275).

⁶⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, p. 11 (C-0144), citando *Pueblo Indígena Kichwa Indigenous Peoples of Sarayaku v Ecuador*, CIDH, Sentencia (27 de junio de 2012), ¶232 (RL-0128).

⁶⁵² L. Willems, *Mining and Indigenous Peoples in Guatemala: The Local Relevance of Human Rights* (Tesis de maestría, Universidad de Gent) (2009) (R-0129).

396. Históricamente, las inversiones realizadas sin consultar a las comunidades indígenas han sido objeto de resistencia. El Proyecto Marlin es un ejemplo común. En 2002, Glamis Gold adquirió la Mina Marlin, situada en los municipios de Sipacapa y San Miguel de Ixtahuacán. Al año siguiente recibió una licencia de explotación por 10 años,⁶⁵³ y su evaluación de impacto ambiental fue aprobada por el MARN.⁶⁵⁴ Pero la omisión del gobierno de consultar a las comunidades indígenas antes de expedir la licencia causó un gran revuelo entre la comunidad de Sipacapa. Esto no se limita a Guatemala. También se han estancado inversiones en Colombia y Perú debido a la falta de consulta a las comunidades indígenas. El Tribunal no tiene que ir muy lejos para entender el riesgo que conocían los Demandantes. En agosto de 2012, Radius Gold transfirió el 49% de su participación en los proyectos, describiendo la venta como una estrategia para "desinvertir en activos problemáticos".⁶⁵⁵ Es fácil especular la razón detrás de la reserva de Radius. Entre 2007 y 2010, varias comunidades han sido críticas con los proyectos mineros. En junio de 2005, los residentes de Sipacapa votaron abrumadoramente en contra de la explotación de una mina de oro en Sipacapa, San Marcos.⁶⁵⁶ El 13 de mayo de 2007, un número abrumador de comunidades votó en contra de un proyecto minero propiedad de Cementos Progreso. El 23 de junio de 2007 las comunidades de Barillas votaron en contra de un proyecto minero que iba a operar en la zona.⁶⁵⁷

d. Aun si las expectativas de los Demandantes eran razonables, la Demandada no violó tales expectativas

397. Las expectativas legítimas de los Demandantes no han sido violadas. Sostienen que su única expectativa era que "la licencia de explotación podría ser (acaso) suspendida o revocada sólo con el marco aplicable en virtud de la legislación guatemalteca".⁶⁵⁸ Como se describe a continuación, la acción de los Tribunales es congruente con su expectativa. Al igual que otras naciones democráticas, el poder ejecutivo del gobierno guatemalteco está sujeto a controles y equilibrios. Por lo tanto, una medida adoptada por el gobierno ejecutivo puede ser impugnada ante un tribunal, incluidas las licencias de explotación minera concedidas por el MEM. La licencia de explotación concedida a Exmingua no goza de una protección especial. La licencia de explotación fue suspendida de conformidad con la legislación guatemalteca. La decisión de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de suspender la licencia de explotación de Progreso VII siguió el mismo

⁶⁵³ *Id.* p. 41.

⁶⁵⁴ Véase ILO Convención 169 y el sector privado, Preguntas y respuestas para clientes (RL-0302).

⁶⁵⁵ Luis Solano, Ellen Moore, and Jen Moore, *Mining Injustice Through International Arbitration: Countering Kappes, Cassidy & Associates' claims over a gold-mining project in Guatemala*, EARTHWORKS (24 de agosto de 2020), p.10 (R-0130).

⁶⁵⁶ J. P. Laplante, *La Voz del Pueblo: Maya Consultas y el desafío de la autodeterminación para la inversión socialmente responsable en el sector minero*, agosto de 2014, p. 2. Véase también J. P. Laplante & Catherine Nolin, *Consultas e Inversiones Socialmente Responsables en Guatemala: Un estudio de caso que examina las perspectivas mayas sobre el derecho indígena al consentimiento libre, previo e informado, la sociedad y los recursos naturales*, *International Journal* (2014), 27:3, pp. 231-248, 239. (R-0131).

⁶⁵⁷ *Id.* p. 28

⁶⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 225.

análisis empleado en 2009, en el caso de *Cementos Progreso*.

398. Tras una interpretación sistemática de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad analizó los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala. La Constitución otorga a las tierras de las comunidades indígenas "protección especial del Estado".⁶⁵⁹ Además, otorga a los convenios de derechos humanos ratificados precedencia sobre cualquier ley, incluida la Ley de Minería.⁶⁶⁰ Los Demandantes no lo discuten. De hecho, el profesor Fuentes se basa en una decisión de la Corte de Constitucionalidad que afirma esta jerarquía.⁶⁶¹

399. En consonancia con las anteriores decisiones de la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema (constituida como Tribunal de Amparo) concluyó que "la consulta entre los pueblos indígenas en relación con las iniciativas de explotación y exploración minera es obligatoria"⁶⁶² y debe realizarse antes de la expedición de una licencia o de cualquier medida administrativa"⁶⁶³. Por lo que, la Corte Suprema suspendió la licencia.⁶⁶⁴ Posteriormente, la Corte de Constitucionalidad ratificó la decisión, aplicando la ley guatemalteca y los precedentes anteriores.

400. Dado que las expectativas de los Demandantes eran únicamente que la Demandada regulara la licencia de explotación de conformidad con la legislación guatemalteca y dado que la Corte de Constitucionalidad suspendió la licencia habiendo aplicado correctamente la legislación guatemalteca, la Demandada no ha violado el artículo 10.5.

5) Los Demandantes No Argumentaron la Denegación de Justicia

401. En la sección III.D, los Demandantes acusan a los tribunales guatemaltecos de denegar la justicia, pero no establecen los elementos de tal incumplimiento. Según ellos mismos admiten, se produce una denegación de justicia cuando un tribunal "administra la justicia de manera gravemente inadecuada"⁶⁶⁵ que "conmociona el sentido de la corrección judicial".⁶⁶⁶ Los Demandantes admiten además que una aplicación incorrecta de la ley que sea "clara" y "maliciosa" dará lugar a una denegación de justicia. Pero éste no es el único requisito para establecer la denegación de justicia.⁶⁶⁷ Además de la violación grave de una norma fundamental de procedimiento, los Demandantes deben demostrar que le han dado al poder judicial en su conjunto la

⁶⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Case No. 1592-2014, Sentencia otorgando amparo definitivo, p 6 (C-0144).

⁶⁶⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 3207-2016 and 3344-2016, June 22, 2020, p 8, ("Así, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 46 de la Constitución establece que los tratados se incluyen en el corpus del derecho constitucional que debe ser conformado por todos los demás elementos del ordenamiento jurídico, requiriendo así disposiciones de menor rango para adaptarse al contenido de dichos instrumentos.") (C-0145)

⁶⁶¹ Fuentes, ¶ 50

⁶⁶² Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, p 11 (C-0144).

⁶⁶³ *Id.*

⁶⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, p 18 (C-0144).

⁶⁶⁵ Memorial, ¶268.

⁶⁶⁶ Memorial, ¶ 269

⁶⁶⁷ Memorial, ¶ 269

oportunidad de reparar la presunta violación agotando los recursos disponibles.

402. Los Demandantes no establecieron una violación grave del debido proceso que cumpla la norma descripta anteriormente. Tampoco han demostrado que los tribunales guatemaltecos hayan aplicado incorrectamente la ley con la intención de perjudicar a Exmingua. No han descripto tampoco de qué forma el sistema judicial en su conjunto incumplió en remediar la supuesta grave administración incorrecta de la de justicia.

a. Los Demandantes no identificaron una violación grave o flagrante de las garantías procesales

403. La mayor parte del reclamo por denegación de justicia de los Demandantes se refiere a la aplicación de la legislación nacional por parte de los tribunales. Las únicas violaciones al debido proceso alegadas por los Demandantes son que: (i) Exmingua no fue notificada de la acción de amparo de CALAS hasta después de que la Corte Suprema se pronunciara sobre el amparo provisional;⁶⁶⁸ (ii) la Corte de Constitucionalidad "tardó casi cuatro años en pronunciarse definitivamente en el caso de amparo interpuesto por el CALAS";⁶⁶⁹ y (iii) los tribunales guatemaltecos trataron a "Exmingua de manera menos favorable que a Oxec, Minera San Rafael y CGN".⁶⁷⁰

404. La presentación de los Demandantes fracasa por las razones expuestas a continuación.

i. No se violó el "derecho a ser Oído" de Exmingua

405. Los Demandantes sostienen que se violó su "derecho a ser oído" porque Exmingua se incorporó a la acción de amparo presentada por el CALAS después de que la Corte Suprema emitiera el amparo provisional.⁶⁷¹ Ni los hechos ni la ley apoyan la conclusión de los Demandantes.

406. En primer lugar, la Ley de Amparo permite amparos provisionales ex-parte.⁶⁷² Asimismo, inclusive si el argumento que realizan fuera cierto, Exmingua no se vio perjudicada como consecuencia de haberse incorporado al proceso después del amparo provisional.

407. El 28 de agosto de 2014, el CALAS interpuso un recurso de amparo contra el MEM ante la Corte Suprema, solicitando la suspensión de la licencia de Exmingua.⁶⁷³ En respuesta, el MEM solicitó a la Corte Suprema que desestimara el amparo. En particular, el MEM argumentó que: (i) el amparo se interpuso en contravención del Artículo 20 de la Ley de Amparo, que exige que los recursos de amparo se presenten dentro

⁶⁶⁸ Memorial, ¶281.

⁶⁶⁹ Memorial, ¶292.

⁶⁷⁰ Memorial, ¶308.

⁶⁷¹ Véase ¶¶ 277-279.

⁶⁷² Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Art. 37 (C-0416)

⁶⁷³ Solicitud de Calas de amparo nuevo, 29 de agosto de 2014 (C-0137).

de los 30 días siguientes al conocimiento del acto reclamado;⁶⁷⁴ (ii) CALAS carece de legitimación para interponer la acción y;⁶⁷⁵ (iii) CALAS no había agotado los recursos administrativos disponibles.⁶⁷⁶ La Corte Suprema aceptó la petición del MEM y rechazó el amparo,⁶⁷⁷ por lo cual el 3 de diciembre de 2014, CALAS apeló la decisión ante la Corte de Constitucionalidad, que posteriormente la revocó y la devolvió a la Corte Suprema.⁶⁷⁸ Tras la revocación de su decisión, la Corte Suprema emitió un amparo provisional contra el MEM el 11 de noviembre de 2015 mediante el cual suspendió la licencia de explotación de Progreso VII.⁶⁷⁹

408. Pero la decisión no era definitiva. El artículo 30 de la Ley de Amparo permite a un tribunal "revocar la suspensión provisional" de oficio o a petición de parte.⁶⁸⁰ Exmingua ejerció este derecho. Si bien los Demandantes alegan que Exmingua no fue "notificada del recurso de amparo" hasta el 22 de febrero de 2016, admiten que Exmingua se incorporó al procedimiento el 1 de diciembre de 2015, no mucho después del amparo provisional.⁶⁸¹ Una vez que se incorporó al procedimiento, Exmingua impugnó el amparo provisional con mucha fuerza, reiterando las objeciones hechas por el MEM en 2014.⁶⁸² También apeló el amparo provisional ante la Corte de Constitucionalidad basándose en el mismo argumento que los Demandantes presentan ante este Tribunal.⁶⁸³

409. Dado que Exmingua tenía y ejerció su derecho a impugnar el amparo provisional, la entrada de Exmingua en el procedimiento de amparo después de la emisión del amparo provisional no constituye una conducta "grave" y "atroz" que "conmocione el sentido de la corrección judicial". Aun cuando se haya violado el "derecho a ser oído" de Exmingua, lo que no es cierto porque ya se explicó que el Amparo se puede solicitar ex-parte, tal falta no constituye una denegación de justicia. La parte que alegue una denegación de justicia no sólo debe establecer una violación grave de las garantías procesales, sino que también debe demostrar que ha dado al sistema judicial nacional la oportunidad de rectificar la mala administración de la justicia. Exmingua no hizo ningún intento por rectificar la supuesta violación de su "derecho a ser oído" al objetar ante la Corte Suprema una vez que se sumó al procedimiento ni tampoco elevó tal supuesta violación ante la Corte de Constitucionalidad.

⁶⁷⁴ Respuesta del Ministro de Energía y Minas a la solicitud de Calas de amparo nuevo de fecha 5 de septiembre de 2014, p.3 (C-0465)

⁶⁷⁵ *Id.* p.5 (C-0465)

⁶⁷⁶ *Id.*

⁶⁷⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 5 de septiembre de 2014 (C-0466).

⁶⁷⁸ Apelación de CALAS, 3 de diciembre de 2014 (C-0467).

⁶⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, *Amparo* otorgado a CALAS, 11 de noviembre de 2015 (C-0004).

⁶⁸⁰ La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Art. 30 (C-0416)

⁶⁸¹ Escrito de Exmingua apersonándose en el expediente 1592-2014, del 1 de diciembre de 2015 (C-0469).

⁶⁸² Véase Corte Suprema de Justicia, Expediente Nro. 1592-2014, Apelación de Exmingua en contra de la decisión otorgando el amparo provisional de fecha 23 de febrero de 2016 (C-0005); Corte Suprema de Justicia, Expediente Nro. 1592-2014, Sentencia otorgando amparo definitivo de fecha 28 de junio de 2016 (C-0144).

⁶⁸³ Corte Suprema de Justicia, Expediente Nro. 1592-2014, Apelación de Exmingua en contra de la decisión otorgando el amparo provisional de fecha 23 de febrero de 2016, p. 1-2 (C-0005); Memorial de Demanda, ¶¶ 282-290.

ii. Los cuatro años que tardó la Corte de Constitucionalidad en emitir la decisión final no es un plazo irrazonable

410. Los Demandantes sostienen que la Corte de Constitucionalidad les denegó la justicia al tardar cuatro años en emitir la decisión final, específicamente argumentando que “pasaron años sin ninguna actividad por parte de la Corte de Constitucionalidad en el caso de Exmingua”.⁶⁸⁴ Los Demandantes basan su presentación en dos premisas inexactas: (i) una "demora de cuatro años constituye una demora excesiva"⁶⁸⁵, y (ii) la demora fue "políticamente motivada y basada en un prejuicio de nacionalidad".⁶⁸⁶ Sostienen también que la sentencia se dictó con intencionalidad en la fecha en que ellos tenían que presentar el Memorial de Demanda y que las suspensión de la licencia se dictó “sin haberlas citado, oído y vencido en el respectivo proceso contencioso administrativo.”

411. El derecho internacional no establece un plazo estricto en cuanto al momento en que un tribunal nacional debe adoptar una decisión para evitar la responsabilidad internacional. Al evaluar si una demora es irrazonable, los tribunales evalúan más bien: (i) la naturaleza del procedimiento y la necesidad de una resolución urgente; (ii) la complejidad del asunto; (iii) las circunstancias que contribuyeron a la demora; (iv) el estado de desarrollo del país; (v) el comportamiento de los tribunales y (vi) el efecto de la demora.

412. Dado que el caso en cuestión es un caso civil, la necesidad de una decisión rápida es menos urgente. Como explicó el profesor Douglas y confirmaron varios profesionales: "la demora en el procedimiento para establecer la responsabilidad penal de un acusado que ha sido detenido desde su procesamiento no es lo mismo que la demora en el procedimiento para establecer la responsabilidad civil de un demandado para pagar los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato".⁶⁸⁷ El tribunal de *White Industries* sostuvo una postura similar al decir que la "necesidad de rapidez en la resolución" del procedimiento de aplicación de la ley ante los tribunales indios es "menos apremiante".⁶⁸⁸ Lo mismo es cierto aquí simplemente porque (a) la Corte de Constitucionalidad tenía una jurisprudencia constante en la materia, (b) ya se había pronunciado de esa manera al confirmar la decisión de la Corte Suprema en relación al Amparo Provisional, y (c) antes del dictado de la decisión en el caso Exmingua, ya se había pronunciado de la misma manera en otras decisiones que le precedieron, específicamente en el caso de Minera San Rafael, el cual fue mucho más dramático que el caso de Exmingua porque existían comunidades encontradas a favor y en contra de la actividad minera.⁶⁸⁹

413. Varios factores militaron para que la sentencia de apelación tardara más que, en otros casos, pero ello

⁶⁸⁴ Memorial de Demanda, ¶ 133.

⁶⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶ 292.

⁶⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶293.

⁶⁸⁷ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT'L & COMP. L.Q. 867 (2014), p. 870 (RL-0191). Véase también, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award (November 30, 2011), ¶¶ 10.4.10, 10.4.14 (RL-0198).

⁶⁸⁸ *White Industries*, ¶10.4.14. (RL-0198)

⁶⁸⁹ Artículo sobre enfrentamientos entre comunidades en el caso de Minera San Rafael.

no quiere decir que haya habido una demora *injustificada* ni una *intencionalidad* en la decisión de la Corte. Para ese momento había decidido más de 20,000 expedientes durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019, además de todos los autos y resoluciones en materia administrativa a los que hemos hecho referencia anteriormente.⁶⁹⁰ Asimismo, no hay ninguna forma en que haya habido una *intencionalidad* en demorar este expediente, por ninguna razón, pero menos aún por la nacionalidad no de Exmingua. Primero, porque Exmingua es una empresa de Guatemala, como también lo son las otras empresas que son comparables, como ha quedado plasmado en la sección de objeciones jurisdiccionales. Segundo, porque también Minera San Rafael, y las otras compañías mineras a las cuáles la Corte de Constitucionalidad les ha requerido la realización de las consultas con los pueblos originarios como requisito para levantar la suspensión de la licencia minera, también tienen accionistas de nacionalidad extranjera. No hay dudas, y no puede haber dudas al respecto, que la Corte de Constitucionalidad acordó una doctrina para el tratamiento de los casos relacionados a la Consulta a los Pueblos Indígenas para empresas mineras y ha aplicado la misma doctrina a todos los casos.

414. El expediente de Exmingua no es el único en la Corte, muy por el contrario, como explica la Corte de Constitucionalidad, durante este período el Tribunal se enfrentó a algunos de los acontecimientos más trascendentes y preocupantes de la historia del Tribunal. Por ejemplo, durante este período se tuvo que enfrentar a situaciones como los expedientes derivado del caso La Línea, generado a partir de los actos de corrupción que llevaron a la cárcel por corrupción al Presidente de la Nación y a la Vice Presidenta, además de otros funcionarios de la administración de Pérez Molina.⁶⁹¹ Asimismo, durante este período el Tribunal tuvo que revisar los expedientes que se produjeron a partir de la partida de Guatemala de la CICIG, un órgano de Naciones Unidas que cumplía un rol importante en la administración de justicia en Guatemala.⁶⁹²

415. Asimismo, al igual que en *White Industries*, el avance de la decisión de la Corte de Constitucionalidad se vio afectado por la apelación de Exmingua y otros procedimientos paralelos relacionados con la licencia de explotación de Exmingua de Progreso VII, como fue el ya referido caso relacionado con la falta de consulta y la ausencia de permiso de construcción de Exmingua, así como la acción de amparo presentada por la Comunidad Kakchiquel. Por ejemplo, entre otros:

11 de agosto de 2015: Exmingua interpuso un recurso, impugnando la sentencia que declaró la suspensión de actividades de construcción por falta de consulta pública y que declaró la inexistencia de la licencia de construcción⁶⁹³.

9 de febrero de 2017: Los empleados de Exmingua interpusieron una acción de amparo contra la falta de ejecución del amparo definitivo otorgado en el caso Exmingua-CALAS (realizando

⁶⁹⁰ Véase Informe de la Corte de Constitucionalidad (R-0074).

⁶⁹¹ Véase Informe de la Corte de Constitucionalidad (R-0074).

⁶⁹² *Idem*.

⁶⁹³ Véase Escrito de Apelación presentado por Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad en fecha 11 de agosto de 2015, Véase también Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en fecha 06 de febrero de 2017, Expediente 3580-2015, p. 10 (R-0120).

consulta previa para reactivar vigencia de la licencia)⁶⁹⁴

30 de junio de 2016: Exmingua y el MEM apelaron ante la Corte de Constitucionalidad el otorgamiento del amparo definitivo de la Corte Suprema en el caso Exmingua-CALAS.⁶⁹⁵

19 de julio de 2016: representantes de las comunidades indígenas Kakchiquel presentaron un amparo contra el MEM, impugnando la licencia de explotación de Progreso VII.⁶⁹⁶

Agosto de 2016: la Corte de Constitucionalidad celebró una audiencia pública sobre el asunto.⁶⁹⁷

24 de noviembre de 2016: Exmingua apeló ante la Corte de Constitucionalidad, impugnando el amparo provisional otorgado a las comunidades indígenas Kakchiquel.⁶⁹⁸

18 de marzo de 2016: Exmingua interpuso un recurso contra la suspensión de la licencia de explotación por parte del MEM. La Corte desestimó el recurso el 19 de febrero de 2018.⁶⁹⁹

22 de junio de 2020: el Tribunal emitió una directriz para llevar a cabo la consulta.⁷⁰⁰

416. Es notorio que los Demandantes no mencionan el caso 3580/2015 en el cual la Corte de Constitucionalidad impuso la suspensión de la licencia hasta que se celebraren consultas con las comunidades afectadas, expediente que también llegó a la Corte de Constitucionalidad como consecuencia de la apelación planteada por Exmingua de un Amparo concedido por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala actuando como Tribunal de Amparo.⁷⁰¹ Aquí también la Corte de Constitucionalidad ordenó la suspensión de la licencia hasta que se realizaran las consultas con las comunidades afectadas. Esta decisión fue resuelta rápidamente en el año 2017, e impuso la misma solución, lo cual una vez más demuestra que la excusa del tiempo transcurrido en el expediente 3207-2016,⁷⁰² es una mera excusa.

417. Finalmente, los Demandantes no han demostrado cómo sufrieron daños como resultado de la demora. Exmingua suspendió su operación “salvo por trabajos esenciales de mantenimiento ambiental” el 6 de mayo de 2016,⁷⁰³ más de un mes antes de que recurriera el amparo definitivo ante la Corte de Constitucionalidad.

⁶⁹⁴ Véase Escrito de interposición de acción de amparo, presentado por Mario Morales et al en fecha 09 de febrero de 2017 (**R-0132**). Este caso fue definitivamente suspendido por la Corte de Constitucionalidad mediante sentencia dictada en fecha 21 de agosto de 2017, Expediente 3252-2017, pp. 10-11 (**R-0133**).

⁶⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Caso Nro. 1592-2014, Apelación de Exmingua en contra de la sentencia otorgando el amparo definitivo de fecha 30 de junio de 2016 (**C-0475**).

⁶⁹⁶ Amparo presentado por la comunidad indígena Kakchiquel, en fecha 11 de julio de 2016, Expediente Nro. 1246-2016, pp. 4-6 (**C-0476**).

⁶⁹⁷ Memorial, ¶96.

⁶⁹⁸ Apelación de Exmingua en contra del amparo provisional del 24 de noviembre de 2016 (**C-0478**). Esta apelación fue resuelta en última instancia por la Corte de Constitucionalidad mediante sentencia dictada en fecha 27 de agosto de 2020, Expediente 588-2018 (**R-0134**).

⁶⁹⁹ Véase Escrito de Amparo presentado por Exmingua en fecha 18 de marzo de 2016, Expediente 6095-2017 (**R-0135**). Véase también Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en fecha 19 de febrero de 2018, confirmando la suspensión definitiva del amparo, (**R-0136**).

⁷⁰⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente Nro. 1592-2014, Sentencia confirmando *amparo definitivo* de fecha 11 de junio de 2020 (**C-0145**).

⁷⁰¹ Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 06 de febrero de 2017, expediente 3580-2015, p. 11 (**R-0120**).

⁷⁰² *Id.*

⁷⁰³ Kappes, ¶ 134.

Como en el caso de *Frontier contra la República Checa*,⁷⁰⁴ los Demandantes no han establecido cómo una decisión anterior del Tribunal Constitucional habría tenido algún efecto positivo en su inversión. Por lo tanto, su impugnación debe ser rechazada.

iii. Los Demandantes no presentaron ninguna prueba que demuestre que la Corte de Constitucionalidad discriminó a Exmingua

418. Citando a Loewen, los Demandantes sostienen que "una decisión que infringe la ley municipal y es discriminatoria contra el litigante extranjero equivale a una injusticia manifiesta según el derecho internacional".⁷⁰⁵ Sin embargo, un demandante debe hacer algo más que alegar discriminación. Debe demostrar que se persiguió específicamente, es decir que existió una "discriminación deliberada" y que "la discriminación fue evidente y notoria".⁷⁰⁶ Los Demandantes no han cumplido con esta carga. Los Demandantes sostienen que Exmingua fue víctima de discriminación. Insisten en que Exmingua fue "señalada" y recibió un trato dispar, aparentemente por ser "de propiedad estadounidense".⁷⁰⁷ Pero no hay pruebas que corroboren esta grave acusación.

419. Una vez más, la presentación de los Demandantes se basa más bien en su insatisfacción con las decisiones de la Corte de Constitucionalidad en otros casos. Sostienen que los tribunales guatemaltecos discriminaron a Exmingua porque: (i) la Corte de Constitucionalidad permitió que Oxec operara mientras el MEM realizaba la consulta;⁷⁰⁸ (ii) la Corte "impuso una nueva condición" -no impuesta a Oxec, Minera San Rafael o CGN- de que "Exmingua no puede reanudar sus operaciones a menos que se determine que las operaciones no habrían de amenazar la existencia de la población indígena".⁷⁰⁹

420. Esto es inexacto y jurídicamente falso. En primer lugar, Exmingua no se encuentra en circunstancias similares con Oxec, por razones que ya fueron explicadas.⁷¹⁰ En segundo lugar, el argumento confunde las protecciones brindadas en virtud del Artículo 10.5 con las previstas en las cláusulas de Nación Más Favorecida y Trato Nacional. Para violar el artículo 10.5, un Estado debe haber discriminado intencionalmente a un inversor. Por otra parte, el Artículo 10.3 y el Artículo 10.4 podrían ser violados si un Estado tratara involuntariamente de manera diferente a inversores que se encuentran en circunstancias similares. Los Demandantes no han demostrado un trato discriminatorio y mucho menos una discriminación intencional. En

⁷⁰⁴ *Frontier*, ¶ 331. (RL-0202)

⁷⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 311

⁷⁰⁶ *Cargill c. México*, (CL-0197), ¶ 2; *Eli Lily c. Canadá*, ¶ 222 (RL-0040); *Glamis Gold v. United States*, ¶627. (RL-0144)

⁷⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶311.

⁷⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶308.

⁷⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶326.

⁷¹⁰ Oxec es una obra hidroeléctrica para la producción de energía eléctrica en beneficio de todos los habitantes de Venezuela. La misma Constitución Política de Guatemala prevé una excepción para la materia. Estas circunstancias no se encuentran presentes en el caso de las empresas mineras.

tercer lugar, el mismo DR-CAFTA dispone que el artículo 10.5 no se viola por la violación de otros artículos del Tratado (que sin embargo, tampoco han sido violados).

421. Finalmente, y más importante aún, el reclamo es una fachada. No es más que un pobre intento de arrastrar a este Tribunal a un papel que muchos otros Tribunales se han negado a asumir: "entender en la apelación del razonamiento legal o la razonabilidad sustantiva de ...las sentencias de un tribunal municipal".⁷¹¹ Los tribunales de Guatemala, como cualquier tribunal nacional, están facultados para evaluar los hechos y aplicar la ley conforme a esos hechos.

b. Al admitir la acción del CALAS y suspender la licencia de explotación, la Corte de Constitucionalidad no cometió una denegación de justicia

i. Las decisiones sustantivas de las Cortes de Constitucionalidad están fuera de la competencia del Tribunal

422. El reclamo de los Demandantes por denegación de justicia se basa en gran medida en su desacuerdo con las decisiones sustantivas de las Cortes de Constitucionalidad. En particular, sostienen que la Demandada les denegó la justicia porque los tribunales guatemaltecos: (i) aceptaron la acción de amparo de CALAS en "desconocimiento" de la Ley de Amparo y (ii) suspendieron la explotación de Progreso VII en contra del "marco legal establecido".⁷¹² Esta es una aplicación errónea del derecho internacional. Una denegación de justicia no se refiere a una denegación de justicia sustantiva. Los fallos nacionales, por imperfectos que sean, no dan lugar a una responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario del nivel de trato mínimo: "la regla general es que la última palabra en cuanto al significado de la legislación nacional debe dejarse en manos del poder judicial nacional".⁷¹³

423. No satisfechos con la decisión de la Corte Suprema de admitir el recurso de amparo de CALAS, los Demandantes califican la decisión como una grave violación del debido proceso fundamental de Exmingua. Afirman que "las decisiones de los Tribunales... fueron fundamentalmente erróneas porque violaron los derechos procesales de Exmingua de un modo que socava los principios constitucionales de seguridad jurídica".⁷¹⁴ Sin embargo, esto nos cierto. La decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso de Exmingua en nada varió una línea jurisprudencial en la interpretación de los requerimientos de la Acción de Amparo que ya se encontraba consolidada en el derecho de Guatemala y en la jurisprudencia constante de la Corte de Constitucional.

424. El recurso de amparo del CALAS fue presentado de acuerdo con la ley guatemalteca. Fue confirmado no sólo por la Corte Suprema sino también por la Corte de Constitucionalidad, el más alto tribunal de

⁷¹¹ *ECE c. República Checa*, ¶4.764 (RL-0203)

⁷¹² Memorial de Demanda, ¶¶ 281, 287-290.

⁷¹³ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p.73 (CL-0171).

⁷¹⁴ Memorial de Demanda, ¶286

Guatemala. No obstante, los Demandantes insisten en que los tribunales guatemaltecos cometieron un error al: (i) aceptar la acción de amparo interpuesto por CALAS 30 días después de que el MEM emitiera el aviso público del EIA de Progreso VII;⁷¹⁵ (ii) admitir el recurso de CALAS a pesar de que no había "agotado primero los recursos administrativos contra la emisión de la licencia de explotación";⁷¹⁶ (iii) permitir que CALAS siguiera adelante con su acción a pesar de que carecía de legitimación;⁷¹⁷ y (iv) permitir la acción de CALAS contra el MEM.⁷¹⁸

425. La presentación de los Demandantes fracasa por los siguientes motivos. En primer lugar, el artículo 20 era inaplicable. El artículo 20 de la Ley de Amparo se refiere a la impugnación de un determinado acto administrativo y no a una omisión. Una revisión exhaustiva de la acción de amparo indica que el CALAS impugnó la falta de consulta del MEM en virtud del Convenio 169 de la OIT. La limitación de tiempo del artículo 20 no se aplica a tales peticiones. La Corte de Constitucionalidad llegó a la misma conclusión, señalando que "la Corte ha sostenido en numerosas sentencias que una omisión, u omisión de acción, causa un perjuicio continuo a lo largo del tiempo, y que, por tal motivo, dicha omisión de acción puede ser objeto de una demanda que no está sujeta a la presentación legal".⁷¹⁹

426. En segundo lugar, el principio de agotamiento de los recursos previsto en el artículo 19 no se aplica a CALAS. El solicitante de amparo que "no haya sido parte en un procedimiento administrativo anterior a la emisión del acto impugnado" no está obligado a atenerse al artículo 19.⁷²⁰ Además, aparte de interponer un amparo, "no existen recursos ordinarios para impugnar adecuadamente" una violación del Convenio 169 de la OIT. Esto fue reiterado en varias decisiones anteriores.⁷²¹

427. En tercer lugar, el CALAS tenía legitimación para interponer un amparo en nombre de las comunidades indígenas de los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo. Las asociaciones civiles constituidas con la misión de proteger el patrimonio natural y los sistemas ambientales de Guatemala tienen derecho a solicitar su protección mediante un amparo. En cuarto lugar, el hecho de que el CALAS pueda o no demandar al MEM es irrelevante. Tal objeción puede ser y fue hecha por el MEM ante la Corte de Constitucionalidad. Además, los Demandantes no pueden utilizar este foro para hablar en nombre del MEM.

⁷¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 281.

⁷¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 287.

⁷¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 288.

⁷¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 290.

⁷¹⁹ Decisión de la Corte de Constitucionalidad de fecha 22 de junio de 2020, p. 16, refiriéndose a las sentencias del 3 de septiembre de 2018, 26 de mayo de 2017, 26 de enero de 2017 y 7 de julio de 2016. Corte de Constitucionalidad de fecha 22 de junio de 2020. **(R-0137)**.

⁷²⁰ Decisión de la Corte Suprema, 3207-2016, p.5. **(C-0145)**

⁷²¹ Decisión de la Corte de Constitucionalidad de fecha 22 de junio de 2020, p. 18 **(R-0137)**.

ii. La suspensión de la licencia de explotación fue consistente con la Legislación de Guatemala

428. De conformidad con el artículo 46 de la Constitución, las convenciones de derechos humanos ratificadas por Guatemala están por encima de cualquier ley interna, incluida la Ley de Minería. El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y entró en vigor en 1997.⁷²² El artículo 6 del Convenio exige a los Estados que consulten a las comunidades indígenas: "i) siempre que se estén considerando medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente", y ii) antes de la exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo".⁷²³ Guatemala también ha ratificado otros convenios de derechos humanos que protegen los derechos de las comunidades indígenas.

429. Ya en mayo de 2007, la Corte de Constitucionalidad subrayó que el derecho de consulta de los pueblos indígenas en virtud del Convenio 169 de la OIT es "incuestionable" y señaló que dicha consulta debe cumplirse antes de la expedición de cualquier licencia o de cualquier otra medida".⁷²⁴ Los Demandantes tienen conocimiento de este caso. De hecho, el profesor Fuentes cita una sección de esta decisión en la que se señala que "las consultas comunitarias son un mecanismo importante para expresar la voluntad del pueblo que hace efectivos varios derechos consagrados en la Constitución".⁷²⁵ A pesar de la redacción del Convenio de la OIT y de la decisión de la Corte de Constitucionalidad de que la consulta debe realizarse antes de la expedición de una licencia de explotación, el profesor Fuentes justifica la falta de consulta, señalando que:

"dada [la] falta de reglamentación, el entendimiento de Guatemala entonces era que el requisito de consultas públicas en virtud del Convenio 169 de la OIT se satisfacía con las consultas realizadas en relación con el otorgamiento de licencias mineras establecidas en la Ley de Minería y el Reglamento de Evaluación, Control y Vigilancia Ambiental."⁷²⁶

430. La presentación del profesor Fuentes es contraria a la decisión de la Corte de Constitucionalidad en 2009 en el caso *Cementos Progreso*. En este caso, la Corte de Constitucionalidad estableció claramente que la falta de un procedimiento de aplicación no excusa la falta de realización de la consulta requerida en virtud del Convenio 169. La decisión de la Corte de Constitucionalidad en *Cementos Progreso* es la evolución de una línea jurisprudencial que venía de años precedentes y que se consolidó en decisiones posteriores, inclusive la decisión en el caso de marras. Sin embargo, la doctrina ha sido siempre la misma y, desde muy temprano, la Corte de Constitucionalidad reconoció la obligación de consulta con los pueblos originarios.

⁷²² Caso 199-95, Opinión Consultiva sobre el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT) de fecha 18 de mayo de 1995 (**R-0127**). Informe Richter, ¶¶24-25: "De acuerdo al texto del propio Convenio 169 de OIT, este entró en vigencia en Guatemala un año después de su ratificación, lo que aconteció el cinco de junio de mil novecientos noventa y siete (05/06/1997), desde esa fecha integra el ordenamiento jurídico guatemalteco y es norma vigente y aplicable".

⁷²³ Memorial, ¶ 71, se citan los artículos 6 y 15 2 del Convenio 169 de la OIT.

⁷²⁴ *Sipacapa*, No. Expediente 1179-2005, p 8.4, (**C-0440**).

⁷²⁵ Informe Fuentes, ¶50.

⁷²⁶ Informe Fuentes, ¶51.

C. Los Demandantes No Establecieron una Violación de la Protección y Seguridad Plena en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA

- 1) La obligación de proporcionar protección y seguridad plena en virtud del Artículo 10.5(2) se limita al deber de proporcionar protección contra daños físicos.

431. Al igual que el trato justo y equitativo, la cláusula de protección y seguridad plena se limita a los derechos previstos en el nivel mínimo de trato:

Artículo 10.5: **Nivel Mínimo de Trato** (El Artículo 10.5 se interpretará de acuerdo con el Anexo 10-B)

1. Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato (El Artículo 10.5 se interpretará de conformidad con el Anexo 10-B) 1. 2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo un trato justo y equitativo y la protección y seguridad plena.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plena" no requieren un trato adicional o superior al que exige dicha norma, y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación del párrafo 1 de proporcionar:

...

b) "protección y seguridad plena" exige que cada Parte proporcione el nivel de protección policial requerido por el derecho internacional consuetudinario.

432. A diferencia de otros acuerdos de inversión,⁷²⁷ el Artículo 10.5(2)(b) limita expresamente la protección a "la protección policial exigida por el derecho internacional consuetudinario".⁷²⁸ Los Estados Unidos son un impulsor de este enfoque. Mediante el Modelo de TBI de los Estados Unidos de 2004 y otros acuerdos de inversión, los "Estados Unidos han sostenido desde hace mucho tiempo que la obligación del derecho internacional consuetudinario de otorgar "protección y seguridad plena" requiere que cada Parte proporcione el nivel de protección policial requerido por el derecho internacional consuetudinario".⁷²⁹ Dicha aclaración también se incluye en el USMCA.⁷³⁰

433. Los Demandantes intentan aludir a que el Artículo 10.5(2)(b) incluye la protección de los "derechos económicos", pero no aportan ninguna prueba de la práctica del Estado ni de la *opinio juris*.⁷³¹ La falta de pruebas de ello no es sorprendente. Contrariamente a lo que afirman los Demandantes, los Estados han insistido en que la protección y seguridad plena en virtud del derecho internacional consuetudinario no "exige a los

⁷²⁷ Véase *Argentina c. Alemania* (1991) TBI. (RL-0222)

⁷²⁸ DR-CAFTA, Article 10.5(2)(b) (CL-0001)

⁷²⁹ Véase *Omega Engineering LLC y Oscar Rivera c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/42, Presentación de los Estados Unidos de América, ¶ 22 (RL-0223), en el que se cita el Modelo de TBI de los Estados Unidos de 2004, artículo 5 (2) (b). Véase también *EE. UU. C. Uruguay* (2005), artículo 5 (2) (b) (RL-0224); Acuerdo de Promoción Comercial entre los Estados Unidos y Panamá (2012), artículo 10.5 2) (b) (RL-0179); TBI entre los Estados Unidos y Ruanda (2012), Article 5 (RL-0225); Acuerdo entre los Estados Unidos y México y Canadá (USMCA), los Estados han incluido esta aclaración. (USMCA) (2018), Artículo 14.6 (2)(b) (RL-0131).

⁷³⁰ United States of America-Mexico-Canada Agreement (USMCA) (2018) Article 14.6 (2)(b) (RL-0131)

⁷³¹ Memorial de Demanda, ¶251.

Estados que impidan los perjuicios económicos infligidos por terceros; que provean protección jurídica; o que exijan a los Estados que garanticen que los extranjeros o sus inversiones no sufran ningún perjuicio en ninguna circunstancia".⁷³² El argumento de los Demandantes también hace que la limitación inequívoca (a la "protección policial") incluida en el Artículo 10.5 (2)(b) carezca de sentido.

434. La jurisprudencia existente tampoco está a favor de la presentación de los Demandantes. La mayoría de los tribunales han considerado que se produjo una violación de la protección y la seguridad plena conforme al derecho internacional consuetudinario sólo cuando un Estado no ha proporcionado protección policial contra la afectación física de bienes o personas.⁷³³ De hecho, incluso en los casos en que la expresión "protección y seguridad" no está limitada a la "protección policial", o asociada al derecho internacional consuetudinario, los tribunales, como lo reconocen los Demandantes, en general se limita la obligación a la protección policial.⁷³⁴

Varios doctrinarios han afirmado lo siguiente:

La protección y la seguridad plena no suelen referirse al proceso de adopción de decisiones por parte de los órganos del Estado. Más bien se ocupa de las fallas del Estado en la protección de la propiedad del inversor contra los daños reales causados por funcionarios del Estado malintencionados o por las acciones de otros, cuando el Estado no ha actuado con la debida diligencia. Por lo tanto, se ocupa principalmente del ejercicio del poder de policía.⁷³⁵

2) La Norma de Protección y Seguridad plena Conforme al Nivel Mínimo de Trato es una Obligación No Absoluta, que Sólo Requiere que el Estado Ejercer la Debida Diligencia

435. Los Demandantes están de acuerdo en que el deber de proporcionar protección y seguridad plena es una protección no absoluta.⁷³⁶ Como se señala en *ELSI*, la cláusula no sirve como "garantía de que la propiedad nunca será ocupada o perturbada en ninguna circunstancia".⁷³⁷ Los casos citados por los Demandantes también

⁷³² *Omega c. Panamá*, Presentación de los Estados Unidos, ¶ 23 (RL-0223); Véase también, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, Memorial de respuesta del demandado Estados Unidos de América sobre jurisdicción, admisibilidad y la enmienda propuesta (12 de abril de 2001), ¶¶ 38-39 (RL-0226) ("De hecho, si el requisito de protección y seguridad plena se extendiera a la obligación de 'proteger las inversiones extranjeras del daño económico infligido por terceros', el párrafo 1 del artículo 1105 constituiría una ampliación muy sustancial de ese requisito, como se ha reconocido en el derecho internacional consuetudinario").

⁷³³ *BG Group Plc. c. la República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo Final (24 de diciembre de 2007) ¶ 324 (CL-0050); *Spyridon Roussalis c. Rumanía*, Caso CIADI Nro. ARB/06/1, Laudo (7 de diciembre de 2011) ¶ 320 (CL-0174); *Saluka Investments BV c. República Checa*, Caso CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006), ¶ 305 (CL-0154); Z. Douglas, *Property, Investment and the Scope of Investment Protection Obligations*, in Z. Douglas, J. Pauwelyn, J. Vinuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, p. 379 ("La obligación de otorgar protección plena y seguridad, así como su contraparte en derecho consuetudinario internacional, crea un régimen especial de responsabilidad para aquellos actos del estado y de terceros que comprometan la seguridad física de los activos del inversionista") (RL-0068).

⁷³⁴ See Patrick Dumbary, *The Fair And Equitable Treatment Standard: A Guide To Nafta Case Law On Article 1105*, (Kluwer Law International 2013), p. 182 (RL-0211); See also *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), ¶164 (RL-0229).

⁷³⁵ McLahlan QC, Campbell et al, *International Investment Arbitration*. Oxford University Press, New York, USA (2007), p. 347, ¶7.242 (RL-0276). Véase también Patrick Dumberry, p. 182 ("La debida diligencia en la protección física de extranjeros y su propiedad es requerida bajo el estándar mínimo de trato") (RL-0211).

⁷³⁶ Memorial, ¶ 252.

⁷³⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (Elsi) (United States c. Italia)*, Sentencia (20 de julio de 1989), I.C.J. Reports 1989 , ¶108

afirman que la cláusula de protección y seguridad plena no impone una responsabilidad estricta.⁷³⁸ Como señalan los Demandantes, un Estado está más bien obligado a ejercer la "debida diligencia" para proteger una inversión de los daños físicos.⁷³⁹

436. En virtud de esta norma, el Estado sólo está obligado a adoptar medidas razonables de prevención.⁷⁴⁰ La medida se evalúa a la luz de los diversos intereses que un Estado debe proteger, y ciertamente bajo "los parámetros inherentes a un Estado democrático".⁷⁴¹ Como se señaló en *Copper Mesa c. Ecuador*, un tribunal debe evaluar la obligación del Estado, "sopesando los intereses legítimos del inversor extranjero con los intereses legítimos del Estado anfitrión y de otros, incluidos (especialmente) sus propios ciudadanos y residentes locales".⁷⁴²

437. La situación del Estado anfitrión también pesa a la hora de determinar los parámetros de la "medida razonable". En los Reclamos *Británicos en la Zona Española de Marruecos*, el árbitro reconoció que un Estado está "obligado a ejercer únicamente el grado de vigilancia que corresponde a los medios de que dispone" y que la "vigilancia que, desde el punto de vista del derecho internacional, un Estado está obligado a ejercer, puede caracterizarse como *diligentia quam in suis*".⁷⁴³ Esto ha sido sostenido por varios estudiosos y reconocido en varias jurisprudencias.⁷⁴⁴ Por ejemplo, Newcombe y Paradell reconocieron que:

Si bien el Estado anfitrión está obligado a ejercer un nivel mínimo y objetivo de diligencia debida, el estándar de diligencia debida es el de un Estado anfitrión en las circunstancias y con

(**RL-0199**). Véase también *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Caso CIADI Nro. ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), ¶164 (Parece dudoso si la provisión de seguridad y protección plena puede ser entendida en el sentido de ser más amplia que el deber general de proveer protección y seguridad a extranjeros encontrada en el derecho consuetudinario internacional de los extranjeros. Este último no es un estándar estricto, pero uno que requiere la debida diligencia a ser ejercida por el Estado") (**RL-0229**).

⁷³⁸ Véase, por ejemplo, *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA 2012-2, Laudo (15 de marzo de 2016), ¶ 6.81 (el tribunal afirmó que "bajo el estándar de FPS, la obligación del Estado receptor no atrae una responsabilidad objetiva sino impone un deber menor más parecido al de debida diligencia") (**CA-0138**); *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI Nro. ARB/05/15, Laudo (1 de junio de 2009), ¶ 447 ("El estándar de protección esperado de un estado receptor no es absoluto") (**CL-0167**).

⁷³⁹ Véase ¶ 252.

⁷⁴⁰ See *Bernhard von Pezold y Others v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo (28 de julio de 2015), ¶ 596 (**CL-0260**).

⁷⁴¹ *Tecmed*, ¶ 177 (**CL-0122**).

⁷⁴² *Copper Mesa* ¶6.81 (**CL-0138**).

⁷⁴³ Andrew Newcombe and Luis Pardell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARD OF TREATMENT* (Kluwer Law International 2009), pp182, refiriéndose a Bing Cheng, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* (1953) (**RL-0197**).

⁷⁴⁴ *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. la República de la India*, Caso PCA No. 2014-26, Laudo definitivo (11 de septiembre de 2018), ¶ 382 ("En general, los tribunales deben ser cautelosos a la hora de cuestionar estos fallos, salvo cuando las pruebas indiquen mala fe, intención impropia o una grave falta de diligencia debida en respuesta a una amenaza razonablemente previsible y manejable de otro modo"). No obstante, en los casos apropiados, los tribunales deben profundizar en la delicada evaluación de esta cuestión de la diligencia debida.") (**RL-0230**); Douglas, *Property, Investment and the Scope of Investment Protection Obligations*, in Z. Douglas, J. Pauwelyn, J. Vinuales, *The Foundations Of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, p. 379 ("Impone una obligación de diligencia debida que debe adaptarse a los recursos que dispone el Estado anfitrión") (**RL-0068**).

los recursos del Estado en cuestión. Esto sugiere que la diligencia debida es un estándar objetivo modificado - el Estado anfitrión.⁷⁴⁵

438. Entre otras cosas, un tribunal debe considerar "el nivel de desarrollo y estabilidad del Estado".⁷⁴⁶ Después de todo, un inversor extranjero invierte conociendo los beneficios, así como las limitaciones de invertir en un determinado Estado. Como dicen Newcombe y Paradell: "Un inversor que invierte en una zona con conflictos civiles endémicos no puede tener las mismas expectativas de seguridad física que uno que invierte en Londres, Nueva York o Tokio".⁷⁴⁷

3) La Demandada No Incumplió su Obligación de Ejercer la Debida Diligencia

439. Los Demandantes describen la violación del artículo 10.5(2)(b) por parte de Guatemala en estos términos:

- Guatemala se negó a tomar medidas razonables para levantar el bloqueo en el emplazamiento del Proyecto que comenzó a principios de 2016, después de la sentencia de amparo de la Corte Suprema y la negativa inicial del MEM a suspender la licencia de explotación de Progreso VII.⁷⁴⁸
- la Corte de Constitucionalidad no protegió los derechos de los Demandantes al negarse a conceder a Exmingua un amparo que ordenara a la Policía Nacional Civil levantar el bloqueo basándose en que la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII había sido suspendida.⁷⁴⁹
- el MEM empeoró la situación en diciembre de 2016 al imponer a Exmingua un plazo de 30 días para presentar un EIA completo y aprobado para Santa Margarita (incluidos los resultados de las consultas con las comunidades locales), y posteriormente denegó la solicitud de Exmingua de suspender ese requisito a la luz...⁷⁵⁰

440. Las presentaciones de los Demandantes fracasan por varias razones. En primer lugar, el artículo 10.5 (2)(b) sólo obliga a los Estados Parte a proporcionar protección policial. Por lo tanto, los Demandantes no pueden pedir reparación frente a la decisión de la Corte de Constitucionalidad y el MEM a través del artículo 10.5(2)(b). En segundo lugar, aun cuando se encuentren dentro del ámbito de la protección y seguridad plena, los Demandantes no han demostrado de qué manera estas entidades omitieron tomar las medidas razonables para proteger la inversión de los Demandantes.

441. El reclamo frente a la presunta falta de protección de la Policía Nacional tampoco tiene fundamento. Si bien los Demandantes señalan un supuesto bloqueo en 2016, los hechos, como también lo reconocen los Demandantes, demuestran que los diferentes órganos del gobierno -desde la Policía Nacional hasta el

⁷⁴⁵ Andrew Newcombe and Luis Pardell, *Law And Practice Of Investment Treaties: Standard Of Treatment* (Kluwer Law International 2009), p. 182-183 (RL-0197).

⁷⁴⁶ *Id.*; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI Nro. ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009), ¶ 81 (RL-0025).

⁷⁴⁷ Andrew Newcombe and Luis Pardell, *Law and Practice Of Investment Treaties: Standard Of Treatment* (Kluwer Law International 2009), p183 (RL-0197)

⁷⁴⁸ Memorial, ¶258

⁷⁴⁹ Memorial, ¶ 58

⁷⁵⁰ Memorial, ¶ 258

Presidente- han ayudado activamente a los Demandantes a resolver numerosas protestas contra su inversión que se remontan a 2012, y que ellos mismos crearon las razones para que sucedan.⁷⁵¹

442. En cualquier caso, el Estado de Guatemala ha hecho todo lo necesario que el nivel de protección internacional le requiere, y más. Pocos casos muestran una presencia policial constante y una intervención permanente de los órganos del Estado para prevenir la violencia, incluyendo reuniones anuales con el Presidente de la Nación, participación constante de un órgano de protección de los derechos humanos (derechos que incluyen a los dueños, funcionarios y empleados de Exmingua) que al mismo tiempo actuó como mediador, otros órganos también protectores de la paz y convivencia social (COPREDEH) y una presencia constante de la Policía Nacional Civil que llegó a establecer un destacamento constante frente al proyecto minero.⁷⁵²

a. Guatemala ejerció la debida diligencia para proteger la inversión de daños

Sitio 1: Progreso VII

443. A pesar de su insistencia durante la fase de objeciones preliminares,⁷⁵³ los Demandantes argumentan ahora que su reclamo de protección y seguridad plena se extiende al supuesto incumplimiento por parte de la Demandada de "levantar el bloqueo en el lugar del Proyecto". Como se ha explicado anteriormente, este reclamo prescribió. Pero el problema con el reclamo no termina allí.

444. Aun cuando el reclamo no haya prescrito, los Demandantes no han demostrado que haya habido una obstrucción continua en el sitio del proyecto en 2016. El reclamo de protección y seguridad plena con respecto a Progreso VII se basa enteramente en la declaración vaga y no corroborada del Sr. Kappes. En referencia a la declaración de Kappes, los Demandantes alegan que el bloqueo y las protestas a "principios de 2016" "impidieron que Exmingua entrara al sitio del proyecto".⁷⁵⁴ Pero los pocos detalles presentados por Kappes prueban que las supuestas protestas fueron mínimas, intermitentes, y ciertamente no suficientes para impedir el acceso al sitio. Kappes señala que sólo hubo entre 5 y 10 protestas en el período de marzo de 2014 a enero de 2016.⁷⁵⁵ También admite que tales protestas fueron "periódicas" y se resolvieron mediante la acción policial.⁷⁵⁶ Aún más, con anterioridad a 2016 no sólo que los Demandantes entraron al proyecto minero, sino

⁷⁵¹ Informe SLR, ¶ 144.

⁷⁵² Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala (**R-0138**); Informe de la Dirección General de la Policía Nacional Civil (**R-0139**). Informe Circunstanciado del MEM (11 de octubre de 2012) (**R-208**).

⁷⁵³ Véase Tr. Audiencia, 216:14-217:14; Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 213. El Tribunal, refiriéndose a la presentación de los Demandantes, señaló que "Los Demandantes no reclaman daños y perjuicios por violación de la protección y seguridad plena en relación con Progreso VII, porque Exmingua ya tenía prohibido el desarrollo de actividades mineras allí a raíz de la sentencia de amparo de la Corte Suprema y la orden de suspensión del MEM. Por consiguiente, los Demandantes no sufrieron ninguna pérdida o daño adicional o distinto como consecuencia de la violación de la protección y la seguridad plena por parte de la Demandada en relación con el proyecto Progreso VII".

⁷⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶258.

⁷⁵⁵ Kappes, ¶. 137.

⁷⁵⁶ Kappes, ¶ 137.

también que produjeron y vendieron el producido de la explotación de la mina, y ello fue posible precisamente mediante la activa participación del Estado y la intervención de la Policía Nacional Civil.⁷⁵⁷ Como surge claro de este expediente, no sólo que la entrada de la maquinaria a la mina se produjo a partir de la intervención policial, sino que también la Policía Nacional Civil estableció un destacamento policial permanente frente a la mina con guardias rotativas.⁷⁵⁸

445. Con respecto a los hechos posteriores a 2016, el informe de la Policía Nacional Civil establece que los acontecimientos que requirieron intervención policial dicen lo siguiente:⁷⁵⁹

- a. **05 de enero de 2016.** Notificación a Exmingua del acta 29-2015 celebrada el 23/07/2015 del Municipio de San Pedro Ayampuc por el cual se ordenó detener la construcción de la mina. La PNC prestó asistencia a las Autoridades que debían notificar. No hubo incidentes con La Puya. Asimismo, en esta entrada del informe se observa la participación del Juez de Paz local el cual intervino para permitir la salida de los trabajadores que se encontraban laborando al momento en que se ejecutó la medida.
- b. **06 de enero de 2016.** Altercado entre los vecinos de La Puya y los empleados del proyecto minero. Los primeros sostienen que el proyecto se encuentra suspendido, y los segundos dicen que lo que está suspendida es la construcción del proyecto.⁷⁶⁰ Se lee aquí que la intervención del delegado de la Procuraduría de los Derechos Humanos (“PDH”), Licenciado Erik Geovani Guzmán Serén, en diálogo con ambas partes, logró la pacificación de la situación.
- c. **07 de enero de 2016.** A las 2.30 de la madrugada trabajadores de Exmingua retiraron las cintas que habían puesto los funcionarios de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, e ingresaron dos veces con vehículos a la mina a pesar de que el acceso se encontraba prohibido. Nuevamente intervinieron un nutrido grupo de policías, la PDH y el Juez de Paz con jurisdicción sobre la Aldea.
- d. **28 de abril de 2016.** El MEM practica una inspección para saber si la mina se encontraba en operación, lo cual genera la inquietud de la comunidad de La Puya. El informe destaca que los funcionarios del MEM **“encontraron evidencia que la misma sigue laborando, desacatando la resolución emitida por la Corte de Constitucionalidad.”**⁷⁶¹

446. Asimismo, el informe termina diciendo que **“Se hace conocimiento que desde el 29/04/2016 hasta la presente fecha, no ha suscitado ningún inconveniente o conflicto, en el referido lugar.”**⁷⁶²

447. Para determinar una violación del derecho internacional, un tribunal debe mirar "el expediente como un todo, no eventos aislados".⁷⁶³ Tomado en su conjunto, el expediente revela que la Demandada proporcionó

⁷⁵⁷ Informe de la Policía Nacional Civil, ANEXO (R-0139)

⁷⁵⁸ Por ejemplo, en el Informe Circunstanciado de la Policía Nacional Civil (PNC) de fecha 5 de enero de 2016 se puede leer que se hace el relevo en el punto fijo en la Aldea La Puya. Informe de la Policía Nacional Civil (R-0139); Se debe también destacar la presencia constante de la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala. (R-0138).

⁷⁵⁹ Informe de la Policía Nacional Civil ANEXO (R-0139)

⁷⁶⁰ Se debe hacer notar que a esa fecha ya se había dictado el Amparo Provisional y el mismo ya había devengado en ejecutivo. También, Exmingua había quedado notificada del Amparo Provisional, por lo cual esos empleados que pretendían entrar a la mina incurrirían en actividades que *a posteriori* sería calificada como explotación ilegal de recursos naturales.

⁷⁶¹ Informe de la Policía Nacional Civil ANEXO (R-0139)

⁷⁶² Informe de la Policía Nacional Civil ANEXO (R-0139)

⁷⁶³ *Gami Investments Inc. c. México*, Caso CNUDMI, Laudo Final (5 de noviembre de 2014) ¶97 (CL-0036).

protecciones sustanciales y continuas a Exmingua desde 2012 y hasta la fecha.

448. La protección se mantuvo hasta 2016.⁷⁶⁴ En abril de 2016, Exmingua interpuso un recurso de amparo contra el Presidente de la República de Guatemala, el Ministerio de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil.⁷⁶⁵ Al igual que en el presente caso, Exmingua argumentó que las autoridades violaron su derecho constitucional al no levantar las protestas y los bloqueos en "zonas cercanas a Progreso VII".⁷⁶⁶ La Corte de Constitucionalidad rechazó la demanda de Exmingua al determinar, entre otras cosas, que la Policía Nacional Civil había tomado "todas las medidas necesarias para salvaguardar el orden público en las instalaciones del proyecto minero Progreso VII Derivada y en las áreas adyacentes".⁷⁶⁷ Entre otras cosas, examinó informes bien documentados de la protección policial en la zona de 2012 a 2016.⁷⁶⁸

Sitio 2: Santa Margarita

449. La presentación de los Demandantes con respecto al acceso a Santa Margarita es fraudulenta e irresponsable. Sostienen que la Demandada no tomó medidas razonables para eliminar los bloqueos y las protestas en las zonas cercanas a Santa Margarita "a pesar de los ruegos y pedidos de los Demandantes y de Exmingua".⁷⁶⁹ Pero los Demandantes no aportan ninguna prueba que respalde sus dichos de que "existieron bloqueos y protestas" en Santa Margarita, y aún menos que con motivo de esos bloqueos se haya impedido la circulación de manera alguna. La única petición citada por los Demandantes es el amparo presentado por Exmingua en abril de 2016 con respecto al supuesto bloqueo en el sitio de Progreso VII. Pero un bloqueo en Progreso VII no podría impedir que Exmingua acceda a Santa Margarita. Son diferentes las rutas que conducen a estos sitios.⁷⁷⁰

450. En diciembre de 2016, el MEM, mediante la Resolución No. 4056, le ordenó a Exmingua que presentara el EIA de Santa Margarita.⁷⁷¹ Tres meses después, Exmingua solicitó al MEM que la relevara de su obligación de realizar el EIA porque "el acceso al área estaba bloqueado y las consultas para los estudios

⁷⁶⁴ Véase Jerson Ramos and Jose Rosales, "Protestantes de la Puya queman muñeco del Ministerio de Energía" *Prensa Libre* de fecha 26 de marzo de 2016 (C-0010) Los Demandantes notaron que el "2 de marzo de 2012" en C-0010 debe leerse como "2 de marzo de 2016"; Véase Transcripción, pp 131-132; Corte de Constitucionalidad, Expediente Nro. 1904-2016 de fecha 2 de marzo de 2017, p. 6 (C-0147) (la Corte consideró "Plan de Operación Nro. 82-2012, "Progreso VII Plan de Control del Proyecto Minero y Misión de Seguridad Orden Nro. 01-2016 para garantizar el Orden Público en el lugar conocido como La Puya, en la Municipalidad de San José del Golfo, Departamento de Guatemala).

⁷⁶⁵ Corte de Constitucionalidad, Expediente Nro. 1904-2016 de fecha 2 de marzo 2017 (C-0147)

⁷⁶⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente Nro. 1904-2016, de fecha 2 de marzo 2017, p.1 (C-0147)

⁷⁶⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente Nro. 1904-2016, de fecha 2 de marzo 2017, p. 6 (C-0147)

⁷⁶⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente Nro. 1904-2016, de fecha 2 de marzo 2017, p. 6 (C-0147)

⁷⁶⁹ Véase ¶ 260.

⁷⁷⁰ EIA, p. 59 (C-0082); C-0081, p.26.

⁷⁷¹ Oficio Nro. 497 del MEM a Exmingua, adjuntando la Resolución Nro. 4056 de fecha 21 de diciembre de 2016 (C-0012).

sociales del EIA no podían realizarse debido a las amenazas de las comunidades opositoras".⁷⁷² Junto con su solicitud, Exmingua adjuntó una declaración testimonial con certificación notarial de los acontecimientos en el "camino al sitio de exploración minera de Santa Margarita".⁷⁷³ Pero la declaración no describía un bloqueo, ni siquiera una protesta. Inclusive, de esta certificación notarial surge que se está describiendo Progreso VII y no Santa Margarita.⁷⁷⁴ Nada impedía a los Demandantes el acceso a Santa Margarita. Aún más, ellos mismos confiesan que no desarrollaron Santa Margarita entre 2014 y 2016 porque se dedicaron a explotar la mina. Con esta confesión de parte es suficiente para respaldar la posición de Guatemala que el argumento que proponen respecto a Santa Margarita es fraudulento e irresponsable.

451. Asimismo, y en el caso negado de que el acceso a Santa Margarita, que reiteramos nada impedía a Exmingua acceder a Santa Margarita, claramente el MEM no podía dispensar a Exmingua de un requisito que está en la legislación aplicable y que le exige la existencia de un EIA para poder otorgar el permiso de explotación. Una vez más esto demuestra la voluntad de Exmingua, bajo la dirección de los Demandantes, de no cumplir con la legislación de Guatemala.

b. Ni la Resolución Nro. 4056 del MEM ni la desestimación del amparo de Exmingua por parte de la Corte de Constitucionalidad pueden ser impugnados a través del artículo 10.5(2)(b)

452. Como se ha descrito anteriormente, los Estados Parte en el CAFTA han limitado la protección prevista en el artículo 10.5(2)(b) a "la protección policial exigida por el derecho internacional consuetudinario". En consecuencia, la impugnación de los Demandantes contra la decisión de la Corte de Constitucionalidad de abril de 2016 y la Resolución 4056 del MEM debe ser desestimada.

453. El artículo 10.5(2)(b) sólo protege contra la falta de seguridad física, y aunque no hubo tal, éste no incluye "seguridad jurídica". En primer lugar, un acto del poder judicial no puede desencadenar la responsabilidad del Estado a menos que se demuestre una denegación de justicia.⁷⁷⁵ En segundo lugar, no han demostrado cómo la Corte de Constitucionalidad, o el MEM incumplieron el deber de proteger su inversión. Aparte de alegar que la decisión del Tribunal es contraria a una decisión anterior, los Demandantes no se ocupan de la decisión del Tribunal. Tampoco arguyen que se le haya negado a Exmingua el acceso a la corte ni que se violaron las garantías procesales de Exmingua. Lo mismo ocurre con la resolución del MEM. No hay

⁷⁷² Véase Memorial de Demanda, ¶ 120, refiriéndose a la carta de Exmingua al MEM, adjuntando la Certificación de Notario Público de fecha 21 de marzo de 2012, p. 1 (C-0013).

⁷⁷³ Véase Memorial de Demanda, ¶ 120, refiriéndose a la carta de Exmingua al MEM, adjuntando la Certificación de Notario Público de fecha 21 de marzo de 2012, pp 2-4 (C-0013).

⁷⁷⁴ Véase Memorial de Demanda, ¶ 120, refiriéndose a la carta de Exmingua al MEM, adjuntando la Certificación de Notario Público de fecha 21 de marzo de 2012, p. 2(C-0013).

⁷⁷⁵ *Jan de Nul, N. V. amp; Dredging International N.V. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008), ¶ 191 (la norma pertinente para desencadenar la responsabilidad del Estado en los [procedimientos judiciales] son las normas de denegación de justicia... sostener lo contrario permitiría eludir las normas de denegación de justicia) (RL-0143).

pruebas de que los Demandantes se vieran impedidos físicamente de realizar los estudios sociales para el EIA de Santa Margarita. Además, la Ley de Minería no exime a un inversor de presentar un EIA completo debido a una protesta.

4) Aun cuando la Demandada haya infringido el artículo 10.5(2)(b), los Demandantes no han demostrado que hayan sufrido pérdidas o daños

454. La violación de la protección y la seguridad plena no dará lugar a una responsabilidad internacional, a menos que el inversor haya sufrido un perjuicio como resultado de la violación. Para tener éxito en su reclamo, el inversor debe demostrar que: i) sufrió un daño como resultado de que el Estado no ejerciera la debida diligencia y que ii) el daño podría haberse evitado si el Estado anfitrión hubiera ejercido la debida diligencia.⁷⁷⁶ Los tribunales han rechazado los reclamos que no prueban los elementos mencionados. Por ejemplo, en el caso *Noble Ventures c. Rumania*, el tribunal rechazó el reclamo de Noble Ventures de violación de la disposición sobre protección y seguridad plena del TBI porque:

incluso si se llegara a la conclusión de que hubo un cierto incumplimiento por parte del demandado lo suficientemente grave como para considerarlo una violación, no se ha establecido que el incumplimiento de la obligación perjudicara al demandante en un grado sustancial. El Demandante no ha demostrado que sus presuntos daños y perjuicios podrían haberse evitado si el demandado hubiera actuado con la debida diligencia a ese respecto, ni ha establecido ningún valor específico de las pérdidas.⁷⁷⁷

455. El presente caso lleva a la misma conclusión. Los Demandantes no han establecido ninguno de los elementos requeridos. En primer lugar, los Demandantes no han demostrado que sufrieron un daño debido a las supuestas protestas y bloqueo. De hecho, han informado inequívocamente al Tribunal que no tienen ni pueden elevar un reclamo de protección plena con respecto a Progreso VII:

Los Demandantes no reclaman daños y perjuicios por violación de la protección y seguridad plena en relación con Progreso VII, porque Exmingua ya tenía prohibido el desarrollo de actividades mineras allí a raíz de la sentencia de amparo de la Corte Suprema y la orden de suspensión del MEM. Por consiguiente, los Demandantes no sufrieron ninguna pérdida o daño adicional o distinto como consecuencia de la violación de la protección y la seguridad plena por parte de la Demandada en relación con el proyecto Progreso VII.⁷⁷⁸

456. El reclamo de protección y seguridad plena en lo que respecta a Santa Margarita también fracasa, dado que los Demandantes nunca tuvieron la intención de llevar a cabo el EIA. En su procedimiento de objeción preliminar, los Demandantes describieron los daños causados por el supuesto bloqueo en Santa Margarita como "la pérdida de una oportunidad de obtener una licencia de explotación para Santa Margarita"⁷⁷⁹. Esta es una declaración inexacta del hecho. Según lo admitieron incluso ellos mismos, los Demandantes no tenían previsto llevar a cabo el EIA. Al igual que en el caso de Progreso VII, los Demandantes ya habían concluido que "la licencia de explotación de Exmingua para Santa Margarita había sido suspendida de facto" como consecuencia

⁷⁷⁶ *Noble Ventures, Inc. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), ¶ 166 (RL-0229).

⁷⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁷⁸ Véase Tr. Audiencia, 216:14-217:14, Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 213.

⁷⁷⁹ Decisión sobre la objeción preliminar, ¶ 213.

de la decisión de la Corte de Constitucionalidad, que requería una consulta antes de la emisión de una licencia de explotación.

457. Los Demandantes tampoco han demostrado cómo se les impidió físicamente realizar el estudio social necesario para Santa Margarita. Tampoco hay nada que explique por qué no realizaron el estudio mientras hacían lo mismo para Progreso VII en 2011 o por qué no lo hicieron entre los años 2014 y 2016.

D. Guatemala No Violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA

458. Los Demandantes se presentan ante este Tribunal solicitando una compensación por daños y perjuicios contra Guatemala por los actos que alegan constituyen una expropiación indirecta en virtud del el Artículo 10.7 del DR-CAFTA. Sostienen que "Guatemala ha desvalorizado a Exmingua y ha destruido las inversiones de los Demandantes" "[e]n particular, al suspender ilícita, arbitraria e indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII; al incautar ilícitamente el concentrado de Exmingua; al suspender *de facto* la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita; y al impedir arbitraria e indefinidamente que Exmingua obtenga una licencia de explotación para Santa Margarita".⁷⁸⁰ Guatemala está fundamentalmente en desacuerdo. Guatemala no expropió de ninguna manera las inversiones de los Demandantes. Las razones que se exponen a continuación revelarán que los Demandantes no establecieron ninguno de todos los elementos de expropiación indirecta con el fin de hacer responsable a Guatemala de una violación del DR-CAFTA, lo que amerita la desestimación de esta demanda.

459. El Artículo 10.7.1 del DR-CAFTA establece que "[n]inguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta ya sea directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, excepto: (a) con un fin público; (b) de manera no discriminatoria; (c) mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y (d) de acuerdo con el debido proceso legal y el Artículo 10.5.". La tercera nota al pie del Capítulo 10 del DR-CAFTA establece además que el Artículo 10.7 se interpretará de acuerdo con sus Anexos 10-B y 10-C. El Anexo 10-C.1 establece que "El Artículo 10.7.1 tiene por objeto reflejar el derecho internacional consuetudinario relativo a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación". El Anexo 10-B, en la parte pertinente, articula el "entendimiento común de las Partes de que el "derecho internacional consuetudinario" en general y como se menciona específicamente en ... el Anexo 10-C es el resultado de una práctica general y constante de los Estados al que se ajustan desde un sentido de obligación jurídica".

460. Según el Anexo 10-C.2, "[l]as Partes confirman su entendimiento común de que ... [un] acto o una serie de actos de una Parte no puede constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o una participación patrimonial en una inversión". Además, en virtud del Anexo

⁷⁸⁰ Memorial de Demanda, ¶ 144.

10-C.3, "[I]as Partes confirman su entendimiento común de que ... el Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones". La primera situación "es la expropiación directa, en la que una inversión es nacionalizada o de otro modo directamente expropiada mediante la transferencia formal del título o la confiscación directa". Por otra parte, "la segunda situación a la que se refiere el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en la que una acción o una serie de acciones de una Parte tiene un efecto equivalente a la expropiación directa sin transferencia formal del título o incautación directa". Los Demandantes no alegan un caso de expropiación directa en sus presentaciones ante este Tribunal. Más bien, sostienen que "los actos y omisiones de Guatemala, adoptados por el MEM, el Presidente, la policía nacional y los tribunales, han tenido el efecto de privar a los Demandantes de la totalidad o una parte sustancial del valor de su inversión y, por lo tanto, *constituyen una expropiación indirecta*".⁷⁸¹ Por lo tanto, este Tribunal debe limitar su indagación a si la conducta de Guatemala, como alegan los Demandantes, que supuestamente constituiría de la República de Guatemala una expropiación indirecta.

461. En el Anexo 10-C.4 se establece que "la determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho concreta, constituye una expropiación indirecta, requiere una indagación caso por caso y basada en los hechos". Esta indagación "considera, entre otros factores: i) el impacto económico de la acción gubernamental, si bien el hecho de que una acción o serie de acciones de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que se haya producido una expropiación indirecta; ii) la medida en que la acción gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y iii) el carácter de la acción gubernamental". Sin embargo, el Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA establece que "salvo en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que sean concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas". Por ello, mientras que el estándar para probar la existencia de expropiación es alto en el derecho internacional, es todavía más alto en el DR-CAFTA. Además de interpretar el Artículo 10.7 del DR-CAFTA con el Anexo 10-C, el Artículo 10.22 del DR-CAFTA también establece que "cuando se presente un reclamo de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A)", que es el caso aquí, "el tribunal decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con este Acuerdo y las normas aplicables del derecho internacional".

462. En esta coyuntura, vale la pena enfatizar que este Tribunal debe observar los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al interpretar el DR-CAFTA, entre otras cosas porque es un tratado dentro de la definición de los Artículos 1⁷⁸² y 2.1(a)⁷⁸³ de la Convención de Viena. El texto del

⁷⁸¹ Memorial de Demanda, ¶ 164 (énfasis agregado).

⁷⁸² "Artículo 1. Alcance De La Presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados" (C-0001).

⁷⁸³ "A los efectos de la presente Convención: a) Por "tratado" se entenderá un acuerdo internacional celebrado entre Estados en forma escrita y regido por el derecho internacional, ya sea que esté incorporado en un solo instrumento o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su designación particular".

DR-CAFTA, por supuesto, es el punto de partida.⁷⁸⁴ Además del texto del tratado, el tribunal en el caso *Fireman's Fund Insurance Company contra el Gobierno de México*, al interpretar el TLCAN, siguió las reglas de interpretación establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.⁷⁸⁵ En el contexto del DR-CAFTA, el tribunal en *Aven c. Costa Rica* también recurrió al Artículo 31 de la Convención de Viena para interpretar el DR-CAFTA, específicamente el Artículo 31(3)(c) del mismo que establece que "cualquier regla pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes" debe ser tomada en cuenta, junto con el contexto, al interpretar los textos del tratado".⁷⁸⁶ De acuerdo con el tribunal de *Aven*, "esta sección proporciona así un motivo adicional para que los intérpretes de tratados, como el Tribunal, tengan en cuenta no sólo otras disposiciones del DR-CAFTA, los principios generales de derecho, sino también la costumbre, al interpretar en el contexto el significado adecuado de las disposiciones del DR-CAFTA, como los Artículos 10.5 y 10.7".⁷⁸⁷

463. En cuanto a los medios de interpretación complementarios, el Artículo 32 de la Convención de Viena instruye a los intérpretes de tratados a considerar las circunstancias de la celebración del tratado. A este respecto, Guatemala invita al Tribunal a prestar atención a los principios y prácticas legales de los Estados Unidos en materia de expropiación. Si bien es cierto, como postulado general, que la práctica de un Estado parte no es concluyente en cuanto al significado del texto del tratado, tampoco es irrelevante.⁷⁸⁸ El Órgano de Apelación de la OMC también enumeró en *CE – Trozos de Pollo* ciertos factores objetivos que pueden considerarse en la interpretación de los tratados en virtud del Artículo 31 de la Convención de Viena, entre los que se incluyen: "el tipo de acontecimiento, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo o el mero acceso a un acto o instrumento publicado; la materia del documento, instrumento o acontecimiento en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado o de qué manera".⁷⁸⁹ Se debe examinar el contexto histórico en el que se negoció el tratado.⁷⁹⁰

⁷⁸⁴ *Methanex*, ¶ 37. (RL-0227)

⁷⁸⁵ *Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo (17 de julio de 2006), ¶¶ 135 a 136. (RL-0231)

⁷⁸⁶ *David R. Aven y otros* ¶ 3. 411 (RL-0031). Composición del Tribunal: Eduardo Siqueiros T. como Árbitro Presidente, y C. Mark Baker y el Árbitro Pedro Nikken como Árbitros.

⁷⁸⁷ *David R. Aven y otros c. Rica*, (RL-0031).

⁷⁸⁸ ("El propósito de la interpretación de un tratado es establecer la intención común de las partes en el tratado. Para establecer esta intención, puede ser pertinente la práctica anterior de una sola de las partes, pero es evidente que tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria en un Listado, la práctica de clasificación del Miembro importador, de hecho, puede ser de gran importancia. Sin embargo, el Panel se equivocó al concluir que la práctica de clasificación de los Estados Unidos no era pertinente"). *CE – Equipo Informático*, ¶ 93.

⁷⁸⁹ *CE – Trozos de Pollo*, ¶¶ 290–291.

⁷⁹⁰ ("... la referencia en el artículo 32 de la Convención a las circunstancias de la celebración de un tratado puede tener algún valor para subrayar la necesidad de que el intérprete tenga constantemente presente el contexto histórico en el que

464. La Ley de la Autoridad Bipartita de Promoción Comercial de 2002, una ley gubernamental publicada que estaba fácilmente disponible para todos los Estados Partes del DR-CAFTA, instruye que el gobierno de los Estados Unidos debe, entre sus principales objetivos de negociación comercial, "[procurar] establecer normas para la expropiación y la compensación por expropiación, de conformidad con los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos".⁷⁹¹ El inicio formal de las negociaciones de lo que más tarde sería el DR-CAFTA tuvo lugar el 8 de enero de 2003 y concluyó el 28 de mayo de 2004.⁷⁹² El 5 de agosto de 2004 se firmó el DR-CAFTA y en esa ocasión el Representante de los Estados Unidos señaló que "estamos hoy aquí sólo porque el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Autoridad para la Promoción del Comercio en 2002".⁷⁹³ El Senado aprobó el DR-CAFTA en junio de 2005,⁷⁹⁴ y la Cámara de Representantes hizo lo mismo un mes después.⁷⁹⁵ El Congreso no habría aprobado el DR-CAFTA si considerara que el Acuerdo violaba su propia instrucción en la Ley de la Autoridad de Promoción Comercial Bipartita de 2002 de que el gobierno "y buscara establecer normas para la expropiación y la compensación por expropiación, de conformidad con los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos"⁷⁹⁶ al negociar con los demás Estados Partes. De hecho, el Representante de Comercio de los Estados Unidos lo confirmó en su Estudio Ambiental Final del DR-CAFTA de junio de 2005, en el que se afirmaba que "las disposiciones sobre expropiación se han aclarado en un Anexo para garantizar que son coherentes con los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos".⁷⁹⁷ Claramente, entonces, este Tribunal tiene bases suficientes para considerar los principios legales y la práctica de los EE.UU. en la interpretación de las disposiciones del DR-CAFTA.

465. Habiendo establecido el texto relevante del DR-CAFTA y las reglas de interpretación que este Tribunal debe observar al interpretar el Acuerdo, este Tribunal debe considerar a continuación los alegatos que los Demandantes deberían haber planteado y, durante el curso de los procedimientos, deben ser capaces de probar sus dichos para considerar a Guatemala responsable de la violación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA. El Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA establece que "una acción o una serie de acciones de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o una participación patrimonial en una inversión". El Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA, por lo tanto, impone a los

se ha negociado el tratado"). Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed., (Manchester University Press, 1984), p. 141.

⁷⁹¹ Trade negotiating objectives, 19 U.S.C § 3802 (**RL-0232**).

⁷⁹² USTR, *Final Environmental Review* (junio de 2005), p. 1. ("Las negociaciones con la República Dominicana concluyeron con éxito el 5 de agosto de 2004") (**R-0140**).

⁷⁹³ Declaración de USTR Zoellick en la firma del TLC entre los Estados Unidos, la República Dominicana y Centroamérica. (**R-0141**).

⁷⁹⁴ Declaración del Representante Comercial de los Estados Unidos Rob Portman sobre la aprobación del Senado del DR-CAFTA y la aprobación de la Cámara de Representantes (**R-0142**).

⁷⁹⁵ Declaración del Representante Comercial de los Estados Unidos Rob Portman sobre la Aprobación Legislativa del DR-CAFTA (**R-0143**).

⁷⁹⁶ Trade negotiating objectives, 19 U.S.C § 3802 (**RL-0232**).

⁷⁹⁷ USTR *Final Environmental Review* (junio de 2005), p. 30 (**R-0140**).

Demandantes la carga de alegar y probar que: (1) tienen un derecho de propiedad o una participación patrimonial tangible o intangible en una inversión, y que (2) la acción o serie de acciones de Guatemala interfiere con ese derecho de propiedad o participación patrimonial en una inversión. Según la UNCTAD, "es importante identificar correctamente la inversión en cuestión".⁷⁹⁸

466. En este caso, hay que recordar que los Demandantes han identificado en su Notificación de Arbitraje que sus acciones en Exmingua son la inversión en cuestión.⁷⁹⁹ Y de nuevo, en su Memorial de Contestación a las objeciones preliminares de la Demandada, los Demandantes fueron enfáticos en que "pretenden recuperar los daños que *ellos* han sufrido... Más concretamente, el valor de la inversión de los Demandantes (Exmingua) y, por lo tanto, el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua se habrían reducido como resultado de las medidas que Guatemala tomó contra Exmingua". Esto constituiría una pérdida para los Demandantes, que son propietarios indirectos de Exmingua a través de sus inversiones de capital".⁸⁰⁰ En su Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, este Tribunal destacó que "los Demandantes declaran que han presentado reclamos por las pérdidas que ellos mismos sufrieron. Específicamente, los Demandantes declaran que reclaman daños y perjuicios por la disminución del valor de sus acciones en Exmingua como resultado de las medidas tomadas por Guatemala en violación del DR-CAFTA".⁸⁰¹ Por lo tanto, el Tribunal debe restringir su análisis de si Guatemala violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA sobre la base de la interferencia que Guatemala supuestamente cometió contra las acciones de los Demandantes en Exmingua.

467. El siguiente paso es determinar si la supuesta interferencia es atribuible al Estado de Guatemala.⁸⁰² Esto se fundamenta en el Artículo 2 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que dispone que "[e]xiste un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando el comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado". En este caso, el argumento de los Demandantes es que "las acciones y omisiones de Guatemala, tomadas por el *MEM, el Presidente, la policía nacional y los tribunales*, han tenido el efecto de privar a los Demandantes de la totalidad o de una parte sustancial del valor de su inversión y, por lo tanto, constituyen una expropiación indirecta".⁸⁰³ Los Demandantes afirman que "Guatemala ha desvalorizado a Exmingua y ha destruido las inversiones de los

⁷⁹⁸ UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversión II, p. 104 (RL-0266).

⁷⁹⁹ ("La inversión de los inversores en Exmingua, además, califica como una "inversión" bajo el DR-CAFTA, ya que está en la forma de acciones"). Notificación de arbitraje de los demandantes 9 de noviembre de 2018, ¶20.

⁸⁰⁰ Memorial de contestación a las objeciones preliminares de la Demandada, ¶57.

⁸⁰¹ Decisión sobre las objeciones preliminares de la Demandada, ¶98.

⁸⁰² ("Es necesario establecer si la medida es atribuible al Estado demandado y, en caso afirmativo, si éste actuó en su capacidad soberana"). UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión II, p. 104 (RL-0266).

⁸⁰³ Memorial de Demanda, ¶164, cursiva agregada.

Demandantes" "[e]n particular, al suspender ilegal, arbitraria e indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII; al incautar ilegalmente el concentrado de Exmingua; al suspender *de facto* la licencia de exploración de Exmingua en Santa Margarita; y al impedir arbitraria e indefinidamente que Exmingua obtuviera una licencia de explotación para Santa Margarita".⁸⁰⁴

468. En cuanto a la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII y la consiguiente suspensión de las operaciones de Exmingua, así como la orden en *Minera San Rafael* de suspender la emisión de nuevas licencias de explotación,⁸⁰⁵ cabe destacar que estos casos no se produjeron por ninguna acción ordenada, instruida o instigada por el MEM, sino, como admiten los Demandantes, en cumplimiento de una orden judicial legítima de los tribunales de Guatemala.⁸⁰⁶ Asimismo, los Demandantes admiten que la incautación del concentrado de oro de Exmingua fue "en cumplimiento de una orden del Tribunal Penal".⁸⁰⁷ Guatemala destaca estos hechos ahora porque, como se examinará más adelante, las acciones de los tribunales de Guatemala no pueden atribuirse al Estado de Guatemala en ausencia de evidencia de una denegación de justicia y colusión. Los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos se hacen eco de esta opinión.⁸⁰⁸ Por otra parte, los propios Demandantes admiten que, por su propia voluntad, suspendieron su exploración del área de Santa Margarita por temor, infundado por cierto, de que se vieran "enfrentados a otra demanda de CALAS solicitando un amparo que suspenda la licencia de exploración de Santa Margarita, de acuerdo con la decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso de *Minera San Rafael*".⁸⁰⁹ Después del caso de *Minera San Rafael*, un caso en el que no estaban involucrados, los Demandantes suspendieron sus trabajos de exploración en el área de Santa Margarita. La cuestión de la atribución al Estado ni siquiera entra en juego aquí ya que la suspensión de los trabajos fue autoinfligida.

469. Asumiendo que los Demandantes superen el escollo del requisito de la atribución al Estado, el tercer paso es evaluar los factores para la expropiación indirecta en virtud del Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA. Sin embargo, este Tribunal debe proceder a la tercera etapa si, y sólo si, los Demandantes han superado con éxito las dos primeras etapas. No es que Guatemala esté hilando fino. El término "expropiación" aparece en el Anexo

⁸⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶144.

⁸⁰⁵ Decisión de fecha 3 de septiembre de 2018, emitida en la causa No. 4785-2017 por la Corte de Constitucionalidad (caso *Minera San Rafael*), p. 33 (C-0459 ENG).

⁸⁰⁶ ("A raíz de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad que confirma el amparo provisional, el 6 de mayo de 2016, y la Resolución del MEM del 3 de mayo de 2016, Exmingua suspendió sus operaciones, salvo por las obras esenciales de mantenimiento del medio ambiente que requería el MARN"). Memorial de Demanda, ¶100.

⁸⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶237.

⁸⁰⁸ ("Por separado, las decisiones de los tribunales nacionales que actúan en calidad de árbitros neutrales e independientes de los derechos jurídicos de los litigantes no dan lugar a una demanda por expropiación en virtud del párrafo 1 del artículo 1110 [del TLCAN]. Por lo tanto, no es sorprendente que los comentaristas hayan reconocido la particular "escasez" de precedentes internacionales sobre si los actos judiciales pueden ser expropiatorios. Además, los Estados Unidos no han reconocido el concepto de "actos judiciales" como una cuestión de derecho interno"). Comunicación de los Estados Unidos de América en *Eli Lilly & Co.* ¶ 29 (RL-0040).

⁸⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶170.

10.C-2 sin especificar si la demanda ante este Tribunal es de expropiación directa bajo el Anexo 10-C.3 o de expropiación indirecta bajo el Anexo 10-C.3. Si este Tribunal evaluara el impacto económico y el carácter de la acción gubernamental atacada y la existencia de cualquier expectativa razonable respecto de inversión sin antes estar satisfecho de los elementos constitutivos conforme al Anexo 10-C.2 del tratado, el Anexo 10.C-2 se reduciría a una mera superfluidad del Anexo 10-C.4(a) del DR-CAFTA.⁸¹⁰

470. Al ponderar este Tribunal los factores del Anexo 10-C.4(a), se lo insta a tener en cuenta que "no toda toma equivale a una expropiación".⁸¹¹ De hecho, a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, el DR-CAFTA se esmeró en enumerar los factores en los que debe basarse una decisión de expropiación indirecta. La primera vez que estos factores se articularon en el texto de los tratados fue en 2004, cuando Canadá y los Estados Unidos los incluyeron en los Anexos de sus TBI modelo.⁸¹² De hecho, el Anexo 10-C del DR-CAFTA es una copia exacta del Anexo B del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004.⁸¹³ Que el texto del Anexo 10-C del DR-CAFTA y el Modelo de TBI de Estados Unidos de 2004 sean una misma cosa no es, de nuevo, una cuestión de pura coincidencia: "[e]l Anexo ordena a los tribunales que examinen varios factores, que se derivan del análisis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978)".⁸¹⁴ Otra decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos pertinente a esta controversia en lo que respecta a los factores de expropiación indirecta es *Tahoe-Sierra Pres. Council v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 535 U.S. 302, 331 (2002) que se decidió antes de la conclusión del DR-CAFTA. Guatemala se referirá a estos casos a medida que se desarrolle el debate. Basta con señalar por el momento que estos casos, consistentes con el peso de la autoridad en el arbitraje de inversión, imponen una carga más pesada a los Demandantes para establecer la expropiación indirecta bajo el DR-CAFTA en relación con otros tratados donde estos factores no están articulados.

471. Finalmente, dado que los Demandantes, como se señaló anteriormente, han presentado una demanda de expropiación indirecta contra Guatemala, se insta a este Tribunal a tener en cuenta el Anexo 10-C.4 que exige que "[l]a determinación de si una acción o una serie de acciones de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere una investigación caso por caso, basada en hechos". Lo que esto significa es que "no existe una fórmula mecánica para determinar cuándo las medidas atribuibles

⁸¹⁰ ("Una regla de interpretación bipartita constantemente mencionada por la Corte es: a) que un tratado debe ser leído en su conjunto para dar efecto a todos sus términos y evitar incoherencias, y b) que ninguna palabra o disposición puede ser tratada o considerada como superflua"). Edward Gordon, *The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties: Some Observations on the Development of an International Constitutional Law*, THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1965), vol. 59, No. 4, pp. 794-833, especialmente p. 814 (RL-0277).

⁸¹¹ *Id.*

⁸¹² UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión II, p. 58 (RL-0342).

⁸¹³ Véase Anexo B Expropiación del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004 (RL-0011)

⁸¹⁴ USTR *Final Environmental Review* (junio de 2005), p. 30. (R-0140).

al Estado anfitrión infringen la línea divisoria entre la reglamentación legítima y la expropiación indirecta compensable".⁸¹⁵ Los tribunales de inversiones deben tener presente que "los Estados deben estar en condiciones de adoptar decisiones racionales e informadas en el interés público en relación con las medidas que puedan repercutir en la actividad de las inversiones extranjeras y su capacidad para hacerlo se vería gravemente menoscabada si las circunstancias que dan lugar a la expropiación desafiaron cualquier generalización".⁸¹⁶ El preámbulo del DR-CAFTA refleja este objetivo cuando los Estados Partes resolvieron "PRESERVAR su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público". El Anexo 10-C.4(b) refuerza esta política fundamental que anima al DR-CAFTA cuando establece que: "salvo en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte, concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas".

472. En resumen, el cálculo de la decisión del Tribunal al evaluar la expropiación indirecta de los Demandantes implica, *en primer lugar*, identificar los derechos o participación en la inversión y si las acciones o series de acciones del gobierno interfieren con tales derechos o participación; *en segundo lugar*, determinar si las acciones o series de acciones alegadas son atribuibles a Guatemala; *en tercer lugar*, evaluar si la interferencia alcanza el nivel de expropiación por referencia a las normas del tratado, específicamente, sopesando el impacto económico y el carácter de las acciones o la serie de acciones del gobierno atacadas, y la existencia de expectativas razonables en la inversión; y *por último*, en relación con el carácter de la acción del gobierno, determinar si las acciones o la serie de acciones del gobierno atacadas constituyen acciones reglamentarias no discriminatorias concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público. En la discusión subsiguiente se llevará a cabo este análisis para establecer que Guatemala no violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA.

- 1) Los Demandantes no alegaron, dado que no pueden hacerlo, que hubo interferencia con sus acciones en Exmingua o que Exmingua en su totalidad fue tomada.

473. Ya se ha señalado anteriormente que los Demandantes han identificado en su Notificación de Arbitraje que sus acciones en Exmingua son la inversión en cuestión.⁸¹⁷ Y de nuevo, en su Memorial de Contestación a las objeciones preliminares de la Demandada, los Demandantes hicieron hincapié en que "pretenden recuperar los daños que *ellos* han sufrido... Más concretamente, el valor de la inversión de los Demandantes (Exmingua) y, por consiguiente, el **valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua se redujo como resultado**

⁸¹⁵ JAN Paulsson y Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, e Norbert Horn y Stefan Michael Kroll (editores), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, Tomo 19 (Kluwer Law International 2004) pp. 145-158. (RL-0278).

⁸¹⁶ *Id.* p. 146.

⁸¹⁷ ("La inversión de los inversores en Exmingua, además, califica como una "inversión" bajo el DR-CAFTA, ya que está en la forma de acciones"). Notificación de arbitraje de los Demandantes 9 de noviembre de 2018, párrafo 20

de las medidas que Guatemala adoptó contra Exmingua". Esto constituye una pérdida para los Demandantes, que son propietarios indirectos de Exmingua a través de sus inversiones de capital".⁸¹⁸ Luego, la Decisión de este Tribunal sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada señaló que "los Demandantes manifiestan que han presentado reclamos por las pérdidas que ellos mismos sufrieron",⁸¹⁹ que este Tribunal enfatizó, toma la forma de "**daños y perjuicios por la disminución del valor de sus acciones en Exmingua** como resultado de las medidas tomadas por Guatemala en violación del DR-CAFTA".⁸²⁰ De acuerdo con este Tribunal, "no parece haber ninguna controversia en este caso en cuanto a que los Demandantes son titulares de **una inversión cubierta, en virtud de su propiedad colectiva (directa e indirecta) de las acciones de una empresa local (Exmingua)**".⁸²¹

474. Guatemala observa que este Tribunal, en su Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, estableció una distinción entre, por un lado, "la pérdida del *valor de las acciones*" y, por otro, "la privación de la propiedad de las acciones o la interferencia con los *derechos* de los accionistas".⁸²² Con respecto a la pérdida del valor de las acciones, que es lo que afirman los Demandantes en sus presentaciones previas ante este Tribunal, éste subrayó que "el propio demandante debe haber "sufrido" un perjuicio; no bastaría con que un demandante demostrara únicamente que una empresa local en la que tiene una participación ha sufrido un perjuicio. La carga de la prueba recae sobre el demandante para alegar (y eventualmente probar) su propio perjuicio".⁸²³ Para lograrlo, los Demandantes deben demostrar que "sufrieron un perjuicio a través de una cadena de acontecimientos que comienza con la conducta del Estado hacia una empresa en la que tiene acciones".⁸²⁴

475. Un análisis minucioso del Memorial de Demanda revelará que no alegaron ningún hecho que demostrara siquiera que hubo una disminución en el valor de sus acciones. Los hechos alegados en su sección de Expropiación, todos ellos relacionados con la suspensión de sus operaciones mineras en las zonas de Progreso VII y Santa Margarita y la confiscación del concentrado de oro extraído de las minas,⁸²⁵ y la ausencia de toda alegación relativa a la interferencia con sus acciones, se confirman además cuando sus reclamos por daños y perjuicios se centraron en la pérdida de flujo de efectivo de la mina en funcionamiento y los intereses en la misma; el valor del concentrado secuestrado y los intereses sobre éste; el valor perdido del concentrado secuestrado; y el valor perdido del potencial de exploración conocido de Tambor.⁸²⁶ En resumen, los

⁸¹⁸ Memorial de contestación a las objeciones preliminares de la Demandada, ¶ 57, énfasis añadido.

⁸¹⁹ Decisión sobre las objeciones preliminares de la Demandada, ¶ 98, énfasis añadido.

⁸²⁰ *Id.*, énfasis añadido.

⁸²¹ *Id.*, en el ¶127, énfasis añadido.

⁸²² *Id.*

⁸²³ *Id.* ¶ 129.

⁸²⁴ *Id.* ¶ 130.

⁸²⁵ Véase el Memorial de Demanda, ¶144.

⁸²⁶ Memorial de Demanda, Resumen de los daños y perjuicios de los Demandantes, p. 185.

Demandantes no establecieron ninguna cadena de acontecimientos, es decir, cómo, si acaso, la supuesta interferencia en las actividades comerciales de Exmingua dio lugar a una interferencia en las acciones de los Demandantes mediante una supuesta disminución de su valor. A falta de pruebas, y mucho menos, en qué medida, el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua ha disminuido, el análisis del Tribunal debería, en realidad, detenerse ya en este punto.

476. No obstante, incluso si este Tribunal examinara la "privación de la *propiedad* de las acciones o la interferencia en los *derechos* de los accionistas",⁸²⁷ en contraposición con la demanda original de los Demandantes de "pérdida del valor de las acciones", la conclusión seguiría siendo la misma. Los Demandantes no alegan, ya que no tienen base para argumentar, que Guatemala se haya hecho cargo de su inversión mediante actos corporativos. De hecho, Exmingua retiene el control de sus decisiones de gestión y sus operaciones cotidianas. El caso trascendental del TLCAN sobre este punto es *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, en el que se trata, como en el presente caso, de una demanda de expropiación que afecta a una filial de propiedad exclusiva de un inversor extranjero estadounidense en Canadá.⁸²⁸ En dicho caso, el Tribunal determinó si había habido interferencia en las acciones de los inversores extranjeros de los Estados Unidos y, al constatar que el inversor extranjero de los Estados Unidos seguía ejerciendo los citados derechos corporativos que se derivan de tales acciones,⁸²⁹ consideró que la demanda de expropiación carecía de fundamento.

477. Los criterios en el caso *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, en particular si el inversor sigue teniendo el control de la inversión y dirige sus operaciones cotidianas, o si el Estado ha asumido esa gestión y control, fueron aplicados por tribunales posteriores. En *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP contra la Argentina* dictaminaron que "el listado de medidas consideradas en el caso *Pope & Talbot* como equivalentes a la expropiación, que el demandado ha invocado entre otras autoridades, es, en opinión del Tribunal, *representativa de la norma jurídica necesaria para llegar a una conclusión sobre la expropiación indirecta*".⁸³⁰ Al determinar que "nada de esto había sucedido en el caso de TGS o CIESA o en cualquiera de las empresas relacionadas", el Tribunal procedió a desestimar la demanda de expropiación.

478. En el caso *CMS Gas Transmission Company c. la Argentina*, el demandante CMS invirtió en la compra de acciones de Transportadora de Gas del Norte, una empresa creada en la Argentina tras la privatización del sector del gas en el país. En ese caso, CMS, al igual que en el presente caso, solicitaba una compensación por daños y perjuicios por la disminución del valor de sus acciones después de demostrar que "el valor de sus

⁸²⁷ Decisión sobre las objeciones preliminares de la Demandada, ¶ 127.

⁸²⁸ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, Caso TLCAN (CNUDMI), Laudo (26 de junio de 2000), ¶ 2 (CL-0129).

⁸²⁹ *Id.* ¶100.

⁸³⁰ *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c. la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo (15 de mayo de 2007), CII 292 (2007), ¶ 245, cursiva añadida. (CL-0259)

acciones en TGN ha disminuido en un 92%".⁸³¹ Al evaluar si la inversión había sido expropiada, lo que el tribunal consideró relevante fue si "el inversor tiene el control de la inversión; el Gobierno no gestiona las operaciones cotidianas de la empresa; y el inversor tiene la plena propiedad y control de la inversión".⁸³² Al determinar que CMS conservaba el goce de estos derechos, el tribunal dictaminó que no hubo expropiación.⁸³³

479. En resumen, ya sea desde la perspectiva de la "pérdida del *valor* de las acciones" o de la "privación de la *propiedad* de las acciones o la interferencia con los *derechos* de los accionistas",⁸³⁴ los hechos de este caso desmienten cualquier interferencia con las acciones de los Demandantes en Exmingua, la inversión objeto de esta controversia.

480. Guatemala invita asimismo a la atención del Tribunal a *GAMI Investments c. los Estados Unidos Mexicanos*.⁸³⁵ En ese caso, el inversor estadounidense GAMI tenía acciones en una empresa constituida en México, Grupo Azucarero México SA de CV ("GAM"). GAMI argumentó, en su demanda de expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN, que la conducta de México menoscababa el valor de su participación accionaria hasta tal punto que debe considerarse equivalente a una expropiación.⁸³⁶ El acto de injerencia gubernamental impugnado se refería a la Ley de expropiación de México y al Decreto de expropiación por el que se expropiaban los cinco ingenios azucareros de GAM. Al igual que el caso ante este Tribunal, "la participación accionaria de GAMI nunca fue expropiada como tal. GAMI sostiene que la conducta de México menoscabó el valor de su participación accionaria hasta tal punto que debe considerarse equivalente a una expropiación".⁸³⁷

481. En el laudo, el tribunal explicó que "la distinción entre la supuesta expropiación *de facto* de las acciones de GAMI en GAM y la expropiación *de jure* de las cinco fábricas de GAM es fundamental".⁸³⁸ El tribunal de *GAMI* incluso fue más allá al explicar que, suponiendo que se expropiara incluso un solo ingenio azucarero, "los derechos de propiedad de GAM en ese único ingenio habrían sido "tomados" porque GAM fue formalmente desposeída de esos derechos".⁸³⁹ El tribunal de *GAMI* estableció la regla de que deben existir "*conclusiones objetivas* justificadas por pruebas de que el valor de GAM como empresa había sido destruido

⁸³¹ *Pope & Talbot Inc. c. el Canadá*, Caso TLCAN (CNUDMI), Laudo (26 de junio de 2000), ¶ 69 (CL-0029).

⁸³² *CMS Gas Transmission Company c. la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (25 de abril de 2005), CII 65, enviado el 12 de mayo de 2005, ¶ 263 (CL-0062)

⁸³³ *Id.* en 264

⁸³⁴ Decisión sobre las objeciones preliminares de la Demandada, ¶127.

⁸³⁵ *GAMI Investments Inc. c. México*, Caso CNUDMI, Laudo (15 de noviembre de 2004). (CL-0036)

⁸³⁶ ("Una característica fundamental de los reclamos de GAMI es que son derivados. GAMI no afirma que las medidas gubernamentales mexicanas se dirigían contra su participación en GAM. Su queja es que el valor de su participación se vio afectado negativamente por medidas que hicieron sufrir a la empresa GAM"), *Id.* en el párrafo 23.

⁸³⁷ *Id.* ¶ 35.

⁸³⁸ *Id.*

⁸³⁹ *Id.* ¶ 127.

o perjudicado".⁸⁴⁰

482. Los mismos hechos pertinentes del caso *GAMI c. México* están presentes en este caso. Los Demandantes afirman que ha habido una disminución del valor de sus acciones en Exmingua cuando Guatemala supuestamente expropió su oportunidad de desarrollar y explotar minas en el proyecto Tambor. Sin embargo, al igual que en *GAMI*, los Demandantes no han establecido mediante pruebas objetivas cómo y en qué medida sus acciones han sido tomadas por la suspensión de las operaciones mineras en Tambor, incluso admitiendo hipotéticamente que la suspensión fue causada por Guatemala.

483. Tal vez conscientes de la tenue base sobre la que han construido su reclamo en sus presentaciones anteriores ante este Tribunal, los Demandantes intentan ahora adoptar una "teoría alternativa" de daño directo sobre la base de lo que ellos afirman es una "oportunidad perdida de desarrollar el proyecto Tambor".⁸⁴¹ Incluso si este Tribunal permitiera que esta enmienda tardía e improcedente del reclamo siguiera adelante, este Tribunal determinaría que la teoría alternativa aún carece de fundamento. El Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA, en su significado liso y llano, requiere que los Demandantes establezcan que se interfirió en un "derecho de propiedad o participación patrimonial" en su "inversión". Vale la pena reiterar que la inversión objeto de esta controversia consiste en las acciones de los Demandantes en Exmingua. En resumen, para que la teoría alternativa de expropiación de los Demandantes prospere, éstos deben establecer que su llamada "oportunidad de desarrollar el proyecto Tambor" es un "derecho o participación patrimonial" que se deriva de su "inversión", es decir, las acciones en Exmingua.

484. Está bien establecido que "[un] derecho de propiedad, para que pueda acogerse a la protección de las normas de derecho internacional, debe ser un derecho jurídico real, distinto de un mero beneficio económico o de otra índole, como una situación creada por la legislación de un Estado a favor de alguna persona o personas que, por consiguiente, estén interesadas en su continuación".⁸⁴² Medida por esta norma, la cuestión pertinente es si la legislación de Guatemala otorga a los Demandantes un derecho jurídico real o, en palabras de los Demandantes, la "oportunidad" de desarrollar el proyecto Tambor. La respuesta es no.

485. En cuanto a la explotación de la zona de Progreso VII, *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos* defiende la proposición de que no existen derechos de propiedad cuando, entre otras cosas, la explotación o el uso de los recursos naturales requiere el otorgamiento de una concesión en virtud de la legislación nacional, y dicha concesión no garantiza la existencia o la permanencia de los recursos naturales.⁸⁴³ La Ley de Minería de Guatemala carece igualmente de tal garantía. De hecho, en el Informe Anual de Radius

⁸⁴⁰ *Id.*, en el ¶132, cursiva en el original.

⁸⁴¹ Memorial de Demanda, ¶161

⁸⁴² Gillian White, *Nationalization of Foreign Property* 49 (1961) (RL-0279).

⁸⁴³ *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, ¶118 (RL-0233).

Gold correspondiente al ejercicio económico 2011 presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores, hizo una advertencia categórica en el sentido de que "se advierte a los inversores de los Estados Unidos que no deben asumir que una parte o la totalidad de los depósitos minerales de esas categorías se convertirán en reservas"⁸⁴⁴ y "se advierte a los inversores de los Estados Unidos que no deben asumir que una parte o la totalidad de un recurso inferido no existe o es ineconómica o legalmente inexplorable".⁸⁴⁵

486. Los Demandantes remiten luego a este Tribunal a los casos *Bear Creek Mining c. Perú*⁸⁴⁶ y *Tethyan Copper c. Pakistán*⁸⁴⁷ para respaldar su afirmación de que, en lo que respecta a la futura explotación en la zona de Santa Margarita, ya poseen algún derecho de propiedad o interés que puede ser objeto de expropiación, y en lo que respecta a una licencia de explotación para la zona de Santa Margarita, tienen una expectativa razonable de que se expida una a su favor. Los Demandantes sostienen que en *Bear Creek* "el tribunal determinó que un demandante de expropiación no tenía todavía una licencia de explotación, pero tenía una opción aprobada para adquirir derechos mineros de conformidad con un decreto gubernamental".⁸⁴⁸ Citan además a *Bear Creek* y *Tethyan* en apoyo de su argumento de que, en las industrias extractivas, hay una expectativa razonable de que se conceda una licencia de explotación. Los Demandantes se basan en el siguiente pasaje del laudo de *Bear Creek*, en el que el tribunal dijo que "sin estas autorizaciones [para llevar a cabo actividades mineras], no se podría haber esperado que el demandante invirtiera las cantidades que indiscutiblemente había invertido..."⁸⁴⁹, y en el pasaje de *Tethyan*, en el que el tribunal declaró que los inversores mineros necesitan "comodidad" "para invertir cantidades considerables de dinero en la exploración antes de que se les conceda la licencia de explotación que les garantice el derecho a beneficiarse en última instancia de los hallazgos que han hecho a través de sus gastos".⁸⁵⁰

487. Los laudos de *Bear Creek* y *Tethyan* son inapropiados para resolver el presente caso. En el caso *Tethyan*, el inversor hizo valer dos derechos de propiedad y participación: 1) la participación del inversor extranjero TCCA en el Acuerdo de *Joint Venture* ("JVA") y el *Joint Venture* con el gobierno, incluido en particular el derecho en virtud de la cláusula 11.8.2 del JVA; y 2) su participación en TCCP, la filial local

⁸⁴⁴ Informe 20-F de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU (2012), p. 3 (R-0102).

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶¶154 y 178, en los que se cita el caso *Bear Creek Mining Corp. c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 de noviembre de 2017) ¶¶ 415-416 y 376, respectivamente (CL-0139).

⁸⁴⁷ Véase el Memorial de Demanda, ¶178, en el que se cita a *Tethyan Copper Co. Ltd. c. la República Islámica del Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad (10 de noviembre de 2017) ¶ 930 (CL-0229).

⁸⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶154

⁸⁴⁹ *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 de noviembre de 2017) ¶ 376 (CL-0139).

⁸⁵⁰ *Tethyan Copper Co. Ltd. c. la República Islámica del Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad (10 de noviembre de 2017) ¶ 930 (CL-0229-ING).

establecida con el propósito exclusivo de llevar a cabo las actividades de la Demandante en Pakistán.⁸⁵¹ TCCA sostuvo que tenía derecho a convertir su licencia de exploración en un contrato de arrendamiento minero sobre la base de la Cláusula 11.8.2 del JVA que establece que:

"[c]uando el Joint Venture o, de conformidad con el apartado 11.3.2, una Parte Participante opte por desarrollar una mina, entonces, con sujeción únicamente al cumplimiento de los requisitos gubernamentales de rutina, tendrá derecho a convertir la(s) licencia(s) de [Exploración] pertinente(s) que posea en [Arrendamientos] mineros de manera de otorgar un título seguro respecto de la Zona Minera requerida".

488. Más allá de esta disposición contractual, el inversor extranjero también se basó en *varias garantías expresas y específicas*, a saber, "las declaraciones hechas a través del marco reglamentario federal y provincial" "las garantías específicas dadas por ambos Gobiernos en "coyunturas críticas""⁸⁵², todas las cuales, según el tribunal, fomentaron una *expectativa legítima* de que se concediera la solicitud de explotación minera. El tribunal resolvió en primer lugar la cuestión de si la cláusula contractual daba lugar a un derecho de propiedad o a una participación y concluyó que "la inversión del demandante incluía en efecto el derecho a convertir la Licencia de Exploración EL-5 en un contrato de arrendamiento minero previa presentación de una solicitud que cumpliera todos los requisitos reglamentarios de rutina".⁸⁵³ Sólo después de concluir que el inversor TCC gozaba de un derecho a convertir su exploración en un arrendamiento minero, el tribunal explicó las consecuencias de la denegación de la solicitud de arrendamiento minero para su participación en TCCP.⁸⁵⁴

489. En *Bear Creek*, el inversor extranjero adquirió concesiones mineras para un proyecto de extracción de plata de un ciudadano peruano, después de que el Gobierno declarara en 2007 que el proyecto minero era de necesidad pública y garantizara que la autoridad minera "concedería autorizaciones" al inversor extranjero para adquirir las concesiones del ciudadano peruano.⁸⁵⁵ A partir de ese momento, el inversor extranjero invirtió un total de 18.237.592 dólares estadounidenses hasta que el Gobierno, en 2011, revocó la declaración y las autorizaciones. Esto llevó al tribunal de *Bear Creek* a dictaminar que "el Demandante se basó en las autorizaciones gubernamentales expresas" y que "sin estas autorizaciones, no se podía esperar que el Demandante invirtiera los montos que indiscutiblemente invirtió entre 2007 y 2011".⁸⁵⁶ E incluso entonces, el derecho de propiedad o la participación del inversor extranjero no se basaba en una "oportunidad de inversión" sino en el dinero que había invertido realmente, que en última instancia era la cantidad adjudicada por el tribunal.

⁸⁵¹ *Id.* ¶ 1321.

⁸⁵² *Id.* ¶ 816. Véase también ¶ 682 ("[C]ontrariamente a la alegación de la Demandada, el demandante no basa sus reclamos exclusivamente en la cláusula 11.8.2 de la CHEJVA sino también en la regla 48 de las Reglas del BM de 2002 y en las garantías que afirma haber recibido de los funcionarios gubernamentales").

⁸⁵³ *Id.* ¶ 1323

⁸⁵⁴ *Id.* ¶ 1328

⁸⁵⁵ *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 de noviembre de 2017 ¶ 373 (CL-0139)).

⁸⁵⁶ *Id.* ¶ 376

490. En el presente caso, lo único que dicen los Demandantes es que "en las industrias extractivas, en particular, no hay ningún beneficio en la obtención de una licencia de exploración sin una expectativa razonable de que se conceda una licencia de explotación de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes si la exploración arroja resultados positivos".⁸⁵⁷ A diferencia de *Bear Creek y Tethyan*, no hay nada en la Ley de Minería de Guatemala ni en la licencia de exploración expedida para el área de Santa Margarita que asegure a los Demandantes o a Exmingua la expedición de una licencia de explotación como cuestión de derecho o de titularidad. Los Demandantes tampoco alegan que los funcionarios del Gobierno de Guatemala les hayan dado ninguna garantía, expresa o de otro tipo, a tal efecto ya que, en efecto, no les dieron ninguna.

491. En todo caso, está bien establecido que las oportunidades perdidas, si es que las hay, como la que ahora afirman los Demandantes, implican sólo la valoración de los daños, no la determinación de si hubo una violación del tratado. Se recordará que la teoría alternativa de una "oportunidad de inversión" perdida en *William Ralph Clayton, & Bilcon of Delaware Inc. y otros c. el Gobierno de Canadá*⁸⁵⁸ se produjo sólo en el laudo sobre daños y perjuicios, no en el laudo sobre jurisdicción de responsabilidad. Esto es coherente también con la conclusión del tribunal en *Methanex Corp. c. los Estados Unidos de América*, que se refería a una demanda de expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN, en la que el tribunal sostuvo que "elementos como el fondo de comercio y la cuota de mercado pueden ... figurar en la valoración. Pero es difícil entender cómo podrían sostenerse por sí solos".⁸⁵⁹

492. En conclusión, el supuesto derecho de propiedad o participación de los Demandantes en el desarrollo del proyecto minero Tambor, a través de sus acciones en Exmingua, descansa en terreno movedizo. Los únicos derechos de propiedad o participaciones patrimoniales que tienen en este caso son el valor de sus acciones, la propiedad de las mismas y los derechos de accionistas, todo lo cual permanece intacto y no ha sido objeto de ninguna interferencia gubernamental.

- 2) Al carecer de un acto gubernamental que pudiera percibirse como una interferencia en sus acciones en Exmingua, los Demandantes afirman ahora que se los ha privado de la "oportunidad de desarrollar y operar proyectos mineros en Tambor". Independientemente de la forma en que los Demandantes caracterizan sus derechos de propiedad o participación, los Demandantes no atribuyeron ningún acto de interferencia al Estado de Guatemala.

493. En su Memorial, los Demandantes tratan las decisiones de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad que suspenden la licencia de explotación de Progreso VII, la orden judicial que permite el

⁸⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶ 178, que cita a Fuentes, ¶ 81; Kappes, ¶ 146.

⁸⁵⁸ *William Ralph Clayton, & Bilcon of Delaware Inc. y otros c. el Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04 i?? (CL-0088).

⁸⁵⁹ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Laudo definitivo de la del Tribunal de Jurisdicción y Mérito (3 de agosto de 2005), ¶ 17 (R-0227).

decomiso de concentrado de oro,⁸⁶⁰ así como la orden en *Minera San Rafael* que suspende la emisión de nuevas licencias de explotación,⁸⁶¹ como actos atribuibles al Estado de Guatemala. Tratan estos actos judiciales como "cualquier emanación del Estado" que "también puede constituir una expropiación".⁸⁶² El juez Tanaka rechazó este enfoque simplista de los actos judiciales en su Opinión Separada en el caso de *Barcelona Traction*.

494. *Barcelona Traction* implicaba actos y omisiones de jueces y tribunales españoles que, según el Gobierno belga, constituían denegaciones de justicia. El juez Tanaka advirtió que "el hecho de que un Estado incurra o no en responsabilidad depende de las circunstancias concretas de cada caso; en particular, deben tenerse en cuenta las características de los tres tipos de actividades del Estado: legislativas, administrativas y judiciales".⁸⁶³ Rechazó un "tratamiento mecánico y uniforme"⁸⁶⁴ de esas actividades estatales. El juez Tanaka establece una distinción entre los actos judiciales, por una parte, y los actos no judiciales, por otra, en base a "el hecho de que en los países civilizados modernos son casi totalmente independientes de su gobierno".⁸⁶⁵ El juez Tanaka fue enfático en que "a diferencia de los actos internacionalmente perjudiciales cometidos por funcionarios administrativos, un Estado *no* es, en principio, responsable de los actos cometidos por funcionarios judiciales (principalmente jueces) en su calidad de oficiales".⁸⁶⁶ Señala que "si bien los jueces tienen la condición de funcionarios públicos, no pertenecen a la jerarquía ordinaria de los funcionarios públicos con relaciones superiores-subordinados".⁸⁶⁷ Incluso dice que "[l]a independencia del poder judicial... puede ser admitida como un 'principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas' (Artículo 38, párrafo 1 c) de la Ley)".⁸⁶⁸ A continuación, el juez Tanaka concluye que "un Estado, en razón de la independencia del poder judicial, en principio, es inmune a la responsabilidad en relación con las actividades de los órganos judiciales".⁸⁶⁹ Reconoce que esta inmunidad "no es de carácter absoluto", pero limita la responsabilidad sólo "en los casos en que existen circunstancias graves".⁸⁷⁰ Tales circunstancias graves, según el juez Tanaka, deben constituir una denegación de justicia.⁸⁷¹

495. El hecho de que un Estado no pueda ser considerado responsable de los actos de su poder judicial si

⁸⁶⁰ Véase el Memorial de Demanda, ¶ 237, en el que los demandantes admiten que la incautación del concentrado de oro de Exmingua se hizo "en cumplimiento de una orden del Tribunal Penal", es decir, la orden del Cuarto Tribunal Penal de fecha 5 de junio de 2016, p. 2. (C-0149 ING).

⁸⁶¹ Decisión de fecha 3 de septiembre de 2018, emitida en la causa No. 4785-2017 por la Corte de Constitucionalidad (caso *Minera San Rafael*), p. 33 (C-0459 ENG).

⁸⁶² Memorial de Demanda, ¶148.

⁸⁶³ *Barcelona Traction*, Opinión autónoma del Juez Tanaka, p. 153. (RL-0307)

⁸⁶⁴ *Id.*

⁸⁶⁵ *Id.* ¶ 155.

⁸⁶⁶ *Id.* énfasis añadido.

⁸⁶⁷ *Id.* ¶ 154.

⁸⁶⁸ *Id.* ¶ 155.

⁸⁶⁹ *Id.* ¶¶ 155-156.

⁸⁷⁰ *Id.* ¶ 156, énfasis añadido.

⁸⁷¹ *Id.*

no se dicta una resolución de denegación de justicia ha sido afirmado reiteradamente en la jurisprudencia de la ley de inversiones. Una enunciación de esta norma apareció tempranamente en la jurisprudencia del TLCAN a través del laudo dictado en el caso *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*.⁸⁷² La controversia se refería a una demanda de expropiación indirecta en virtud del Artículo 1110 del TLCAN después de que tres niveles de tribunales mexicanos afirmaron la anulación por parte del Ayuntamiento de Naucalpan de un contrato de concesión para la gestión de residuos que los Demandantes habían celebrado con el gobierno local. Incluso los Demandantes se refieren a *Azinian* en su Memorial para apoyar su argumento de que "la expropiación también puede ser cometida a través del poder judicial del Estado",⁸⁷³ pero lo que no mencionan es que no se estableció una expropiación judicial en ese caso porque los Demandantes no alegaron, y mucho menos probaron, la existencia de una denegación de justicia.

496. Es cierto que, a diferencia del juez Tanaka, el tribunal de *Azinian* no se basó en la independencia del poder judicial respecto de los demás poderes del Estado para explicar por qué la denegación de justicia es una condición previa a la constatación de una expropiación judicial.⁸⁷⁴ Sea como fuere, el tribunal advirtió que "la posibilidad de hacer responsable internacionalmente a un Estado por las decisiones judiciales no da derecho, sin embargo, a un demandante a solicitar la revisión internacional de las decisiones de los tribunales nacionales como si la jurisdicción internacional a la que se recurre tuviera jurisdicción plenaria de apelación". Esto no es cierto en general, y no es cierto para el TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la decisión judicial en sí misma constituye una violación del tratado*. ¿Qué constituye entonces una violación del tratado para hacer responsable al Estado de un acto de sus órganos judiciales? El tribunal *Azinian* dio la respuesta, a saber: "Incluso si los Demandantes convencieran a este tribunal arbitral de que los tribunales mexicanos se equivocaron con respecto a la invalidez del contrato de concesión, esto no sería per se concluyente en cuanto a una violación del TLCAN. *Se requiere más; los Demandantes deben demostrar ya sea una denegación de justicia*".⁸⁷⁵

497. Otra controversia sobre el TLCAN se resolvió cuatro años después de la de *Azinian*. En el caso *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*,⁸⁷⁶ los Demandantes impugnaron el veredicto de un tribunal de Mississippi por 500.000.000 dólares y las decisiones que se negaban a relajar los requisitos de fianza y atribuyeron este acto judicial a los Estados Unidos como "medidas adoptadas o mantenidas" por éste. Los Demandantes argumentaron que el tribunal de primera instancia admitió "testimonios anti-canadienses y pro-estadounidenses y comentarios prejuiciosos de los abogados" en violación

⁸⁷² *Azninan v. Mexico*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) (CL-0144).

⁸⁷³ Memorial de Demanda, p. 157.

⁸⁷⁴ *Azninan c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1º de noviembre de 1999), ¶ 3. 98 (CL-0144).

⁸⁷⁵ *Ibíd.*

⁸⁷⁶ *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (CL-0170)

de la norma de trato nacional prevista en el Artículo 1102 del TLCAN, que el desarrollo del juicio, el veredicto excesivo del tribunal y la aplicación arbitraria de los requisitos de fianza violaban el nivel mínimo de trato previsto en el Artículo 1105 del TLCAN, y que estas acciones, junto con la denegación del derecho de los Demandantes a apelar y a un acuerdo coercitivo, violaban el Artículo 1110 del TLCAN, que prohíbe la apropiación no compensada de inversiones de inversores extranjeros.⁸⁷⁷ Al resolver la demanda de expropiación, el tribunal sostuvo unánimemente que "una demanda que alegue una apropiación en violación del Artículo 1110 *sólo* puede tener éxito si Loewen establece una denegación de justicia conforme al Artículo 1105".⁸⁷⁸

498. El laudo en el caso *Swisslion DOO Skopje c. la ex República Yugoslava de Macedonia*⁸⁷⁹ proporciona más claridad en cuanto a los actos que pueden constituir una denegación de justicia como predicado de un reclamo de expropiación. El demandante en *Swisslion* alegó cuatro incumplimientos del TBI entre Macedonia y Suiza de 1996, el primero de los cuales fue una demanda judicial de expropiación del segundo tramo de acciones del inversor en Agropload ocasionada por la rescisión por parte de los tribunales de Macedonia de un acuerdo de venta de acciones y del plan de negocios.⁸⁸⁰ Como lo refirieron aquí los Demandantes⁸⁸¹, el tribunal de *Swisslion* consideró que era un "punto incontrovertible que un Estado es responsable de una expropiación efectuada por cualquiera de sus órganos, incluido su poder judicial".⁸⁸² Sin embargo, cabe recordar que "antes de analizar la primera demanda",⁸⁸³ el tribunal "abordó desde el principio un importante hecho jurídico que afecta la consideración de las demandas en general, a saber, las decisiones de los tribunales de Macedonia que interpretan y aplican el contrato entre *Swisslion* y el Ministerio de Economía".⁸⁸⁴ En opinión del tribunal, "la cuestión es si al adoptar su decisión los tribunales de Macedonia actuaron o no en contra del derecho internacional y, en particular, si hubo denegación de justicia en el presente caso".⁸⁸⁵ El tribunal resolvió la cuestión en este sentido:

"La rescisión internacionalmente lícita de un contrato entre una entidad estatal y un inversor no puede equipararse a una expropiación de los derechos contractuales simplemente porque se hayan rescindido los derechos del inversor; de lo contrario, un Estado no podría ejercer el derecho ordinario de una parte contractual de alegar que su contraparte incumplió el contrato sin que se considere que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales. Dado que no hubo ilegalidad por parte de los tribunales, el primer elemento de la demanda de

⁸⁷⁷ *Id.* ¶ 39.

⁸⁷⁸ *Id.* ¶ 141, énfasis añadido.

⁸⁷⁹ *Swisslion DOO Skopje c. la ex República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo (6 de julio de 2012) (CL-0119).

⁸⁸⁰ *Id.*, ¶ 259.

⁸⁸¹ Memorial de Demanda, nota 366, pp. 65 y 66.

⁸⁸² *Swisslion c. Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo (6 de julio de 2012), ¶310 (CL-0119).

⁸⁸³ *Id.* ¶260.

⁸⁸⁴ *Id.*

⁸⁸⁵ *Id.* ¶ 265.

expropiación del demandante no queda establecido.⁸⁸⁶

499. En 2013, un tribunal del CIADI resolvió una demanda de expropiación en el marco del TBI entre Francia y Moldavia de 1997 en el caso del *Sr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*.⁸⁸⁷ El demandante, el Sr. Arif, alegó que su inversión se había realizado sobre la base de la presunta aplicación incorrecta de las leyes de Moldavia por parte de los órganos del Estado que le concedieron esos derechos. Argumentó que "la expropiación completa de [su] inversión en los locales fronterizos tuvo lugar el 24 de noviembre de 2010, cuando la Corte Suprema canceló irrevocablemente los resultados de la Licitación y el Acuerdo del 1 de julio de 2008".⁸⁸⁸ El Sr. Arif afirmó que "hubo colusión entre las partes locales interesadas" y "el poder judicial de Moldavia, así como una estrecha coordinación entre las diferentes instancias dentro del poder judicial de Moldavia".⁸⁸⁹ Al analizar la demanda de expropiación del Sr. Arif, el tribunal consideró que la posición del demandante era "en esencia... que la efectiva aplicación incorrecta de la ley de Moldavia por los tribunales equivale a una expropiación".⁸⁹⁰

500. A pesar de la declaración del tribunal, que en el presente caso citan nuevamente los Demandantes,⁸⁹¹ de que "por principio, de conformidad con el Artículo 4 de los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, las decisiones de los tribunales pueden comprometer la responsabilidad del Estado, incluso por la expropiación ilícita",⁸⁹² el tribunal rechazó el reclamo porque consideró que "estos acuerdos han sido declarados inválidos en virtud de la legislación moldava por todo el sistema judicial moldavo, incluida la Corte Suprema". El Tribunal no está convencido de que haya habido colusión entre los tribunales".⁸⁹³ El tribunal continuó diciendo que "no hay pruebas en el expediente que persuadan al Tribunal para concluir que el poder judicial moldavo no ha aplicado la ley moldava legítimamente y de buena fe en los procedimientos iniciados por los competidores del Demandante".⁸⁹⁴ Más importante aún, el tribunal rechazó la demanda de expropiación pero no estaba convencido "de que los tribunales moldavos hayan actuado denegando la justicia en modo alguno".⁸⁹⁵

501. De más reciente data es *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*⁸⁹⁶ decidido en 2016. En ese caso, el tribunal examinó, entre otras cosas, un reclamo por incumplimiento del párrafo 1 del Artículo

⁸⁸⁶ *Id.* ¶ 314, cursiva añadida.

⁸⁸⁷ *Sr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (CL-0126).

⁸⁸⁸ *Id.* ¶ 189.

⁸⁸⁹ *Id.* ¶ 214.

⁸⁹⁰ *Id.* ¶ 415.

⁸⁹¹ Memorial de Demanda, nota 366, p. 66.

⁸⁹² *Arif c. Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), ¶ 347 (CL-0126).

⁸⁹³ *Id.* ¶ 415.

⁸⁹⁴ *Id.*

⁸⁹⁵ *Id.*

⁸⁹⁶ *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo (4 de mayo de 2016), miembros del Tribunal: Andrés Rigo Sureda (presidente), Emmanuel Gaillard y Brigitte Stern (CL-0155).

6 del TBI entre los Países Bajos y la República Federativa de Yugoslavia, que prohíbe la expropiación salvo en las condiciones establecidas en el TBI. Los Demandantes MNSS y Recupero Credito hicieron inversiones en forma de capital y préstamos en Zeljezara Niksic AD Niksic ("ZN").⁸⁹⁷ Las medidas atacadas fueron el rechazo del Plan de Reorganización de ZN por parte del Tribunal Comercial de Podgorica en un procedimiento de quiebra y la posterior confirmación de dicho rechazo por parte del Tribunal de Apelación de Montenegro que, según los Demandantes, tuvo como consecuencia la expropiación de sus inversiones. Al desestimar la demanda de expropiación, el tribunal dictaminó que "una decisión judicial no puede considerarse una expropiación directa a menos que se determine una denegación de justicia".⁸⁹⁸

502. Por su parte, los Demandantes sostienen que no es necesario que se haya determinado previamente que hubo denegación de justicia para que un Estado pueda ser considerado responsable de una expropiación judicial. Para respaldar este punto de vista, los Demandantes señalan a este Tribunal el laudo dictado en el caso *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajstán*.⁸⁹⁹ Las inversiones de los Demandantes en *Rumeli* consistían en participaciones en Kar-Tel, una empresa conjunta de servicios de telecomunicaciones móviles de Kazajstán, cubierta por un contrato de inversión con el Comité Estatal de Inversiones ("Comité de Inversiones"). El 21 de febrero de 2002, el Comité de Inversiones rescindió el contrato de inversión y, mediante un procedimiento judicial de reembolso obligatorio de las acciones de los Demandantes en Kar-Tel iniciado por otro accionista, Telcom Invest, la empresa Kar-Tel pudo reembolsar las acciones con exclusión de los Demandantes. Sobre la base de las alegaciones de los escritos y las pruebas presentadas durante las audiencias, el tribunal del caso *Rumeli* determinó que la expropiación fue "instigada por la decisión del Comité de Inversiones",⁹⁰⁰ un órgano del Estado, y no por una parte privada como sostienen los Demandantes en el presente caso. Peor aún, se determinó que el Comité de Inversiones había "comunicado de manera colusoria e impropia a Telcom Invest y sus accionistas antes de que los Demandantes tuvieran conocimiento de [la rescisión del Contrato de Inversión], y que procedió mediante una serie de decisiones judiciales, que culminaron con la decisión final del Presidium de la Corte Suprema".⁹⁰¹ Esto llevó al tribunal a concluir que "el proceso judicial que resultó en la expropiación de las acciones de los Demandantes se llevó a cabo mediante una colusión indebida entre el Estado, actuando a través del Comité de Inversiones, y Telcom Invest".⁹⁰² "Es relevante", según el tribunal de *Rumeli*, "que el proceso judicial que culminó en la expropiación fue instigado por la decisión del Estado, actuando a través del Comité de Inversiones, de rescindir el Contrato

⁸⁹⁷ *Id.* ¶ 5.

⁸⁹⁸ *Id.* ¶ b370.

⁸⁹⁹ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008) (CL-0147).

⁹⁰⁰ *Rumeli c. Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008) ¶ 708 (CL-0147).

⁹⁰¹ *Id.*

⁹⁰² *Id.*

de Inversión".⁹⁰³ En otras palabras, el Comité de Inversiones, un órgano ejecutivo del Estado, utilizó los procedimientos judiciales como un conducto para su toma expropiatoria de las inversiones de los Demandantes en Kar-Tel.

503. Los Demandantes se basan a continuación en el laudo dictado en el caso *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*⁹⁰⁴ para sostener que "si bien la denegación de justicia podría en algún caso dar lugar a una expropiación, no se deduce que la expropiación judicial sólo pueda producirse si hay denegación de justicia".⁹⁰⁵ Una vez más, los Demandantes no situaron el laudo arbitral estándar en su contexto fáctico. A pesar de la declaración general del tribunal, el tribunal, de hecho, determinó en *Standard Chartered* que la decisión judicial impugnada, la Orden Utamwa J, "había ido más allá de ser simplemente una decisión judicial errónea, sino que es un error atroz que equivale a una abyecta falta de justicia". La naturaleza de la orden como un "acto irreflexivo e imprudente" tuvo "el efecto inmediato de poner en peligro los derechos económicos y el control de SCB HK sobre las Instalaciones y los bienes que le asignó la IPTL", según el tribunal.⁹⁰⁶

504. Los Demandantes se refieren asimismo a *Saipem S.p.A. c. la República Popular de Bangladesh*⁹⁰⁷ al afirmar que "las acciones del poder judicial constituyeron una expropiación indirecta, sin necesidad de que dichas acciones equivalgan a una denegación de justicia".⁹⁰⁸ Lo que hace singular a *Saipem* es que el párrafo 1 del Artículo 9 del TBI entre Italia y Bangladesh sólo permite reclamar "compensación por expropiación, nacionalización, requisición o medidas similares", sin mencionar la compensación por violaciones de la norma del trato justo y equitativo o, más concretamente, por denegación de justicia. Cuando el tribunal preguntó a la demandante Saipem cuál era el fundamento de su acción, admitió que "la mala conducta de los tribunales nacionales también equivalía a una denegación de justicia"⁹⁰⁹. Sin embargo, Saipem explicó que el TBI entre Italia y Bangladesh "no confiere a su Tribunal jurisdicción sobre un reclamo basado en la denegación de justicia y restringe su jurisdicción a un reclamo por expropiación". *Por eso no presentamos ante ustedes una demanda por denegación de justicia*".⁹¹⁰

505. Tres cosas son notables en *Saipem*. En primer lugar, el demandante Saipem admitió que, si el TBI

⁹⁰³ *Id.*

⁹⁰⁴ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/15/41, Laudo (11 de octubre de 2019), ¶ 279 (CL-0278).

⁹⁰⁵ Memorial de Demanda, nota de pie p. 398-99, pp. 71-72.

⁹⁰⁶ *Standard Chartered c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/15/41, Laudo (11 de octubre de 2019), ¶ 352 (énfasis añadido) (CL-0278).

⁹⁰⁷ *Saipem S.p.A. c. The People's Republic of Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo (30 de junio de 2009). (CL-0145)

⁹⁰⁸ Memorial de Demanda, nota 398, p. 71.

⁹⁰⁹ *Id.* ¶ 121.

⁹¹⁰ *Id.* .

hubiera conferido al tribunal la autoridad para entender y resolver los reclamos basados en la denegación de justicia, habría presentado un reclamo basado en ese motivo. En segundo lugar, si bien el tribunal de *Saipem* no utilizó el término "denegación de justicia" para caracterizar la declaración de los tribunales de Bangladesh del laudo de la Corte Penal Internacional como una nulidad, cabe señalar, como subrayó el tribunal, que "ambas partes consideran que las acciones de (o las acciones atribuibles a) Bangladesh deben ser "ilegales" para dar lugar a una demanda de expropiación"⁹¹¹. En otras palabras, no bastaba con demostrar que la medida impugnada era un acto del poder judicial de Bangladesh, ya que "el reclamo de Saipem no tiene que ver con el ejercicio habitual por parte de los tribunales de su facultad de pronunciarse sobre la anulación o la desestimación de un laudo dictado en su jurisdicción".⁹¹² Más bien, el tribunal subrayó que "se trata de la supuesta injerencia ilícita del tribunal".⁹¹³ En tercer lugar, tras haberse convencido de que la intervención del tribunal "era contraria al derecho internacional, en particular al principio de abuso de derechos y a la Convención de Nueva York", el tribunal se negó a cerrar los ojos ante la violación, todo ello porque el TBI entre Italia y Bangladesh no incluía el recurso al tribunal en los casos de denegación de justicia. Mavluda Sattorova captó mejor el dilema cuando señaló que "si el tribunal de *Saipem* hubiera descripto la conducta de los tribunales de Bangladesh como una denegación de justicia y no como una expropiación, el inversor se habría visto privado de la oportunidad de que su queja fuera oída por un tribunal de tratados de inversión".⁹¹⁴

506. El *Eli Lilly & Co. c. el Gobierno de Canadá*,⁹¹⁵ no añade nada al presente caso de los Demandantes porque, si bien el tribunal planteó la cuestión de "si la conducta que no constituye una denegación de justicia puede, no obstante, calificarse como una violación de los Artículos 1105 o 1110 del TLCAN [sobre expropiación]"⁹¹⁶, no llegó a una respuesta definitiva al respecto porque los Demandantes no pudieron establecer de todos modos el fundamento fáctico de su demanda por expropiación ilegal.⁹¹⁷ En todo caso, *Eli Lilly* da aún más crédito al trato especial que el juez Tanaka dio a los actos judiciales en el caso *Barcelona Traction* cuando el tribunal de *Eli Lilly* recordó -no sólo una vez, sino tres veces- en su laudo, la "apreciación dominante de que un tribunal del Capítulo XI del TLCAN no es una instancia de apelación con mandato para rever las decisiones del poder judicial nacional".⁹¹⁸

507. A fin de cuentas, el peso de la jurisprudencia en los arbitrajes internacionales de inversión exige, de acuerdo con el carácter independiente del poder judicial en el esquema de gobierno y la naturaleza no apelable

⁹¹¹ *Id.* ¶ 134.

⁹¹² *Id.* ¶ 155.

⁹¹³ *Id.* ¶ 155.

⁹¹⁴ Sattorova, M., *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, Vol. 61, 2012, p. 244 (RL-0280)

⁹¹⁵ *Eli Lilly c. Canadá*, Laudo (CL-0040).

⁹¹⁶ *Id.* ¶ 219.

⁹¹⁷ *Id.* ¶ 226.

⁹¹⁸ *Id.* ¶¶ 221, 224 y 225.

de la jurisdicción de un tribunal de inversión, que se demuestre la denegación de justicia antes de que se pueda atribuir responsabilidad al Estado por una presunta conducta judicial expropiatoria. Si no se demuestra convincentemente la denegación de justicia, la decisión de los tribunales no puede considerarse en modo alguno una toma, y mucho menos una expropiación.

a. A falta de una determinación de denegación de justicia y colusión, la suspensión de la licencia de explotación de Progreso VII por parte de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad independientes y la suspensión de la emisión de nuevas licencias en virtud del caso de Minera San Rafael no pueden atribuirse al Estado de Guatemala.

508. La Constitución Política de la República de Guatemala incorpora y afirma el principio general del derecho internacional de la independencia judicial al disponer que "los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y están sometidos únicamente a la Constitución de la República y a las leyes".⁹¹⁹ Para que este mandato de independencia sea algo más que una mera retórica vacía, la Constitución confiere al poder judicial características de independencia funcional, independencia financiera, inamovilidad de los magistrados y jueces de primera instancia, salvo en los casos establecidos por la ley, e independencia en la selección de su personal.⁹²⁰ Los magistrados de la Corte Suprema y los demás magistrados y jueces prestan juramento de "aplicar una justicia pronta e imparcial"⁹²¹ como requisito para ser magistrado o juez. En el mismo sentido, la Corte de Constitucionalidad "actúa como un tribunal colegiado con independencia de los demás órganos del Estado", y su "función esencial" es la "defensa del orden constitucional".⁹²²

509. Los Demandantes alegan que "Guatemala -a través de sus poderes ejecutivo y judicial- tomó [...] medidas en forma de actos y omisiones que han privado a los Demandantes de la oportunidad de explotar Tambor y han hecho que su inversión en Exmingua carezca de valor".⁹²³ Los Demandantes, sin embargo, no alegan, dado que no pueden hacerlo, que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en cualquier etapa del procedimiento ante las mismas, actuaron en connivencia con el MEM, el MARN o cualquier otra agencia gubernamental cuando ordenaron tanto la suspensión de la licencia de Progreso VII de Exmingua como la emisión de nuevas licencias de explotación en el caso de Minera San Rafael. Si bien los Demandantes mencionaron que los tribunales estaban "impulsados por ... la interferencia política"⁹²⁴, el Memorial no presenta ni un solo hecho que justifique esta maliciosa acusación contra la integridad del poder judicial guatemalteco. Se insta a este Tribunal a que no tenga en cuenta esta acusación vacua como nada más que un intento vicioso de los Demandantes de agregarle color a su caso, por lo demás aburrido, contra la

⁹¹⁹ Constitución Política de la República de Guatemala, Art. 203. (C-0414)

⁹²⁰ *Id.* Art. 205.

⁹²¹ *Id.* Art. 207.

⁹²² *Id.* Art. 268.

⁹²³ Memorial de Demanda, ¶ 165.

⁹²⁴ *Id.* ¶ 133.

Demandada. Tampoco se ha afirmado que el MEM, el MARN, o cualquier otra agencia del gobierno se confabulara con CALAS para instituir el procedimiento de amparo que finalmente condujo a la suspensión de la licencia de Progreso VII de Exmingua y a la suspensión de la emisión de nuevas licencias en Minera San Rafael. Por último, los Demandantes no alegan, dado que no pueden hacerlo, que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad conspiraron para llegar a la misma conclusión.

510. El presente caso, por lo tanto, es distinto del de *Rumeli c. Kazajstán*, en el que el tribunal consideró que Kazajstán era responsable de la expropiación después de que determinara que "el proceso judicial que dio lugar a la expropiación de las acciones de los Demandantes se llevó a cabo mediante una colusión indebida entre el Estado, actuando a través del Comité de Inversiones, y Telcom Invest".⁹²⁵ El caso de los Demandantes es que las decisiones de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad fueron "manifiestamente erróneas".⁹²⁶ La presente demanda se relaciona más estrechamente con el caso *Arif c. Moldavia*.⁹²⁷ Después de que el tribunal en Arif no encontró pruebas de colusión entre las partes interesadas y los tribunales moldavos o entre los diferentes niveles del poder judicial moldavo, el tribunal procedió a investigar si el poder judicial "aplicó la ley moldava legítimamente y de buena fe en los procedimientos"⁹²⁸ y si "los tribunales moldavos han actuado de alguna manera en la denegación de justicia".⁹²⁹

511. En esta etapa del análisis, el tribunal debe tener en cuenta tres cosas. En primer lugar, incluso si los tribunales guatemaltecos se equivocaron al suspender la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII y al ordenar la suspensión de la emisión de nuevas licencias en el caso de Minera San Rafael, ese error no sería concluyente en cuanto a la violación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA, en consonancia con el fallo en el caso de Azinian. En segundo lugar, la carga impuesta a los Demandantes es una vara extremadamente alta que constituye nada menos que una denegación de justicia, de nuevo, como lo instruye el tribunal de Azinian, o una abyecta falta de justicia, según el término utilizado en *Standard Chartered*. En consonancia con esta onerosa carga, aun cuando las decisiones de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad hayan dado lugar a la extinción de derechos, lo que, como se explicará más adelante, no ocurrió en este caso, aun así no se puede declarar una expropiación ilícita, siguiendo a *Swisslion*. En tercer lugar, este Tribunal no tiene jurisdicción de apelación sobre el poder judicial guatemalteco y debe conceder una deferencia considerable a la conducta y las decisiones de los tribunales en consonancia con *Azinian* y *Eli Lilly*. Siguiendo a *Arif*, mientras los tribunales guatemaltecos hayan aplicado la ley legítimamente y de buena fe en los procedimientos, la

⁹²⁵ *Rumeli c. Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008), ¶ 707 (CL-0147).

⁹²⁶ Memorial de Demanda, ¶74 ("Como explica el profesor Fuentes, la decisión de la Corte Suprema de conceder el amparo provisional fue manifiestamente errónea, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo"); *Id.* ¶ 137 ("La sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 11 de junio de 2020 fue manifiestamente errónea en todos estos aspectos")

⁹²⁷ *Arif c. Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (CL-0126).

⁹²⁸ *Id.* ¶ 415.

⁹²⁹ *Id.*

suspensión no puede constituir un acto ilegal y expropiatorio.

512. En una sección anterior de este Memorial de Contestación, Guatemala ha propuesto el criterio que este Tribunal debe aplicar para determinar la existencia de denegación de justicia y de qué manera las alegaciones de los Demandantes no cumplían con dicho criterio. Tales argumentos se mantienen en esta Sección. Además, Guatemala sostiene que sus tribunales aplicaron legítimamente la legislación guatemalteca cuando causaron la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII y la suspensión de la emisión de nuevas licencias en el caso de Minera San Rafael.

b. Los tribunales de Guatemala interpretaron y aplicaron las leyes de Guatemala legítimamente, de buena fe y con base racional, negando una conclusión de denegación de justicia

513. Para los Demandantes, el requisito de consulta que los tribunales de Guatemala ordenaron al MEM que realizara es un requisito que no existía en el momento en que se concedió la licencia de explotación en 2011.⁹³⁰ Citando a su perito de parte, el profesor Fuentes, los Demandantes quieren que este Tribunal crea que las "decisiones en los otros casos anteriormente discutidos en los que la Corte de Constitucionalidad dictaminó que el MEM debía realizar consultas ... fueron presentadas ante la Corte después de la apelación de Exmingua".⁹³¹ Asimismo, los Demandantes solicitan la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII hasta que el MEM cumpla con la orden de realizar consultas con los pueblos indígenas, tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Argumentan que dicha suspensión "cambió todas las reglas del juego".⁹³² Esto no es cierto.

514. Antes de abordar la interpretación errónea de la legislación interna de Guatemala por parte de los Demandantes, Guatemala exhorta a este Tribunal a que recuerde que su labor consiste en decidir el reclamo de conformidad con el DR-CAFTA y las normas aplicables del derecho internacional, y no en determinar la corrección de la aplicación por parte de los tribunales guatemaltecos de su propia legislación interna.⁹³³ La función del derecho interno, en todo caso, es sólo arrojar luz sobre las cuestiones en litigio.⁹³⁴ Y para sostener una conclusión de violación del derecho internacional, ni siquiera la "mera arbitrariedad"⁹³⁵ bastará; la carga

⁹³⁰ Memorial, ¶ 175, p. 81.

⁹³¹ Memorial de Demanda, ¶ 289 citando a Fuentes ¶¶ 141-142.

⁹³² Memorial de Demanda, ¶ 297, que cita Fuentes ¶ 168.

⁹³³ *Loewen*, ¶ 51 ("El Tribunal no puede, bajo el pretexto de un reclamo en el marco del TLCAN, considerar lo que es en esencia una apelación de una sentencia nacional") (CL-0170).

⁹³⁴ *Loewen*, ¶51 ("El reclamo ante el Tribunal es un reclamo en virtud del derecho internacional por violaciones del TLCAN. Corresponde al Tribunal decidir las cuestiones objeto de controversia de conformidad con el TLCAN y las normas aplicables del derecho internacional. Artículo 1131.1 del TLCAN. El Tribunal se ocupa del derecho interno sólo en la medida en que éste arroja luz sobre las cuestiones objeto de la controversia y ofrece vías de reparación internas para los asuntos de los que se quejan los demandantes") (CL-0170).

⁹³⁵ *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009), Anexo CL-23, ¶¶ 616-617, 762, 779 (RL-0041); *Azinian y Mexico* (CL-0144)., Laudo ¶ 99 (CL-0144) ("Incluso si los demandantes

de los Demandantes es establecer que las decisiones de los tribunales son "sorprendentes, impactantes o revelan una manifiesta falta de razonamiento".⁹³⁶ En otras palabras, mientras las decisiones de los Tribunales descansan sobre alguna base racional en la ley,⁹³⁷ el Tribunal debe detenerse para preservar la integridad no sólo del

convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos se equivocaron con respecto a la invalidez del Contrato de Concesión, esto no sería per se concluyente en cuanto a una violación del TLCAN. Se requiere más; los Demandantes deben demostrar una denegación de justicia, o una pretensión de forma para lograr un fin internacionalmente ilícito").

⁹³⁶ *Glamis Gold Ltd.*, Laudo, ¶¶ 616-617, 762, 779 (RL-0041).

⁹³⁷ Véase también RUDOLF DOLZER Y CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW*, (OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS), 2008, pp. 165 Y 166 ("En cuanto al resultado de un caso ante un tribunal local, es evidente que un Tribunal de inversiones no actuará como un mecanismo de apelación y no decidirá si el tribunal se equivocó o si sería preferible una opinión de la ley o la otra. No obstante, habrá que trazar una línea entre un error ordinario y un grave error judicial, que ya no podrá considerarse como un ejercicio del estado de derecho. Esta línea se cruzará especialmente cuando sea imposible que un tercero reconozca cómo un juez imparcial podría haber llegado al resultado en cuestión") (CL-0131); Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (Oxford University Press 2007), p. 229 Un ataque al resultado sustantivo de la decisión del tribunal nacional sólo puede tener éxito si está claro que ha habido una incorrección judicial, y no simplemente un error de derecho"). (RL-0328); *Mondev*, Award ¶127 (RL-0018); ("La prueba no consiste en si un resultado determinado es sorprendente, sino en si la conmoción o la sorpresa de un tribunal imparcial conduce, al reflexionar, a preocupaciones justificadas en cuanto a la corrección judicial del resultado... En definitiva, la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en cuenta las normas generalmente aceptadas de administración de justicia, un tribunal puede concluir, a la luz de todos los hechos disponibles, que la decisión impugnada fue claramente impropia y desacreditada, con el resultado de que la inversión ha sido objeto de un trato injusto e inequitativo"). (sin cursiva en el original) *Loewen Group y otros c. Estados Unidos de América*, opinión de Christopher Greenwood Q.C, 26 de marzo de 2001, ¶64 (RL-0194) ("El tribunal internacional no es un tribunal de apelación del tribunal nacional (como acepta Loewen), ni su tarea consiste en examinar las conclusiones del tribunal nacional. A falta de pruebas claras de mala fe por parte del tribunal pertinente... el demandante debe demostrar que o bien fue víctima de discriminación a causa de su nacionalidad o que la administración de justicia fue escandalosamente irregular". No bastan los vicios de procedimiento o una sentencia que pueda ser objeto de críticas sobre la base de decisiones de derecho o de hechos"). Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, (Cambridge: 2005), pp. 73 a 81 (CL-0171); Christopher Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts, in Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Fitzmaurice y Sarooshi (eds.) (Oxford: 2004), p. 61 ("está bien establecido que un error por parte del tribunal o una irregularidad en el procedimiento no es en sí mismo suficiente para constituir una violación del derecho internacional; debe haber una denegación de justicia"). (RL-0234); Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed, International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ) (RL-0191); J. L. Briery, *The Law of Nations* (Oxford: 1963), pp. 286 y 287 (en el que se define la denegación de justicia como "un perjuicio que entraña la responsabilidad del Estado cometido por un tribunal de justicia" y se afirma que "ningún fallo meramente erróneo o incluso injusto de un tribunal constituirá una denegación de justicia... la falta debe ser extremadamente grave"). (RL-0281); G.G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term 'Denial of Justice'*, 13 Brit. Y.B Int'l L. 93 (1932), pp. 93 a 114 (RL-0282); A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans: 1970), p. 319 ("En una palabra, no se puede atacar ningún juicio interno simplemente porque sea poco sólido a la luz de los principios aplicables del derecho y la justicia locales"). (R-326); Laudo de *Azinian y Mexico* (CL-0144), ¶¶102-103 (RL-002); *Thunderbird*, Laudo ¶120 ("no es función del Tribunal actuar como tribunal de apelación o revisión en relación con el sistema judicial mexicano en lo que respecta al objeto de los presentes reclamos...") (CL-0198); Laudo del ADF, ¶190 (en el que se respalda la posición del Tribunal de Azinian y se afirma que un Tribunal del TLCAN "no actúa como un tribunal con jurisdicción de apelación con respecto a las medidas de los Estados Unidos" y si éstas tienen validez jurídica en virtud del derecho interno de los Estados Unidos) (CL-0081); *Loewen*, Laudo ¶134 ("un reclamo en el marco del TLCAN no puede convertirse en una apelación contra las decisiones de los tribunales municipales") (CL-0170). Véase también, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Bélgica c. España), sentencia de 5 de febrero de 1970, opinión separada del juez Tanaka, p. 158 ("Si un tribunal internacional se ocupara de estas cuestiones y examinara la regularidad de las decisiones de los tribunales municipales, el tribunal internacional resultaría ser un "cour de cassation", el más alto tribunal del sistema jurídico municipal... la incorrección de una sentencia de un tribunal municipal no tiene carácter internacional").

sistema judicial nacional sino también la viabilidad del propio DR-CAFTA.⁹³⁸

515. Como se verá a continuación, las decisiones de los tribunales guatemaltecos descansan sobre bases sólidas y racionales, tanto en lo que respecta a la orden de realizar consultas con los pueblos indígenas como a la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII hasta que se cumpla la orden de realizar las consultas. Las órdenes de los tribunales tampoco cambian las reglas del juego, como los Demandantes quieren hacerlo parecer, sino que simplemente aplican una política de larga data en Guatemala y en el sistema interamericano de derechos humanos, y son un soplo de vida para una obligación internacional preexistente que se debe a los pueblos indígenas de Guatemala.

516. La República de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de junio de 1996.⁹³⁹ También admiten que el Convenio 169 de la OIT confiere a los pueblos indígenas "el derecho a ser consultados": (i) "siempre que se consideren medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente", y (ii) antes de la exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo".⁹⁴⁰ Los Demandantes admiten que "Guatemala tenía derecho a promulgar nuevas leyes o reglamentos para aplicar el Convenio de la OIT y exigir al Estado que realizara consultas", pero sostienen que esas leyes o reglamentos deberían haberse promulgado "antes de expedir licencias de explotación".⁹⁴¹ Por lo tanto, pretenden sugerir que el requisito de consulta que los tribunales de Guatemala ordenaron que realizara el MEM como condición previa para la continuación de la operación de la licencia de explotación para el Progreso VII no existía en el momento en que los Demandantes hicieron su supuesta inversión en Exmingua.

517. El 2 de junio de 2008, el demandante KCA firmó una carta de intención con Radius "para desarrollar el yacimiento de oro de Tambor ubicado en el centro de Guatemala".⁹⁴² En esta carta "vinculante y ejecutable"⁹⁴³, Radius se comprometió a transferir a KCA Subco, una subsidiaria de total propiedad de KCA, "el 51% de las acciones emitidas y en circulación de la subsidiaria guatemalteca de Radius, EXMINGUA, que tiene una participación del 100% en el Proyecto [Tambor]".⁹⁴⁴ Las acciones así comprometidas serían transferidas a KCA Subco tan pronto como haya "gastado un mínimo de USD \$6,5 millones en exploración y desarrollo en el Proyecto" o si ha "gastado un mínimo de USD \$6,5 millones en exploración y desarrollo en el

⁹³⁸ *Loewen*, Laudo ¶ 242 (CL-0170).

⁹³⁹ Memorial, ¶ 71, p. 31.

⁹⁴⁰ *Id.* en que se citan los arts. 6 y 15 (2) del Convenio 169 de la OIT.

⁹⁴¹ *Id.* (énfasis en el original).

⁹⁴² Comunicado de prensa, Radius, *Radius firma contrato para el desarrollo del depósito Tambor* (2 de junio de 2008) (C-0063).

⁹⁴³ Carta de intención (Anexo 99.4) de Kappes y Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (2 de junio de 2008), (C-0063).

⁹⁴⁴ *Id.* cláusula 1.

Proyecto", dentro de los cuatro años posteriores a la celebración del Acuerdo en cualquiera de los dos casos.⁹⁴⁵ A pesar del acuerdo anterior de KCA y Radius para la transferencia de sólo el 51% de las acciones emitidas y en circulación de Exmingua cuatro años después de la firma de la Carta de Intención, los Demandantes adquirieron en cambio el 100% de las acciones de Radius en Exmingua en agosto de 2012.⁹⁴⁶

518. En junio de 2009, Exmingua contrató a GSM para que preparara un EIA para los proyectos mineros de Progreso VII y Santa Margarita⁹⁴⁷. De enero de 2010 a abril de 2011, los Demandantes alegan haber realizado consultas con la comunidad y haber publicado los detalles del proyecto, como parte del EIA presentado al MARN de conformidad con la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente de Guatemala, en lo que se refiere a la Ley de Minería. El MARN aprobó el EIA de los Demandantes el 23 de mayo de 2011.⁹⁴⁸ Para resumir el argumento de los Demandantes, estos alegan que la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente era la única ley entonces vigente que requería un proceso de consulta, que su cumplimiento con dicha ley y la aprobación de su solicitud de licencia de explotación daba lugar a un beneficio razonablemente esperado "de que Exmingua pudiera continuar operando de conformidad con su licencia de explotación de Progreso VII válidamente emitida", y que la imposición por parte de los tribunales guatemaltecos de un nuevo requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT es "similar a aplicar retroactivamente una nueva ley en violación de los derechos adquiridos de Exmingua".

519. La cuestión pertinente es entonces si los tribunales de Guatemala, como sostienen los Demandantes, impusieron con carácter retroactivo una nueva ley por la que se exigía al MEM que realizara nuevas consultas para la continuidad de la licencia de explotación de Exmingua. Para abordar esta cuestión, es necesario rastrear el estado de las leyes en Guatemala a partir de la fecha en que supuestamente comenzó a realizar consultas públicas de conformidad con el EIA para el proyecto minero Progreso VII en enero de 2010. El 21 de diciembre de 2009 la Corte de Constitucionalidad en el caso de *Cementos Progreso* fue inequívoca al indicar que la ausencia de una legislación interna que defina el mecanismo de aplicación del derecho a la consulta no impide que no se pueda ejercer o proteger, de lo contrario, esto "equivaldría a permitir que la pasividad del Poder Legislativo haga ineficaz dicho derecho." Estas mismas normas articuladas en *Cementos Progreso* sirvieron de base para el fallo de la Corte de Constitucionalidad en lo que respecta a la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII. Así pues, no es en absoluto sorprendente que la Corte de Constitucionalidad, al suspender la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII, hiciera repetidas referencias a su anterior

⁹⁴⁵ Guatemala no tiene conocimiento ni información suficiente para formarse la opinión de que KCA Subco había gastado la cantidad de 6,5 millones de dólares de los EE.UU. como se indica en la Carta de Intención, o si incluso se gastó alguna suma.

⁹⁴⁶ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (C-0223); véase también Memorial, ¶¶ 26 y 27

⁹⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 29.

⁹⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 37; Resolución No. 1010-2011 del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales por la que se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental de Progreso VII de fecha 23 de mayo de 2011, ¶ 3 (C-0212).

decisión en *Cementos Progreso*. Contrariamente a la afirmación de los Demandantes de que la Corte de Constitucionalidad aplicó retroactivamente una nueva ley cuando ordenó al MEM que llevara a cabo nuevas consultas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, la Corte en el caso de Exmingua se limitó a iterar las normas de la sentencia de amparo que había establecido previamente en *Cementos Progreso* en diciembre de 2009, más de un mes antes de que Exmingua llevara a cabo sus consultas en enero de 2010.

520. Los Demandantes podrían argumentar que el punto de referencia pertinente debería ser el momento en que hizo una inversión en Exmingua en junio de 2008 mediante la Carta de Intención que el Demandante KCA firmó con Radius. Sin embargo, incluso si este Tribunal se remontara más atrás en el tiempo en la legislación guatemalteca y en los anales de la jurisprudencia de Guatemala y del sistema interamericano de derechos humanos, llegaría a la misma conclusión ineludible de que el Convenio 169 de la OIT contenía un derecho de consulta autoejecutable a favor de los pueblos indígenas, derecho que los Demandantes pasaron por alto cuando invirtieron en Exmingua, y que inclusive para la fecha del dictado de la decisión en *Cementos Progreso* esa obligación ya existía en la legislación de Guatemala desde 1997 y estaba suficientemente consagrada en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. En dos ocasiones en 2007 y una en abril de 2008, la Corte sostuvo en los casos separados de *Sipacapa*, *Río Hondo I* y *Río Hondo II* que la existencia del derecho de consulta de los pueblos indígenas era "incuestionable". Este entendimiento refleja la incorporación directa del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco.

521. Asimismo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha proporcionado orientación antes de junio de 2008 sobre el alcance del derecho de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT y los instrumentos internacionales relacionados. En diciembre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la que Guatemala forma parte, declaró lo siguiente:

Los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a velar por que toda determinación de la medida en que los demandantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que tradicionalmente han sido titulares y que han ocupado y utilizado se base en un proceso de pleno conocimiento y consentimiento mutuo por parte de la comunidad indígena en su conjunto. **Para ello es necesario, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y exactamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y que se les brinde una oportunidad efectiva de participar a título individual o colectivo.**⁹⁴⁹ (énfasis es propio)

522. La CIDH confirmó este pronunciamiento en octubre de 2004 en relación con las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo en Belice.⁹⁵⁰ En noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo de manera aún más categórica en el caso *Saramaka c. Surinam* que "las evaluaciones de impacto ambiental y social [deben ser] realizadas por entidades independientes y técnicamente

⁹⁴⁹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)* (27 de diciembre de 2002), ¶ 140 (RL-0235-EN).

⁹⁵⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)* (12 de octubre de 2004), ¶ 142 (RL-0236).

competentes, antes de otorgar una concesión para cualquier proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional de Saramaka, y aplicar las salvaguardas y mecanismos adecuados para reducir al mínimo los efectos perjudiciales que dichos proyectos puedan tener en la supervivencia social, económica y cultural del pueblo de Saramaka".⁹⁵¹

523. Teniendo en cuenta todas las premisas, no existe absolutamente ningún fundamento para la insistencia de los Demandantes en que se les aplicó una nueva ley cuando la Corte de Constitucionalidad exigió la realización de consultas con los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. Ya sea desde el punto de vista del derecho interno de Guatemala o del derecho internacional aplicable a la presente controversia, el requisito de consulta impuesto por la Corte de Constitucionalidad es uno que existía desde mucho antes del momento en que invirtieron en Exmingua y de la realización del EIA. La Corte de Constitucionalidad no hizo más que aplicar legítimamente la ley de Guatemala en consonancia con su deber de defender el orden constitucional⁹⁵² en el Estado.

c. En ausencia de una conclusión de denegación de justicia y colusión, la orden del Tribunal Penal independiente de incautar el concentrado de oro extraído de la mina de Tambor no puede atribuirse al Estado de Guatemala

524. Los Demandantes admiten que el secuestro del concentrado de oro de Exmingua se hizo "en cumplimiento de una orden del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de fecha 5 de junio de 2016."⁹⁵³

525. Además, no es correcto, como afirma el profesor Fuentes, que el Juzgado Penal y la Sala de la Corte de Apelaciones "absolvieron a los cuatro trabajadores de Exmingua".⁹⁵⁴ La absolución implica un juicio en toda regla sobre el fondo y la conclusión de que la fiscalía no pudo establecer la culpabilidad del acusado. Ese no fue el caso, por ahora sólo se ha dictado un *Auto de Falta de Mérito*, la cual significa que la investigación todavía continúa.⁹⁵⁵ Además, la Sala de la Corte de Apelaciones, en apelación, fue categórico en cuanto a que "si bien es cierto que la decisión del Tribunal de desestimar la causa sin perjuicios favorece a los acusados, también es cierto que la decisión apelada no da lugar a la clausura irrevocable del procedimiento, lo que significa que el Ministerio Público **puede seguir investigando el asunto** en profundidad".⁹⁵⁶ La Sala procedió

⁹⁵¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia (28 de noviembre de 2007), Serie C No. 172, ¶ 194(e) (RL-0237).

⁹⁵² Constitución Política de la República de Guatemala, Art. 268. (C-0414)

⁹⁵³ Memorial de Demanda, ¶ 237; ("El artículo 24 de nuestro Código Procesal Penal describe la presentación de denuncias penales, en primer lugar, como un deber "PÚBLICO", otorgando así al Ministerio Público la facultad de llevar a cabo investigaciones, procesar casos penales y poner en marcha la autoridad jurisdiccional para dicho procesamiento"). Decisión del Tribunal Penal de fecha 11 de mayo de 2018, p. 10 (C-0505 ENG), p. 8.

⁹⁵⁴ Fuentes, ¶¶ 188-189.

⁹⁵⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de 11 de mayo de 2018, p. 7 (C-0505 ENG).

⁹⁵⁶ *Id.* énfasis añadido.

a decir que "permite al Ministerio Público **mejorar su investigación** de los hechos y de las personas presuntamente responsables, e **incorporar todos los medios probatorios y documentos necesarios** para establecer que Exmingua ya no tenía licencia o autorización para desarrollar el proyecto minero PROGRESO VII DERIVADA al 9 de mayo de 2016, fecha en la que los acusados supuestamente realizaron las acciones en cuestión".⁹⁵⁷

526. A este respecto, el Artículo 198 del Código Procesal Penal de Guatemala autoriza que "los elementos y documentos relacionados con el delito o que **puedan ser pertinentes para la investigación...** sean depositados y conservados de la mejor manera posible".⁹⁵⁸ Además, cuando el Juzgado Penal desestimó la causa penal contra los cuatro trabajadores de Exmingua, el mismo ordenó al Ministerio Público "devolver los teléfonos celulares incautados a cada uno de los acusados y el vehículo incautado"⁹⁵⁹, pero no hubo una orden similar para devolver el concentrado de oro precisamente porque todavía eran pertinentes para la investigación en curso del Ministerio Público. Asimismo, como se estableció más arriba, Exmingua no ha solicitado su devolución, al menos en cuanto al concentrado secuestrado que se encuentra depositado en el organismo judicial.

d. Guatemala no interfirió en modo alguno en la exploración de Exmingua en el área de Santa Margarita. Exmingua suspendió su exploración del área de Santa Margarita por su propia voluntad

527. Los Demandantes sostienen a continuación que las acciones de Guatemala los privaron de la oportunidad de desarrollar el proyecto minero Tambor "al suspender *de facto* la licencia de exploración de Exmingua en Santa Margarita; y al impedir arbitraria e indefinidamente que Exmingua obtuviera una licencia de explotación para Santa Margarita".⁹⁶⁰ Las razones por las cuáles esto no es cierto ya han sido explicadas. Asimismo, el tema de la atribución estatal ni siquiera entra en juego considerando la ausencia de conducta estatal como se establece en el Artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Conducta Internacionalmente Ilegal y el Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA. No habiendo una suspensión ordenada por el gobierno de los trabajos de exploración de Exmingua, no tiene ni pies ni cabeza que Exmingua suspenda sus propias operaciones. La licencia de exploración sigue siendo operativa. La suspensión de las operaciones de exploración fue puramente por su propia voluntad.

528. En todo caso, Guatemala no tiene control alguno sobre si CALAS, o cualquier otra entidad similar, iniciaría o no un proceso judicial contra Exmingua. Sin duda, cualquier inversor prudente debe saber que "la

⁹⁵⁷ *Id.* énfasis añadido.

⁹⁵⁸ Art. 198 del Código de Procedimiento Penal de Guatemala (**C-0506 ENG**), énfasis añadido.

⁹⁵⁹ Decisión del Tribunal Penal de fecha 11 de mayo de 2018, p. 7 (**C-0505 ENG**).

⁹⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 144.

inversión siempre conlleva un riesgo".⁹⁶¹ Así pues, en el contexto del TLCAN, el tribunal del caso *Waste Management Inc. c. México* recordó a los inversores que "no es función del derecho internacional de expropiación, tal como se refleja en el Artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales de un inversor extranjero".⁹⁶² Si los Demandantes son realmente inversores experimentados, como afirman serlo, deben saber que en cualquier actividad empresarial que se emprenda pueden suscitarse posibles demandas judiciales. Incluso si el temor de los Demandantes surge de la suspensión por parte de los tribunales guatemaltecos del certificado de exportación en *Minera San Rafael*, eso no es suficiente para constituir una expropiación indirecta. Según el tribunal del caso *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, "no es suficiente que el inversor decepcionado señale alguna iniciativa o inacción del gobierno que podría haber contribuido a su mala fortuna".⁹⁶³

529. En cuanto a su afirmación de que se ha impedido *de facto* a Exmingua obtener una licencia de explotación para Santa Margarita, los Demandantes sostienen que "Exmingua también obtuvo su valor de la expectativa de poder explotar la zona del proyecto de Santa Margarita".⁹⁶⁴ Para argumentar que el mismo fue absolutamente desvalorizado, los Demandantes alegan que el MEM no ha respondido a su solicitud de recomendaciones para completar las consultas para el EIA de Santa Margarita.⁹⁶⁵ Pero, con respecto a esta supuesta inacción, los Demandantes no han demostrado que hayan pedido a los tribunales de justicia de Guatemala que obliguen al MEM a hacer tales recomendaciones. Esto se relaciona con el punto de Guatemala de que, para que una demanda de expropiación prospere, primero debe establecerse la denegación de justicia por parte del poder judicial. Como sostuvo el tribunal en el caso *Generation Ukraine Inc. contra Ucrania*:

No basta con que un inversor se aproveche, por muy bajo que sea el nivel de la autoridad gubernamental pertinente, para abandonar su inversión sin hacer ningún esfuerzo por anular la falta administrativa; y, por tanto, reclamar un delito internacional sobre la base de la teoría de que ha habido una expropiación virtual no compensada. En tales casos, un tribunal internacional puede considerar que el hecho de no solicitar una reparación a las autoridades nacionales descalifica el reclamo internacional, no porque exista un requisito de agotamiento de los recursos internos, sino porque la realidad misma de la conducta equivalente a la expropiación es dudosa en ausencia de un esfuerzo razonable -no necesariamente exhaustivo- del inversor por obtener una corrección.⁹⁶⁶

⁹⁶¹ *Generation Ukraine Inc c. Ucrania*, Laudo (16 de septiembre de 2003), ¶ 20.30 (RL-0100). Véase también *Telenor Mobile Communications AS c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo arbitral (13 de septiembre de 2006), ¶ 1. 64 (CL-0130) ("Todo inversor que celebre un acuerdo de concesión debe ser consciente de que la inversión entraña riesgos").

⁹⁶² *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), ¶ 177 ((CL-0022).

⁹⁶³ *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Laudo (16 de septiembre de 2003), ¶ 20.30 (RL-0100).

⁹⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 169.

⁹⁶⁵ Memorial de Demanda, p. 75, en la que se cita la carta de Exmingua al MARN de fecha 7 de abril de 2017 (C-0015) y la carta de Exmingua al MEM de fecha 7 de abril de 2017 (C-0016).

⁹⁶⁶ *Generation Ukraine Inc.*, Laudo ¶ 20.30 (RL-0100).

- 3) Aun suponiendo que se produjeron actos de interferencia en los derechos o intereses de propiedad de los Demandantes, cualesquiera que sean, atribuibles al Estado de Guatemala, dicha interferencia no alcanza el nivel de expropiación indirecta según los estándares establecidos en el Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA.

530. Ya se ha establecido anteriormente, con base en el texto del Anexo 10-C del DR-CAFTA y en virtud del derecho internacional que "no toda toma equivale a una expropiación".⁹⁶⁷ Jan Paulsson y Zachary Douglas aclaran aún más el punto, a saber:

Los laudos de tratados de inversión a veces parecen confundir dos pasos analíticos distintos para llegar a una conclusión de expropiación, al conjugar las cuestiones de si ha habido una toma atribuible al Estado anfitrión y si éste tiene la obligación de compensar dicha toma. La primera etapa del análisis debería centrarse en la naturaleza o la magnitud de la interferencia en los intereses de propiedad del inversor en su inversión causada por medidas atribuibles al Estado anfitrión para determinar si esos actos equivalen a una toma. La segunda etapa debería determinar si esa toma de interferencia se eleva al nivel de una expropiación por referencia a la norma pertinente del tratado. Si en esta segunda etapa se llega a la conclusión de que se ha producido una expropiación, queda por examinar si ésta es, no obstante, lícita por tratarse de un propósito público, sobre una base no discriminatoria, de conformidad con las debidas garantías procesales y con el pago de una compensación justa.⁹⁶⁸

531. El tribunal en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, que también es un caso histórico del TLCAN sobre las normas de expropiación indirecta, dicta un fallo similar al sostener que, incluso si la supuesta interferencia disminuyó el valor de la inversión del demandante en el negocio de la madera blanda, que no fue el caso, la interferencia no alcanzó el nivel de una expropiación, es decir, que no hubo "privación sustancial" sufrida por el inversor.⁹⁶⁹ A partir de *Pope & Talbot*, varios tribunales de inversiones han interpretado la prueba de la "privación sustancial" para evaluar la presencia de una expropiación indirecta.⁹⁷⁰ En el caso *Telenor Mobile Communications AS c. la República de Hungría*, el tribunal señaló que "ha habido un volumen sustancial de jurisprudencia, tanto en el marco de la Convención de Washington como en el derecho internacional público en general, en cuanto a la magnitud de la interferencia en los derechos de propiedad o económicos del inversor necesaria para constituir una expropiación. Aunque diferentes tribunales han

⁹⁶⁷ Jan Paulsson y Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, Norbert Horn y Stefan Michael Kroll (editores), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, Tomo 19 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2004) pp. 145-158, 148 (RL-0278)

⁹⁶⁸ *Id.*

⁹⁶⁹ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo provisional (26 de junio de 2000) ¶ 3. 102 ("Aunque a veces puede ser incierto si una interferencia particular en las actividades comerciales equivale a una expropiación, la prueba es si esa interferencia es lo suficientemente restrictiva como para apoyar la conclusión de que la propiedad ha sido "quitada" al propietario. Así pues, el Proyecto de Harvard define la norma como una interferencia que "justificaría la inferencia de que el propietario * * * no podrá utilizar, disfrutar o disponer de la propiedad ...") (CL-0029).

⁹⁷⁰ *Glamis Gold*, Laudo (14 de mayo de 2009) ¶ 536 (RL-0041). (El tribunal consideró "si la inversión del demandante 'se había visto tan radicalmente privada de su valor económico' como para constituir una expropiación, y al hacerlo, evaluó el impacto económico de las medidas reclamadas en el valor del proyecto"). *Sempra Energy International c. la Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo (18 de septiembre de 2007), CII 304, ¶ 285 (CL-0258). ("Una conclusión de expropiación indirecta requiere algo más que efectos adversos: "requeriría que el inversor ya no estuviera en control de su operación comercial, o que el valor de la empresa hubiera sido virtualmente aniquilado").

formulado la prueba de diferentes maneras, todos están de acuerdo en que la interferencia con los derechos del inversor debe ser tal que prive sustancialmente al inversor del valor económico, el uso o el goce de la inversión".⁹⁷¹

532. Es cierto que no existe una fórmula mecánica para determinar si una interferencia es de tal magnitud que se eleva al nivel de privación sustancial. Más bien, la determinación se hace caso por caso. Sin embargo, el Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA, a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, enumera, aunque no de manera exclusiva, ciertos factores que este Tribunal debe aplicar al evaluar la presencia de una expropiación indirecta. También hay que recordar, como se ha explicado anteriormente, que el Anexo 10-C fue negociado por el Gobierno de los Estados Unidos para que fuera coherente con sus principios y prácticas jurídicas, específicamente los plasmados en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Penn State* y *Tahoe*, y es una réplica textual del Tratado Modelo de TBI de los Estados Unidos. Este Tribunal está obligado a reconocer e insuflar vida a esa intención de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena de la Ley de Tratados.

533. Para ilustrar este punto, muchos laudos en los que los Demandantes se basan⁹⁷² giran en torno a la llamada doctrina de los "efectos únicos", es decir, que el tribunal se basa únicamente en la pérdida del inversor, independientemente de la ganancia del gobierno, e ignora la intención y el propósito público que subyace a la acción del gobierno. El tribunal de *Tippetts* de Irán y los Estados Unidos, por ejemplo, sostuvo que "[l]a intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas en el propietario, y la forma de las medidas de control o de interferencia es menos importante que la realidad de su impacto".⁹⁷³ El caso *Siemens A.G. c. la República Argentina* se hizo eco de esta norma y sostuvo que "la intención no es decisiva o esencial para una conclusión de discriminación"; más bien, "el impacto de la medida en la inversión sería el factor concluyente para determinar si ha dado lugar a un trato no discriminatorio".⁹⁷⁴ En el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, el tribunal sostuvo que "habrá violación de [la disposición sobre expropiación del] Tratado, aun cuando las medidas puedan ser para un fin público y no discriminatorias".⁹⁷⁵ En cambio, el Anexo 10-C.4 a) insta a este Tribunal a que considere el carácter de la acción gubernamental de que se trate, lo que incluye, entre otras cosas, evaluar si el Estado o una parte privada se beneficiaron de la supuesta injerencia. El tribunal del caso *S.D. Myers c. Canadá*, por ejemplo, consideró concluyente que "la Orden Provisional y la Orden Definitiva estaban concebidas para frenar la iniciativa de

⁹⁷¹ *Telenor c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo arbitral (13 de septiembre de 2006), ¶ 65 (CL-0130).

⁹⁷² Memorial de Demanda, pp. 87 y 88.

⁹⁷³ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA*, Laudo No. 141-7-2 (29 de junio de 1984), reimpresso en 6 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 219, 226 ¶ 22 (1986) (CL-0148).

⁹⁷⁴ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007), ¶ 321 (CL-0159).

⁹⁷⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007) ¶ 7.5.21 (CL-0142).

SDMI, y lo hicieron, pero sólo por un tiempo. CANADÁ no obtuvo ningún beneficio de la medida. Las pruebas no respaldan una transferencia de propiedad o un beneficio directo a otros. Se demoró una oportunidad".⁹⁷⁶

534. Además, el Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA establece que "salvo en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, *no constituyen expropiaciones indirectas*"⁹⁷⁷. Este es un compromiso textual en el DR-CAFTA para rechazar *Vivendi* y casos similares, y es un reconocimiento explícito de las facultades regulatorias de los Estados Partes. Estos principios fundamentales sustentan el DR-CAFTA y se exhorta a este Tribunal a observarlos en su análisis de la demanda de expropiación indirecta que tiene ante sí.

a. La supuesta interferencia gubernamental no satisface el umbral de privación sustancial para que se la considere violatoria del Artículo 10.17 del DR-CAFTA

535. El primer factor en la prueba tripartita del Anexo 10-C.4(a) del DR-CAFTA es "el impacto económico de la acción gubernamental". Este concepto ha sido entendido en dos sentidos bajo la jurisprudencia de expropiación de los Estados Unidos existente al momento de la negociación del DR-CAFTA. El primer sentido del concepto es que "la disminución del valor de la propiedad, por sí sola, no puede establecer una expropiación indirecta"⁹⁷⁸. La implicación de este principio es que, a menos que el propietario haya sido privado de todo uso beneficioso de la propiedad, entonces no habrá expropiación basada únicamente en este factor de la prueba tripartita.⁹⁷⁹ La razón de ello es que los restantes componentes de la propiedad no sujetos a interferencia conservan cierto valor económico.⁹⁸⁰ Estos principios se aplican de manera similar en el régimen internacional de inversiones.

536. Así, en *Al-Warraq c. Indonesia*, en un reclamo presentado en virtud del Acuerdo de Cooperación de la Organización Islámica, se determinó que las medidas no equivalían a una expropiación porque el inversor no había sido totalmente privado de sus acciones, y su propiedad de las acciones del Bank Century, sus derechos básicos en el ejercicio de su propiedad de las acciones y su control real sobre las mismas permanecían intactos.⁹⁸¹ Como se ha explicado anteriormente, las mismas consideraciones sobre la cuestión de la participación en una empresa fueron aplicadas por los tribunales de *Pope & Talbot*, *Enron* y *CMS*.

537. En la presente controversia, ambos Demandantes conservan el control total de sus operaciones

⁹⁷⁶ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno del Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo (13 de noviembre de 2000), ¶ 287 (CL-0104).

⁹⁷⁷ Se añadió énfasis y cursiva.

⁹⁷⁸ *Penn Central Transportation Co. c. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), ¶ 131 (RL-0238).

⁹⁷⁹ *Id.*

⁹⁸⁰ *Id.*

⁹⁸¹ *Al-Warraq c. Indonesia, Tribunal Especial*, Caso CNUDMI, Laudo definitivo, CII 718 (15 de diciembre de 2014), ¶524 (CL-0273).

comerciales en Exmingua, y Guatemala no ha intervenido, ni directa ni indirectamente, para hacerse cargo de los derechos económicos, incluidos, entre otros, sus derechos de voto y a los dividendos, que devienen de sus participaciones accionarias. De hecho, la licencia está suspendida, no revocada. Los Demandantes no hicieron ninguna alegación en sentido contrario. Para que no haya dudas, el tribunal de *CMS* dictaminó que, si bien "el valor de las acciones [del inversor] en TGN ha disminuido en un 92%",⁹⁸² el factor determinante fue, no obstante, el hecho de que el inversor tenía pleno control sobre sus acciones y las operaciones comerciales de TGN, la empresa nacional en Argentina. Una vez más, la razón detrás de estos fallos es que, mientras la empresa conserve algunos derechos de propiedad o participación en sus inversiones, no puede determinarse una expropiación. Así pues, aun cuando los Demandantes puedan demostrar tardíamente que el valor de sus acciones en Exmingua ha disminuido, la existencia de su control empresarial sobre Exmingua y sus negocios hará fracasar un fallo de expropiación.

538. El segundo sentido del factor "del impacto económico de la acción gubernamental" del Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA implica un elemento temporal. En la jurisprudencia sobre expropiación de los Estados Unidos, este aspecto se debatió en *Tahoe*, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que una moratoria temporal sin más no puede participar en la naturaleza de la expropiación.⁹⁸³ La implicación más básica de esto fue enunciada en *Fireman's Fund Insurance Company c. México*, donde el tribunal sostuvo que "la toma debe ser permanente, y no efímera o temporal".⁹⁸⁴

539. En *SD Myers c. Canadá*, se pidió al tribunal que evaluara si una prohibición de exportación de los desechos de PCB y el cierre de la frontera canadiense durante aproximadamente dieciséis meses daba lugar a una expropiación.⁹⁸⁵ Examinado en función de la regla de que "una expropiación suele equivaler a una eliminación duradera de la capacidad de un propietario para hacer uso de sus derechos económicos",⁹⁸⁶ el tribunal sostuvo que una medida temporal no constituye una expropiación".⁹⁸⁷ En *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. México*, el tribunal consideró que la naturaleza temporal de la privación niega la presencia de la expropiación indirecta.⁹⁸⁸ Según el tribunal, "las medidas adoptadas por un Estado, ya sean reglamentarias o

⁹⁸²*Id. Pope & Talbot Inc. c. el Canadá*, Caso TLCAN (CNUDMI), Laudo provisional (26 de junio de 2000), ¶ 69 (CL-0129).

⁹⁸³ *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. c. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002), ¶ 321 (RL-0239).

⁹⁸⁴ *Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo (17 de julio de 2006), ¶ 176(D) (RL-0231).

⁹⁸⁵ *SD Myers c. el Canadá*, CNUDMI, Primer laudo parcial (13 de noviembre de 2000) (CL-0104).

⁹⁸⁶ *Id.* ¶ 283

⁹⁸⁷ *Id.* ¶ 287.

⁹⁸⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), ¶ 283. 116 (CL-0122) ("En virtud del derecho internacional, el propietario también se ve privado de la propiedad cuando el uso o el goce de los beneficios relacionados con ella se exige o se interfiere en medida similar, incluso cuando la propiedad legal sobre los bienes en cuestión no se ve afectada, y siempre que la privación no sea temporal")

no, constituyen una expropiación indirecta de facto *si son irreversibles y permanentes*".⁹⁸⁹ Análogamente, el tribunal del caso *Plama Consortium Ltd (Chipre) c. Bulgaria* consideró que "*la irreversibilidad y el cumplimiento de las medidas impugnadas*" es un elemento decisivo para evaluar si una medida da lugar a una expropiación indirecta.⁹⁹⁰

540. En algunos casos, los tribunales combinaron los principios de *Penn Central* y *Tahoe* en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Así, en el caso *LG&E c. la Argentina*, el tribunal dictaminó que "en general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, a menos que el desarrollo satisfactorio de la inversión dependa de la realización de determinadas actividades en momentos concretos que no puedan sufrir variaciones".⁹⁹¹ Obsérvese que el lenguaje del tribunal, al utilizar la expresión "a menos que", cambia la carga a los Demandantes de probar que el éxito de su inversión depende de componentes truncados. Los Demandantes no hacen ninguna afirmación de este tipo. A decir verdad, la Ley de Minería de Guatemala no reconoce, ni mucho menos exige, ninguna meta periódica específica que el titular de una licencia deba alcanzar para disfrutar continuamente de los derechos mineros que se le confieren.

541. Los Demandantes también citan el caso *Wena Hotels c. Egipto*⁹⁹², en el que el tribunal sostuvo que "incautar y poseer ilegalmente los hoteles durante casi un año es más que una interferencia efímera 'en el uso de esa propiedad o en el goce de sus beneficios'".⁹⁹³ Sin embargo, los Demandantes no mencionaron el factor determinante en el análisis del tribunal de *Wena*. En *Wena*, el hotel estaba en posesión de Egyptian Hotels Company ("EHC"), "una empresa del sector público egipcio afiliada a la Autoridad General del Sector Público para el Turismo"⁹⁹⁴. Al fallar a favor del inversor, el tribunal de *Wena* sostuvo que "permitir que una entidad (sobre la que Egipto podría ejercer un control efectivo) se apodere y posea ilegalmente los hoteles durante casi un año es más que una interferencia efímera "en el uso de esa propiedad o en el goce de sus beneficios".⁹⁹⁵ El factor dominante, en consecuencia, no era tanto que Wena no tuviera ningún uso beneficioso de la propiedad durante un año, sino que el gobierno, a través de EHC, tuviera la posesión de la propiedad. En este caso los Demandantes omitieron groseramente dicho factor dominante en su Memorial.

542. En el debate posterior se aplicarán las normas establecidas en la jurisprudencia de las leyes de los Estados Unidos en materia de tomas e inversiones. En este punto, Guatemala sostiene que los únicos derechos

⁹⁸⁹ *Id.* ¶166, cursiva añadida.

⁹⁹⁰ *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo arbitral (27 de agosto de 2008), ¶ 193 (RL-0140).

⁹⁹¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. la República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad Civil (3 de octubre de 2006), ¶ 193 (RL-0240).

⁹⁹² *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo (2004) 6 CIADI, Rep. 89, (2002) 41 ILM 896, CII 273 (2000), 8 de diciembre de 2000, (CL-0151).

⁹⁹³ *Id.* ¶ 99.

⁹⁹⁴ *Id.* ¶ 17.

⁹⁹⁵ *Id.* ¶ 99.

o intereses de propiedad que tienen los Demandantes son sus acciones en Exmingua. Como se ha destacado anteriormente, los Demandantes están persiguiendo tardía y erróneamente una teoría alternativa de privación de "la oportunidad de desarrollar el proyecto minero Tambor", que no forma parte de la naturaleza de un derecho jurídico conforme a la legislación guatemalteca. Pero incluso si este Tribunal complaciera a los Demandantes, con base en los hechos y el derecho aplicable considerados, este Tribunal verá que el impacto económico sobre los supuestos derechos de propiedad o intereses de los Demandantes, si es que lo tiene, no alcanza el nivel de expropiación indirecta.

i. La suspensión de la licencia de explotación de la zona minera de Progreso VII es una medida temporaria

543. La suspensión por parte del MEM de la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII mediante la Resolución No. 1202⁹⁹⁶ se realizó en cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema (actuando como Juzgado de Amparo) del 11 de noviembre de 2015 que declara que "queda suspendido el otorgamiento de la licencia minera para la explotación de oro y plata en los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo, Departamento de Guatemala, denominada "PROGRESO VII DERIVADA", emitida por la autoridad impugnada en la causa No. SEXT-054-08".⁹⁹⁷ El Artículo 85 de la Ley de Minería establece que "los productos mineros con destino a la exportación, deberán provenir de licencias de explotación".

544. El texto de la decisión de la Corte de Constitucionalidad no admite otra interpretación: la licencia de explotación minera sólo se suspende, y no se revoca. Seguramente, ni siquiera los Demandantes pueden sostener que una suspensión tiene un significado distinto de su connotación corriente, es decir, "hacer que se detenga *temporariamente*; dejarla sin efecto o hacer que deje de operar *temporariamente*; o diferir a un momento posterior en condiciones especificadas".⁹⁹⁸ La suspensión de las operaciones mineras en la zona de Progreso VII no es permanente ni irreversible. Dada la contundencia de *SD Myers, Técnicas, y Plama*, este Tribunal ya no necesita indagar más.

545. Los Demandantes, no obstante, lamentan que "Guatemala suspendió indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua en Progreso VII".⁹⁹⁹ Esto es una exageración y no es correcto. Lejos de ser indefinida, la decisión del Tribunal contempla explícitamente la "reanudación de las obras" para la zona de Progreso VII una vez satisfechas las condiciones establecidas en la orden, lo que demuestra además que la orden es sólo una suspensión temporaria de la licencia de explotación. Lo que es más importante aún, la decisión de la Corte de

⁹⁹⁶ Véase la Resolución del MEM No. 1202, pp. 1 y 2 (C-0139 ENG) ("[E]ste Ministerio resuelve por la presente lo siguiente 1) suspender el derecho exclusivo de extraer y explotar el oro y la plata, así como la facultad otorgada en virtud de ese derecho de vender localmente, transferir o explotar dichos productos ...")

⁹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional, p. 2. (C-004 ENG).

⁹⁹⁸ Diccionario Merriam Webster (R-205).

⁹⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 167.

Constitucionalidad establece un plazo dentro del cual el MEM debe cumplir con la orden para realizar las consultas, a saber:

- a. El Ministerio de Energía y Minas ("MEM") deberá cumplir las obligaciones anteriores en un plazo de **doce meses a partir de la fecha en que esta decisión sea definitiva**. Durante dicho plazo, el MEM presentará informes trimestrales detallados que describan los avances en el proceso de consulta.¹⁰⁰⁰
- b. Vencido el plazo de doce meses, el MEM presentará un informe completo y exhaustivo del proceso al Juzgado de Primera Instancia de Amparo, el cual, luego de escuchar a todas las partes del proceso de consulta, verificará el cumplimiento de las órdenes aplicables a fin de asegurar la ejecución de esta decisión.¹⁰⁰¹
- c. Si el proceso de consulta se completa en un plazo más breve que el previsto en el presente documento y los resultados de la consulta demuestran que es factible reactivar el proyecto, éste podrá reactivarse tras la aplicación de todas las medidas que sean necesarias en virtud de los acuerdos alcanzados a lo largo del proceso de consulta, en su caso.¹⁰⁰²
- d. En caso de que se decida, como resultado del proceso de consulta con los pueblos indígenas que viven en el área de influencia del proyecto autorizado por la licencia "Progreso VII Derivada", que las obras aplicables no afectan la existencia de dichos pueblos, se podrán reanudar las actividades mineras bajo dicha licencia siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones Una vez finalizado el proceso de consulta, el MEM emitirá, **en un plazo de 15 (quince) días**, todas las resoluciones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de los acuerdos alcanzados por las partes como resultado del mencionado proceso de consulta, y dispondrá la adecuación de todas las condiciones de la licencia para reflejar el adecuado cumplimiento de dichos acuerdos. Las decisiones de dichas resoluciones pueden afectar las condiciones de la licencia. Una vez emitidas las resoluciones mencionadas, la empresa minera podrá reanudar inmediatamente sus actividades.¹⁰⁰³

546. Además de imponer períodos reglamentarios, la Corte de Constitucionalidad señaló que "en caso de que el proceso de consulta no pueda completarse por razones atribuibles a la conducta (deliberada o negligente) del Estado, cualquiera de las partes podrá solicitar la adopción de medidas para garantizar la finalización del proceso de consulta".¹⁰⁰⁴ No sólo eso. La Corte de Constitucionalidad ordena al Tribunal de Amparo que "dicte todas las órdenes aplicables que sean necesarias para repartir la responsabilidad civil, penal y administrativa entre el MEM y cualquier otro funcionario público responsable de la falta de realización del proceso de consulta".¹⁰⁰⁵ Dadas todas estas medidas, es difícil no advertir que la decisión del Tribunal no es más que una interferencia temporaria que, según el derecho internacional, no equivale a una expropiación.

¹⁰⁰⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia confirmatoria del amparo definitivo (Decisión de fecha 11 de junio de 2020, dictada en los casos consolidados No. 3207-2016 y 3344-2016 por la Corte de Constitucionalidad) (C-0145), pp. 42 y 43.

¹⁰⁰¹ *Id.* p. 43.

¹⁰⁰² *Id.*

¹⁰⁰³ *Id.* p. 45.

¹⁰⁰⁴ *Id.* p. 43.

¹⁰⁰⁵ *Id.*

547. Es cierto que la Corte de Constitucionalidad ha exigido que el Tribunal de Amparo determine previamente que la consulta del MEM a los pueblos indígenas se ajusta a las normas establecidas en el decreto antes de que se permita la reanudación de las obras.¹⁰⁰⁶ Sea como fuere, ni los Demandantes ni su experto, el profesor Fuentes, sostienen que estos estándares son imposibles de satisfacer. El hecho de que la reanudación de las obras esté sujeta a una condición suspensiva no la hace menos efímera; el derecho internacional exige que la toma tenga carácter permanente e irreversible.

548. Desde cualquier perspectiva, la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua no es permanente ni irreversible, sino que está sujeta únicamente a condiciones suspensivas que no se ha establecido que sean imposibles de cumplir. Al tener el carácter de medida temporaria que no inutiliza la licencia de explotación de Exmingua, Guatemala no puede ser considerada responsable de una expropiación indirecta.

ii. Aun cuando la suspensión de los trabajos de exploración del área de Santa Margarita fuera atribuible al Estado de Guatemala, dicha suspensión es una medida temporaria

549. Los Demandantes tienen dos quejas sobre el área de Santa Margarita, a saber, que los trabajos de exploración en la misma se han suspendido *de facto* y que Guatemala ha suspendido la expedición de nuevas licencias de explotación sin cumplir el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT.¹⁰⁰⁷ Argumentan que sería inviable para Exmingua continuar la exploración bajo la licencia sin ninguna esperanza de obtener una licencia de explotación bajo la decisión en *Minera San Rafael*. Los Demandantes exageran una vez más su situación.

550. Guatemala sostiene que la suspensión de los trabajos de exploración en el área de Santa Margarita, en ausencia de una acción gubernamental, es algo que los Demandantes se auto-infligieron y de lo cual Guatemala no debe ser considerada responsable. Asimismo, Guatemala sostiene que, no habiendo pruebas de denegación de justicia, no es responsable de la orden de la Corte de Constitucionalidad de suspender la emisión de nuevas licencias de explotación. Sin embargo, aun suponiendo que la suspensión de los trabajos de exploración y emisión de una licencia de explotación para el área de Santa Margarita sea atribuible al Estado de Guatemala, y dejando de lado el lenguaje embellecido de los Demandantes, este Tribunal determinaría que ambas medidas son, al igual que la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua para el Progreso VII, de carácter efímero.

551. En cuanto a la suspensión de la emisión de nuevas licencias de explotación, su fundamento se encuentra en la decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso de *Minera San Rafael*, en el que el Tribunal sostuvo que:

Una vez notificada esta sentencia, el Ministerio de Energía y Minas no podrá otorgar

¹⁰⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶ 169.

ninguna otra licencia para la ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales hasta que determine si existen pueblos indígenas en la región donde se ejecutarán los proyectos; si se determina la existencia de pueblos indígenas, **en cumplimiento de los compromisos internacionales, el Ministerio de Energía y Minas deberá consultarlos antes de otorgar las licencias solicitadas.**¹⁰⁰⁸

552. Al igual que la suspensión por parte de la Corte de Constitucionalidad de la licencia de explotación de Progreso VII, el auto del Tribunal en *Minera San Rafael* establece sin ambigüedades sólo una condición suspensiva antes de que el MEM pueda emitir las licencias de explotación. La suspensión, por lo tanto, no es, como afirman los Demandantes, una suspensión indefinida que impida a Exmingua tener "cualquier esperanza" de conseguir alguna vez una licencia de explotación para la zona de Santa Margarita. Dada la contundencia de *SD Myers*, la explotación no resultaría en nada más que una oportunidad demorada, pero eso, en sí mismo, no llega al nivel de expropiación en violación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA. Examinado conforme a los laudos de *Técnicas* y *Plama*, la suspensión de la emisión de nuevas licencias de explotación no es permanente e irreversible.

iii. El concentrado de oro se está reteniendo como prueba en una investigación penal en curso y sujeto a la restitución a Exmingua.

553. Los Demandantes admiten que la confiscación del concentrado de oro de Exmingua fue "en virtud de una orden del Tribunal Penal"¹⁰⁰⁹, es decir, la orden del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 5 de junio de 2016. Si bien el Tribunal Penal y el Juzgado de Apelaciones desestimaron la acción penal contra los cuatro trabajadores de Exmingua que fueron arrestados mientras estaban en posesión del concentrado de oro, la desestimación fue "sin perjuicio" de que la Fiscalía "siguiera investigando [el asunto] a fondo".¹⁰¹⁰ Además, el Artículo 198 del Código Procesal Penal de Guatemala autoriza que "los elementos y documentos relacionados con el delito o que puedan ser relevantes para la investigación... sean depositados y conservados de la mejor manera posible"¹⁰¹¹. El Artículo 202 del mismo Código, a su vez, establece que "todos los artículos y documentos secuestrados que no sean objeto de decomiso, restitución o incautación serán restituidos tan pronto como sea posible a su legítimo titular o a la persona de la que se obtuvieron dichos artículos o documentos". En resumen, Guatemala no está confiscando el concentrado de oro para beneficiarse ella misma de su venta, sino que lo está reteniendo con el fin legítimo de investigar un acto delictivo. Seguramente, los Demandantes no pueden argumentar que si el Ministerio Público descubre, tras la investigación, que el concentrado de oro era en realidad producto de un delito, Guatemala debería aun así pagar daños y perjuicios por la incautación del concentrado de oro. Si, por el contrario, la fiscalía considera que no existen fundamentos para continuar la acción penal contra los cuatro

¹⁰⁰⁸ Decisión de fecha 3 de septiembre de 2018, emitida en la causa No. 4785-2017 por la Corte de Constitucionalidad, p. 33 (causa *Minera San Rafael*) (C-0459).

¹⁰⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 237.

¹⁰¹⁰ *Id.* énfasis añadido.

¹⁰¹¹ Art.198 del Código Procesal Penal de Guatemala (C-0506 ENG) (énfasis agregado).

trabajadores de Exmingua, entonces el concentrado de oro será restituido a la posesión de Exmingua.

554. En cualquier caso, el valor del concentrado de oro según los Demandantes es de USD 645.121.¹⁰¹² Aun cuando este Tribunal dictamine que Guatemala está reteniendo ilegalmente el concentrado de oro, dicho monto constituye apenas el 5,38% del total de las ventas de oro de Exmingua por USD 12 millones desde 2014 hasta que la empresa cerró sus operaciones en 2016.¹⁰¹³ El impacto económico de la privación, de existir, es demasiado pequeño para siquiera acercarse al estándar de privación sustancial del derecho internacional.

555. Sobre la base en el primer punto de la prueba tripartita, los Demandantes no lograron probar que Guatemala violara el Artículo 10.7 del DR-CAFTA.

b. Los Demandantes no poseen ninguna expectativa inequívoca y razonable respaldada por la inversión.

556. El Anexo 10-C.4(a) del DR-CAFTA ordena a este tribunal evaluar si los Demandantes poseen "expectativas razonables respaldadas por la inversión". El lenguaje del tratado en sí mismo ofrece cierta orientación en cuanto a la naturaleza de las expectativas, a saber, que deben ser tanto razonables como respaldadas por la inversión. La evaluación de la presencia de estos dos elementos, al igual que los otros factores conforme el Anexo 10-C.4(a) del DR-CAFTA implica una investigación basada en hechos, pero la acepción general de la palabra "razonable" requiere algo que no sea caprichoso o arbitrario, sino más bien algo "[j]usto racional, apropiado, corriente o usual *en las circunstancias*".¹⁰¹⁴ El término "respaldado por la inversión", por otra parte, connota una relación entre la expectativa y la inversión.

557. En este caso, los Demandantes argumentan que tenían "expectativas inequívocas, razonables y respaldadas por la inversión de que Exmingua podría continuar operando de conformidad con su licencia de explotación de Progreso VII, válidamente emitida; que su concentrado no sería confiscado y retenido ilegalmente, y que no se le prohibiría continuar exportando concentrado; y que podría obtener una licencia de explotación para el área de Santa Margarita de conformidad con las normas y reglamentos establecidos en la legislación guatemalteca".

558. La cuestión de la expectativa razonable respaldada por la inversión como factor para evaluar la expropiación indirecta, al igual que los demás factores de la prueba tripartita, ha sido objeto de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la determinación de si existen expectativas respaldadas por la inversión de que un determinado marco normativo seguirá siendo el mismo depende de la capacidad del demandante de demostrar que hizo una inversión "basándose en la inexistencia de

¹⁰¹² Memorial de Demanda, ¶ 378.

¹⁰¹³ *Id.* ¶ 66.

¹⁰¹⁴ Página web de la Facultad de Derecho de la Universidad Cornell, *definición de la palabra "Reasonable"*, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/reasonable> (cursiva añadida) (R-0145).

la normativa impugnada¹⁰¹⁵, y de la medida en que era previsible una nueva normativa.¹⁰¹⁶ La investigación de las expectativas de un inversor es objetiva, y las "expectativas subjetivas del demandante son irrelevantes para la razonabilidad de las expectativas".¹⁰¹⁷

559. En cuanto a la cuestión de la previsibilidad, los tribunales de inversiones han considerado los acontecimientos al momento en que se hizo la inversión. En *Methanex c. los Estados Unidos*, el tribunal consideró pertinentes las siguientes circunstancias: "Methanex entró en una economía política en la que era ampliamente conocido, si no notorio, que las instituciones gubernamentales de protección del medio ambiente y de la salud a nivel federal y estatal, que operaban bajo la mirada vigilante de los medios de comunicación, las empresas interesadas, las organizaciones no gubernamentales y un electorado políticamente activo, vigilaban continuamente el uso y el impacto de los compuestos químicos y comúnmente prohibían o restringían el uso de algunos de esos compuestos por razones ambientales y/o de salud. De hecho, el propio mercado para el MTBE en los Estados Unidos fue precisamente el resultado de este proceso de reglamentación".¹⁰¹⁸ El tribunal de *Methanex* también consideró pertinente que el inversor desplegara grupos de presión y que un empleado de la empresa se presentara como funcionario de relaciones gubernamentales de la empresa.¹⁰¹⁹ En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, el tribunal sostuvo que no había ningún incentivo para invertir cuando "el demandante estaba operando en un clima cada vez más sensible a las consecuencias ambientales de la minería a cielo abierto".¹⁰²⁰

560. En cuanto al origen y la naturaleza de las expectativas, el tribunal en el caso *Glamis Gold c. los Estados Unidos*¹⁰²¹ sostuvo que "la desestabilización de las expectativas razonables respaldadas por la inversión requiere, como circunstancia límite, al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, en la que el Estado haya inducido intencional y específicamente la inversión".¹⁰²² Consecuentemente, el tribunal de *Glamis* señaló que el gobierno "no garantizó a la Demandante la aprobación de sus demandas, ni le ofreció ningún beneficio para llevar a cabo dichas demandas *más allá de la oportunidad habitual* de explotar las tierras federales para obtener un posible beneficio".¹⁰²³ En otras palabras, la expectativa, para ser protegida por el derecho internacional, debe ser algo más de lo que normalmente se espera de cualquier inversión.

561. El primer defecto en la afirmación de los Demandantes sobre cualquiera de sus supuestas expectativas

¹⁰¹⁵ *Good c. Estados Unidos*, 189 F.3d 1355, 1360 (Cir. Fed. 1999) (se omiten las citas). (RL-0283)

¹⁰¹⁶ *Appolo Fuels, Inc. c. Estados Unidos*, 381 F.3d 1338, 1349 (Cir. Fed. 2004) (RL-0284).

¹⁰¹⁷ *Id.* ¶ 1349.

¹⁰¹⁸ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo definitivo (3 de agosto de 2005), Parte IV, Cap. D, ¶ 9 (RL-0227).

¹⁰¹⁹ *Id.*

¹⁰²⁰ *Glamis Gold, Ltd. contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 767 (RL-0041).

¹⁰²¹ *Id.* ¶ 766.

¹⁰²² *Id.*

¹⁰²³ *Id.* ¶ 767.

es que ni siquiera establecieron, como lo requiere *Glamis*,¹⁰²⁴ que Guatemala indujo de manera intencional y específica su inversión en Exmingua. De hecho, los Demandantes sólo entraron en escena "el 2 de junio de 2008, [cuando] KCA firmó una carta de intención con Radius y, el 3 de junio de 2008 [y luego de que Radius fracasara en conseguir que otros socios más sofisticados se unieran al proyecto], Radius anunció que había firmado un acuerdo con KCA para desarrollar el yacimiento de oro de Tambor".¹⁰²⁵ "En ese momento", como los propios Demandante admiten, Exmingua ya tenía "licencias de exploración para el área de Progreso VII y el área de Santa Margarita".¹⁰²⁶ Los Demandantes no han identificado ningún documento, evento o circunstancia que sugiera ni siquiera remotamente que Guatemala los invitó, y mucho menos los indujo, a hacer una inversión en Exmingua. Más bien, los Demandantes admiten que "[b]asados en los resultados prometedores de la campaña de exploración, junto con una visita al sitio y discusiones con Radius, los Demandantes concluyeron que el Proyecto Tambor tenía un gran potencial y podía ser desarrollado de manera rentable por KCA".¹⁰²⁷ Estas admisiones explícitas bastan por sí solas para negar cualquiera de las llamadas expectativas que los Demandantes han alegado.

562. Es cierto que Guatemala, hasta la fecha, no ha promulgado ninguna ley ni ha emitido ningún reglamento ejecutivo para aplicar el Convenio 169 de la OIT. Eso no ayuda en nada al caso de los Demandantes. Muy por el contrario, debilita aún más su afirmación de expectativas razonables. Un inversor prudente, en las circunstancias que se dan en el clima jurídico y sociopolítico de Guatemala, e inclusive en una región del país hostil con la minería, debería haber ejercido la debida diligencia para obtener una garantía o declaración específica de que, *en primer lugar*, el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT no es en realidad necesario para la emisión de una licencia de explotación y, *en segundo lugar*, que los organismos ejecutivos, legislativos y judiciales de Guatemala no requerirían nunca que se realizaran consultas previas. En el caso *SolEs Badajoz GmbH c. el Reino de España*, el tribunal sostuvo "que un proceso formal de diligencia debida no es una condición previa para el éxito de un reclamo de expectativas legítimas".¹⁰²⁸ Aun así, según el tribunal, "un inversor no puede beneficiarse de las lagunas en su conocimiento subjetivo del entorno normativo porque, según una norma objetiva, las expectativas legítimas del inversor se miden con referencia al conocimiento que se considera que un hipotético inversor prudente tenía en la fecha de la inversión. El alcance de la investigación que incumbe a un inversor prudente depende de las circunstancias particulares del caso".¹⁰²⁹

¹⁰²⁴ *Glamis Gold, Ltd.*, Laudo (8 de junio de 2009) ¶ 766 (RL-0041).

¹⁰²⁵ Memorial de Demanda, ¶ 24.

¹⁰²⁶ *Id.* ¶ 25.

¹⁰²⁷ *Id.* ¶ 24.

¹⁰²⁸ *SolEs Badajoz GmbH c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/38, Laudo (31 de julio de 2019), ¶. 331 (RL-0241).

¹⁰²⁹ *Id.*

563. Tampoco debe escapar a la atención de este Tribunal que Radius, el predecesor de los Demandantes en la participación, contrató a Chlumsky, Ambrust y Meyer, una empresa que se jacta de ofrecer "estudios de debida diligencia ambiental y social; y apoyo técnico a las comunidades jurídica y de financiación de proyectos".¹⁰³⁰ Sin embargo, su informe no incluye ningún estudio de diligencia debida ambiental, social y legal.¹⁰³¹ En ausencia de tales estudios de diligencia en el Informe CAM, los Demandantes deberían haber realizado ellos mismos esos estudios antes de hacer inversiones en Exmingua, especialmente cuando el propio Presidente de Radius, Ralph Rushton, admitió que la compañía vendió su participación en el proyecto minero Tambor como "parte de [su] estrategia corporativa para desinvertir en **activos problemáticos**, permitiendo a la Compañía concentrar el capital y la experiencia en **áreas menos conflictivas** en cuanto al desarrollo de la región".¹⁰³²

564. Los Demandantes sostienen que Guatemala "ya en 2010 había adoptado públicamente la postura oficial de que el proceso de participación pública en el marco de la Ley de Minería y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente satisfacía los requisitos de consulta del Artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT".¹⁰³³ En primer lugar, no es cierto que Guatemala haya hecho pública esta postura. Fue, como los Demandantes citaron, una presentación en un caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se resolvió recién el 3 de abril de 2014. En segundo lugar, como la declaración se hizo en relación con un procedimiento, no fue dirigida ni comunicada a los Demandantes y, por lo tanto, no constituye un incentivo para invertir como se entendió en *Glamis*.

565. La suposición de los Demandantes de que tenían una expectativa legítima de que su licencia de explotación para la zona de Santa Margarita se concedería como cuestión de rutina ya se trató anteriormente. A expensas de ser repetitiva, Guatemala sostiene que no hay nada en la Ley de Minería de Guatemala o en la licencia de exploración emitida para el área de Santa Margarita que asegure a los Demandantes o a Exmingua la emisión de una licencia de explotación como cuestión de derecho o de titularidad. Los Demandantes tampoco alegan que los funcionarios del Gobierno de Guatemala les hayan dado ninguna garantía, expresa o de otro tipo, a tal efecto ya que, en efecto, no les dieron ninguna. Asimismo, como ya se explicó, la no realización del EIA para Santa Margarita es total y solamente imputable a los Demandantes.

566. En el presente caso, todo lo que dicen los Demandantes es que "en las industrias extractivas, en particular, no hay beneficio alguno en la obtención de una licencia de exploración sin una expectativa razonable de que se conceda una licencia de explotación de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes si la

¹⁰³⁰ Memorial de Demanda, p. 10, nota al pie 39.

¹⁰³¹ Informe "CAM" (C-0039).

¹⁰³² Comunicado de prensa, Radius, *Radius Gold vende participación en propiedad de oro de Guatemala* (31 de agosto de 2012) Radius Radius (C-0223).

¹⁰³³ Memorial de Demanda, ¶ 80.

exploración arroja resultados positivos".¹⁰³⁴ Como señaló el tribunal del caso *Glamis*,¹⁰³⁵ "la desestabilización de la expectativa razonable respaldada por la inversión requiere, como circunstancia límite, al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, en virtud de la cual el Estado ha inducido la inversión de manera deliberada y específica".¹⁰³⁶ Debe haber habido, en cierto sentido, un *quid pro quo*, es decir, que los Demandantes invertirían si se garantizaba la emisión de una licencia de explotación. Sobre la base de esta norma, no es difícil entender por qué los tribunales de *Bear Creek* y *Tethyan*, tras examinar las leyes, testimonios y contratos que garantizaban la emisión de una licencia de explotación, sostuvieron que los inversores del caso tenían una expectativa legítima no sólo de que se les concediera una licencia de explotación, sino también de que no se les revocaran sus licencias de exploración. Nada de eso ocurrió aquí. Los Demandantes realizaron dos visitas al lugar, una en 2008 y otra en 2012,¹⁰³⁷ pero en ningún momento pidieron al MEM garantías o declaraciones específicas. Asimismo, cualquier expectativa tiene que estar justificada en el actuar de los Demandantes, quienes aquí no cumplieron con los requisitos que la ley le imponía para la obtención de la licencia de exploración.

567. Consideradas todas las premisas, los Demandantes no demostraron la existencia de ninguna de las expectativas razonables, respaldadas por la inversión, que dicen poseer.

c. Aun suponiendo que hubiera actos de interferencia con los derechos de propiedad o intereses de los Demandantes, cualesquiera que fueran, atribuibles al Estado de Guatemala, dicha interferencia fue el resultado de una acción regulatoria no discriminatoria concebida y aplicada para proteger el objetivo legítimo de bienestar público de proteger los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala. El Estado tiene un margen de apreciación para determinar el objetivo de bienestar público.

568. En el Anexo 10-C.4 a) se incluye el "carácter de la acción gubernamental" como tercera parte del análisis tripartito de la expropiación indirecta. En el arbitraje del tratado de inversión, *SD Myers c. Canadá* se sostuvo que para determinar si "se ha producido una expropiación o una conducta equivalente a una expropiación", el tribunal "debe examinar los verdaderos intereses en juego y el propósito y efecto de la medida gubernamental".¹⁰³⁸ En la jurisprudencia sobre expropiación indirecta (*takings*) de los Estados Unidos, el carácter de la medida gubernamental requiere un equilibrio de dos intereses contrapuestos para determinar si una reglamentación gubernamental equivale a una expropiación compensable,¹⁰³⁹ a saber, los derechos de propiedad del propietario, por una parte, y por otra, "la necesidad del gobierno de proteger el interés público

¹⁰³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 178, en el que se cita a Fuentes, ¶ 81; Kappes, ¶ 146.

¹⁰³⁵ *Glamis Gold, Ltd.*, Laudo (8 de junio de 2009) (RL-0041).

¹⁰³⁶ *Id.* ¶ 766.

¹⁰³⁷ *Id.* ¶¶ 24-25.

¹⁰³⁸ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 285 (CL-0104).

¹⁰³⁹ 26 AM. JUR. 2d Eminent Domain § 14 (2005) (citando el caso *Cienega Gardens c. United States*, 331 F.3d 1319 (Cir. Fed. 2003) (RL-0285)).

mediante la imposición de la [reglamentación]".¹⁰⁴⁰ El Anexo 10-C.4 b) sintetiza este acto de equilibrio al disponer que "salvo en raras circunstancias, las medidas reglamentarias no discriminatorias de una Parte que se conciben y apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas".

569. Un punto de controversia que surge al interpretar esta disposición es, una vez demostrado que la acción regulatoria no discriminatoria está concebida y aplicada para proteger objetivos legítimos de bienestar público, si el inversor tiene derecho a daños y perjuicios. La respuesta es no. El Anexo 10-C reconoce sólo dos situaciones de expropiación que pueden dar lugar a daños y perjuicios a favor del inversor, a saber, la expropiación directa e indirecta. Es impensable que el Anexo 10-C.4(b) haya sido concebido por los Estados Parte del DR-CAFTA con el sentido de que las reglamentaciones sujetas al mismo constituyen una expropiación directa. La cláusula aparece en el Anexo 10-C.4 que habla de los factores para determinar la expropiación indirecta, no la expropiación directa que, por definición, es una situación "en la que se nacionaliza una inversión o se expropia directamente de otra forma mediante la transferencia formal de la titularidad o la confiscación directa". Si el DR-CAFTA contempla sólo dos situaciones que dan derecho al inversor a reclamar daños y perjuicios, y las acciones regulatorias del Anexo 10-C.4 no caen en ninguna de estas dos situaciones, entonces la única conclusión lógica es que el Anexo 10-C.4 no da derecho al inversor a reclamar daños y perjuicios.

570. Si el texto del Anexo 10-C.4(b) no es lo suficientemente claro, el Anexo 10-C.1 también instruye a este Tribunal a recurrir al "derecho internacional consuetudinario relativo a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación". Ya en 1962, se ha opinado que "la existencia de consideraciones generalmente reconocidas sobre la salud, la seguridad, la moral o el bienestar públicos llevará normalmente a la conclusión de que no ha habido 'toma'".¹⁰⁴¹ Según la OCDE, "[e]s un principio aceptado del derecho internacional consuetudinario que establece que cuando un perjuicio económico resulta de una reglamentación no discriminatoria de buena fe dentro del poder de policía del Estado, no se requiere compensación".¹⁰⁴²

571. En la práctica de los arbitrajes de inversión, el tribunal en el caso *Saluka c. la República Checa* fue categórico en el sentido de que "[e]stá ahora establecido en el derecho internacional que los Estados no están obligados a pagar compensación a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades reglamentarias, adoptan de manera no discriminatoria reglamentos de buena fe que tienen por objeto el

¹⁰⁴⁰ *Cienega Gardens*, 331 F.3d en 1338 (citando *Loveladies Harbor, Inc. c. United States*, 28 F.3d 1171, 1176 (Cir. Fed. 1994)) (RL-0286).

¹⁰⁴¹ George Christie, "What Constitutes a Taking of Property under International Law?". Anuario Británico de Derecho Internacional, 1962, pp. 307-338 (RL-0287).

¹⁰⁴² OCDE, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in *International Investment Law*, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/4 (Sept. 2004), p.5 (RL-0242).

bienestar general".¹⁰⁴³ El tribunal de *Saluka* recordó además que "en una nota adjunta al Proyecto de Convenio de la OCDE sobre protección de los bienes extranjeros de 1967, se establece que las medidas adoptadas para alcanzar los "fines políticos, sociales o económicos" de un Estado no constituyen una expropiación compensable".¹⁰⁴⁴ Más recientemente, el tribunal en el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay* sostuvo que "la postura en virtud del derecho internacional general"¹⁰⁴⁵ de que "las medidas [que] se adopten para el beneficio público según lo establecido por la ley, sobre una base no discriminatoria" no dan derecho al inversor a recibir compensación por daños y perjuicios.¹⁰⁴⁶

572. Cabe señalar también que, en el caso *Philip Morris*, el tribunal interpretó el Artículo 5(1) del TBI entre Suiza y el Uruguay, que dispone en la parte pertinente que "Ninguna de las Partes Contratantes adoptará, directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto contra las inversiones pertenecientes a los inversores de la otra Parte Contratante, a menos que las medidas se adopten en beneficio público según lo establecido por la ley, sobre una base no discriminatoria y con arreglo a las debidas garantías procesales, y siempre que se adopten disposiciones para una compensación efectiva y adecuada". La disposición no dice que "las medidas ... adoptadas para el beneficio público según lo establecido por la ley, sobre una base no discriminatoria" no constituyen expropiación indirecta, a diferencia de la redacción categórica del Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA, y sin embargo el tribunal no tuvo dificultades en declarar que tales medidas no son compensables bajo el derecho internacional.

573. Para entender mejor por qué el Anexo 10-C.4(b) no da derecho al inversor a reclamar daños y perjuicios, es mejor recordar el caso *SD Myers*, en el que el tribunal evaluó si una prohibición reglamentaria del bifenilo policlorado por motivos ambientales constituía una expropiación indirecta en virtud del Artículo 1110 del TLCAN. El tribunal estableció su premisa de que "las expropiaciones tienden a implicar la privación de los derechos de propiedad; los reglamentos una interferencia menor".¹⁰⁴⁷ El tribunal consideró además que "CANADÁ no obtuvo ningún beneficio de la medida" y que no había "transferencia de propiedad o beneficio directo a otros".¹⁰⁴⁸ En definitiva, el tribunal determinó que no hubo expropiación indirecta y que no se obligó a Canadá a pagar daños y perjuicios por ese motivo.

574. Guatemala insta a este Tribunal a aplicar esta línea de precedentes y a sostener que, en caso de que las medidas que aquí se atacan impliquen regulaciones no discriminatorias concebidas y aplicadas para proteger

¹⁰⁴³ *Saluka Investments B.V.*, Laudo parcial ¶ 255 (CL-0154).

¹⁰⁴⁴ *Id.* ¶ 259.

¹⁰⁴⁵ *Philip Morris Brands Sarl y otros c. la República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 301 (RL-0124).

¹⁰⁴⁶ *Id.* citando los documentos de trabajo de la OCDE y *Saluka*.

¹⁰⁴⁷ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 282 (CL-0104)

¹⁰⁴⁸ *Id.* ¶ 287

legítimos objetivos de bienestar público, los Demandantes no tienen derecho a compensación.

575. Al diseccionar el Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA, se requiere la prueba de dos elementos acumulativos: (1) que la regulación esté concebida y aplicada para proteger objetivos legítimos de bienestar público, y (2) que la regulación no sea discriminatoria. En el resto de esta sección se abordará el primer elemento. El segundo elemento se abordará en la siguiente sección sobre las normas de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida. El término "no discriminatorio" no está definido en el DR-CAFTA, pero sí lo está en los acuerdos internacionales de inversión de los que los Estados Unidos son parte, como el mejor de los tratos nacionales o el trato de nación más favorecida.¹⁰⁴⁹ Considerando que el Anexo 10-C del DR-CAFTA refleja los principios legales y la práctica de los Estados Unidos, Guatemala toma el término "no discriminatorio" en base a dicho entendimiento.

576. Guatemala observa que el Anexo 10-C.4(b) establece una lista no exhaustiva de objetivos legítimos de bienestar público en la medida en que el texto utiliza las palabras "tales como". El DR-CAFTA enumera la salud pública, la seguridad y el medio ambiente como ejemplos de objetivos legítimos de bienestar público, pero los Estados Parte no pretendían limitar esa lista. Las medidas en este caso surgen del requisito de consulta que los tribunales de Guatemala derivaron del Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. La siguiente pregunta es, entonces, ¿hay un objetivo legítimo de bienestar público detrás del requisito de consulta en virtud del Convenio?

577. Para comprender el carácter normativo de estas disposiciones, es importante rastrear la historia del Convenio 169 de la OIT. El antecesor del Convenio 169 de la OIT es el Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1957 ("Convenio 107 de la OIT").¹⁰⁵⁰ En ese momento, ya existía un consenso entre los miembros de la Conferencia Internacional del Trabajo en el sentido de que "debe prestarse especial atención a las necesidades sociales y económicas particulares de las poblaciones indígenas y a la búsqueda de su plena integración".¹⁰⁵¹ La idea de la plena integración que animó el Convenio 169 de la OIT consideraba a las poblaciones indígenas y tribales como sujetos "cuyas condiciones sociales y económicas se encuentran en una fase menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la comunidad nacional".¹⁰⁵² Debido a la condición de los pueblos indígenas como "menos avanzados", el Convenio 107 de la OIT estableció que "[l]os gobiernos tendrán la responsabilidad primordial de desarrollar una acción coordinada y sistemática para la protección de las poblaciones en cuestión y su integración progresiva en la vida de sus respectivos países". Sin embargo, el

¹⁰⁴⁹ Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos, *Acuerdos Internacionales de Inversión (AII): Preguntas frecuentes*.

¹⁰⁵⁰ María Victoria Cabrera Ormaza ("Cabrera Ormaza"), *The Requirement of Consultation with Indigenous Peoples in the ILO: Between Normative Flexibility and Institutional Rigidity*, Leiden: Brill Nijhoff, p. 33 (RL-0102).

¹⁰⁵¹ *Id.*

¹⁰⁵² Convenio 107 de la OIT, Art. 1, ¶1(a)

enfoque integracionista del Convenio 107 de la OIT "fue percibido como conducente a la extinción de la identidad cultural de los pueblos indígenas", al describírselos como grupos "menos avanzados".¹⁰⁵³ En 1977, la Conferencia de las ONG sobre la discriminación contra los pueblos indígenas de las Américas determinó que la apropiación de tierras indígenas por intereses comerciales se justificaba a menudo en virtud del enfoque integracionista del Convenio 107 de la OIT, "destruyendo los valores y modos de vida tradicionales indígenas" en el proceso.¹⁰⁵⁴

578. Se celebró una Reunión de Expertos para discutir la necesidad de introducir cambios en el Convenio, en la que se recomendó en última instancia que "la concepción de las nuevas normas se base en el reconocimiento del derecho de las poblaciones indígenas a gozar del mayor control posible sobre su desarrollo económico, social y cultural".¹⁰⁵⁵ Asimismo, la Reunión de Expertos "pidió que se reconociera a los pueblos indígenas la posibilidad de participar efectivamente en los procesos de decisión que los afecten".¹⁰⁵⁶

579. Así, cuando se aprobó el Convenio 169 de la OIT, "toda la idea de integración se rechazó explícitamente en el preámbulo del nuevo instrumento".¹⁰⁵⁷ El preámbulo establece que "en muchas partes del mundo estos pueblos no pueden disfrutar de sus derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven, y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas se han visto a menudo erosionados". Así pues, abandonando el enfoque integracionista del Convenio 107 de la OIT, el Preámbulo del Convenio 169 de la OIT reconoce "las aspiraciones de estos pueblos a ejercer el control de sus propias instituciones, modos de vida y desarrollo económico y a mantener y desarrollar sus identidades, idiomas y religiones, en el marco de los Estados en que viven". La Reunión de Expertos llegó a la conclusión de que las consultas con los pueblos indígenas harían realidad dichas aspiraciones.¹⁰⁵⁸ Por consiguiente, se aprobó el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Leído en conjunto, el derecho de consulta en virtud de estas disposiciones, especialmente "contribuye a la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas asegurando que esas comunidades participen en la evaluación de las medidas que puedan afectar a su relación cultural con sus tierras y recursos naturales".¹⁰⁵⁹

580. El párrafo 2 del Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT es aún más específico en la medida en que impone al gobierno el deber de "establecer o mantener procedimientos mediante los cuales deberá consultar a

¹⁰⁵³ Cabrera Ormaza, p. 38 citando a Swepston, A. Un nuevo paso en el derecho internacional sobre pueblos indígenas y tribales, 682 (RL-0297).

¹⁰⁵⁴ *Id.* en p. 65-66 citando el Informe de la Conferencia de las ONG sobre la Discriminación contra los Pueblos Indígenas en las Américas (1977).

¹⁰⁵⁵ *Id.* ¶ 38-39.

¹⁰⁵⁶ *Id.* ¶ 47, citando extractos del informe de la Reunión de Expertos sobre la revisión del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1957 (No. 107) (Capítulo 1 n 161), ¶ 49.

¹⁰⁵⁷ *Id.* p. 39.

¹⁰⁵⁸ *Id.* p. 47.

¹⁰⁵⁹ *Id.* p. 63.

esos pueblos, con miras a determinar si sus intereses resultarían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos pertenecientes a sus tierras". El párrafo 2 del Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se aplica en Guatemala porque el apartado e) del Artículo 121 de su Constitución establece que "el subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo" son patrimonio del Estado. No sólo eso. El Artículo 67 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que "[l]as tierras de las cooperativas, de las comunidades indígenas y de cualquier otra forma de posesión comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y la vivienda de bajo costo gozarán de especial protección por parte del Estado, y del crédito preferencial y la asistencia técnica que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar una mejor calidad de vida para todos los habitantes". Las comunidades indígenas y otras que posean tierras que históricamente les pertenezcan y que tradicionalmente hayan administrado en forma especial, mantendrán ese sistema".

581. La relación única que los pueblos indígenas tienen con su tierra, su cultura y sus tradiciones sustenta el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT. Los tribunales de Guatemala, concretamente la Corte de Constitucionalidad, al suspender las obras de explotación y la expedición de nuevas licencias de explotación hasta que el MEM haya realizado consultas con los pueblos indígenas a satisfacción del Tribunal de Amparo, no hacían más que proteger esta relación única. Así, por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad se refirió a las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "que las concesiones de extracción en territorios indígenas, al tener el potencial de causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y sus miembros, además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre las tierras y los recursos naturales".¹⁰⁶⁰

582. En el caso particular del área de Progreso VII, la Corte de Constitucionalidad, sobre la base de las pruebas documentales presentadas antes del juicio de amparo, "observó que han surgido varios conflictos graves en toda la región en la que se lleva a cabo el proyecto de explotación de Progreso VII Derivada".¹⁰⁶¹ Por ello, la Corte consideró oportuno, y con razón, suspender los trabajos de explotación de la zona minera mientras se realizan las consultas con los pueblos indígenas.¹⁰⁶² No es difícil imaginar cómo, si se permitiera que los trabajos continuaran durante las consultas, los graves conflictos que acosan al proyecto minero no harían más que frustrar el propósito para el cual se están llevando a cabo las consultas.

583. Es evidente, pues, que la exigencia de la Corte de Constitucionalidad de realizar consultas con los

¹⁰⁶⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente No. 1592-2014, Sentencia confirmatoria del amparo definitivo, Decisión de fecha 11 de junio de 2020, dictada en las causas consolidadas No. 3207-2016 y 3344-2016, p. 41 (**C-0145 ENG**).

¹⁰⁶¹ *Id.* p. 38

¹⁰⁶² *Id.*

pueblos indígenas no está animada por la mala fe o por un motivo impropio contra los Demandantes o Exmingua. Tampoco lo está por interferencia política o beneficio comercial para el Estado o cualquier otro particular. Más bien, el bienestar público, más particularmente, el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala fue la estrella que guió a la Corte de Constitucionalidad.

584. La cuestión que queda por resolver es si este objetivo de bienestar público es legítimo a los ojos del derecho internacional. La respuesta es obvia. La obligación de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT no sólo es una exigencia del derecho interno de Guatemala, sino que es un deber que la comunidad de naciones espera de ella. La comunidad internacional, al adoptar el Convenio 169 de la OIT, ya ha aceptado la legitimidad de los objetivos de bienestar público contenidos en el convenio. Pero incluso si este Tribunal rechazara este enfoque formalista, debería reconocer el margen de apreciación de Guatemala para identificar por sí misma los objetivos de bienestar público que desea perseguir y determinar si son legítimos.

585. En el caso *Glamis Gold, Ltd. c. los Estados Unidos de América*, el tribunal sostuvo que "la única pregunta para el Tribunal... es si hubo o no una falta manifiesta de razones para la legislación".¹⁰⁶³ Guatemala ha expuesto las razones de la decisión de la Corte de Constitucionalidad más arriba. En *Frontier Petroleum c. la República Checa*, el tribunal sostuvo que los Estados gozan de cierto margen de apreciación para determinar cuál es su propia concepción de la política pública internacional".¹⁰⁶⁴ En consecuencia, el tribunal consideró innecesario investigar si las conclusiones de los tribunales checos satisfacían la norma de política pública conforme al Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, y tampoco consideró apropiado determinar los contornos precisos de dicha norma.¹⁰⁶⁵ El tribunal se limitó a analizar si era "*razonablemente defendible y hecha de buena fe*".¹⁰⁶⁶ Por último, en *Saluka c. la República Checa*, el tribunal evaluó el cumplimiento de las medidas reglamentarias de la República Checa, es decir, el poner el banco bajo la administración del Estado, con el criterio de expropiación del TBI entre la República Checa y los Países Bajos.¹⁰⁶⁷ Al igual que en *Frontier Petroleum*, el tribunal de *Saluka* concedió a la República Checa un "margen de discreción" y trasladó la carga de la prueba al inversor para que demostrara, en base a "pruebas claras y convincentes que [el gobierno checo] se equivocó o actuó de manera indebida al tomar su decisión".¹⁰⁶⁸

586. En resumen, la práctica de inversión actual ofrece a los Estados un amplio margen de apreciación cuando determinan los objetivos legítimos de bienestar público que desean perseguir. En este caso, los

¹⁰⁶³ *Glamis Gold, Ltd.*, Laudo ¶ 805, (RL-0041).

¹⁰⁶⁴ *Frontier Petroleum Servs. Ltd. c. la República Checa*, Caso CNUDMI, Laudo definitivo (12 de noviembre de 2010), ¶ 29 (RL-0202).

¹⁰⁶⁵ *Id.* ¶527.

¹⁰⁶⁶ *Id.*, énfasis en el original

¹⁰⁶⁷ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial del 17 de marzo de 2006, ¶272 (CL-0154)

¹⁰⁶⁸ *Id.* ¶ 273.

tribunales de Guatemala han fundamentado sus órdenes no sólo en la aplicación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, sino también en los hechos que rodean las inversiones de la Demandante en Exmingua. En ausencia de una demostración de mala fe, mala intención y beneficio comercial que redunde en beneficio del Estado o de cualquier otra parte, este Tribunal debe declarar, sobre la base del Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA, que no hubo, en este caso, ninguna expropiación indirecta. En consecuencia, los Demandantes no tienen derecho a ningún tipo de compensación por daños y perjuicios.

E. Los Demandantes No Actuaron con la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos, Haciendo Fracasas su Reclamo de Expectativas Legítimas y Expectativas Razonables Respaladas por la Inversión

587. El requisito de realizar consultas con los pueblos indígenas en virtud del Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT constituye el núcleo del reclamo de los Demandantes contra la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua Progreso VII, la suspensión de su certificado de exportación, la suspensión de los trabajos de exploración y expedición de una licencia de explotación en la zona de Santa Margarita, y la incautación del concentrado de oro de Exmingua. Despojados hasta la médula, los Demandantes atacan el requisito de realizar consultas porque, para ellos, no existía tal requisito en el momento en que hicieron su inversión en Exmingua y tenían una expectativa legítima y razonable, respaldada por la inversión, de que nunca se impondría tal requisito.

588. Los Demandantes sabían, o al menos deberían haber sabido, que el Convenio N° 169 de la OIT ha formado parte del marco jurídico de Guatemala desde su ratificación en 1996. El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala hace que todos los tratados en los que Guatemala es parte, especialmente los relativos a los derechos humanos, sean directamente aplicables en el Estado sin necesidad de ulteriores medidas ejecutivas o legislativas; los tratados tienen incluso preeminencia sobre la legislación interna. Además, las decisiones judiciales de Guatemala, dos veces en 2007 y una en abril de 2008, sostuvieron en los casos separados de *Sipacapa*, *Río Hondo I* y *Río Hondo II* que la existencia del derecho de consulta de los pueblos indígenas en virtud de este Convenio era "incuestionable". En forma casi simultánea, el derecho de consulta de los pueblos indígenas ya se había arraigado en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos) (27 de diciembre de 2002), ¶ 140 (RL-0235). ("Los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a un Estado miembro a garantizar que cualquier determinación de la medida en que los Demandantes indígenas mantienen intereses en las tierras que tradicionalmente han poseído, ocupado y utilizado se base en un proceso de pleno conocimiento y consentimiento mutuo por parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y exactamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y que se les brinde una oportunidad efectiva de participar individualmente o como colectivos"); CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice) (12 de octubre de 2004), ¶. 142; y Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia (28 de noviembre de 2007). Serie C No. 172, ¶. 194 e) (RL-0237). ("[L]as evaluaciones de impacto ambiental y social [deben ser realizadas] por entidades independientes y técnicamente competentes, antes de otorgar una concesión para cualquier proyecto de

El Artículo 6.1(a) es categórico en el sentido de que **"los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"**.

589. Como mínimo, la falta de participación con los pueblos indígenas en los procesos de aprobación del EIA debería haber llevado a los Demandantes a preguntarse y averiguar por qué no había constancia de la participación de los pueblos indígenas de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT. En el caso *SolEs Badajoz GmbH contra el Reino de España*, el tribunal sostuvo que "un inversor no puede beneficiarse de las lagunas en su conocimiento subjetivo del entorno normativo porque, según una norma objetiva, las expectativas legítimas del inversor se miden con referencia al conocimiento que se considera que un hipotético inversor prudente tenía en la fecha de la inversión. El alcance de la investigación que incumbe a un inversor prudente depende de las circunstancias particulares del caso".¹⁰⁷⁰

590. ¿Cuál es el grado de indagación que los Demandantes deberían haber ejercido para desarrollar una expectativa legítima y razonable respaldada por la inversión de que el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT no se aplica a las solicitudes de Exmingua para una licencia de explotación? Guatemala sostiene que, aunque una simple Debida Diligencia como la que hace todo inversor prudente hubiera alcanzado para determinar la necesidad de consulta con los pueblos indígenas en forma compatible con su cultura e idiosincracia, los Demandantes deberían haber realizado nada menos que la debida diligencia en materia de derechos humanos.

591. El concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos surgió como respuesta al vacío de las normas que rigen las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos. Según las Naciones Unidas, el debate para establecer tales normas "tomó notoriedad en la década de 1990, a medida que las empresas petroleras, gasísticas y mineras se expandían en zonas cada vez más difíciles".¹⁰⁷¹ En 2004 se presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (entonces conocido como la Comisión de Derechos Humanos) un "Proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos" que distinguía entre las obligaciones "primarias" de los Estados en materia de derechos humanos y las responsabilidades "secundarias" de las

desarrollo o inversión en el territorio tradicional de Saramaka, y aplicar las salvaguardas y mecanismos adecuados para reducir al mínimo los efectos perjudiciales que dichos proyectos puedan tener en la supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka")

¹⁰⁷⁰ *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/38, Laudo (31 de julio de 2019), ¶. 331 (**RL-0241**).

¹⁰⁷¹ Marco de las Naciones Unidas "Proteger, Respetar y Remediar" para las empresas y los derechos humanos, Antecedentes, p. 1 (**R-0148**)

empresas en materia de derechos humanos.¹⁰⁷² El Consejo de Derechos Humanos de la ONU se negó a adoptar el Proyecto de Normas debido, en parte, a la vehemente oposición del sector empresarial.¹⁰⁷³ No obstante, el Consejo encargó al Secretario General de las Naciones Unidas "que nombrara un Representante Especial con el objetivo de salir del estancamiento y aclarar las funciones y responsabilidades de los Estados, las empresas y otros agentes sociales en la esfera de las empresas y los derechos humanos".¹⁰⁷⁴ En 2005, el profesor de Harvard John Ruggie fue nombrado Relator Especial, que informa en forma anual al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.¹⁰⁷⁵

592. "Tras tres años de extensas investigaciones y consultas con los gobiernos, las empresas y la sociedad civil de los cinco continentes", el Profesor Ruggie presentó al Consejo su "Proteger, Respetar y Remediar: un Marco para las Empresas y los Derechos Humanos", que más tarde se conocería como el Marco de las Naciones Unidas.¹⁰⁷⁶ El Marco de las Naciones Unidas fue un momento decisivo en el cambio del panorama de las empresas y los derechos humanos. El Marco abandonó "la resbaladiza distinción entre las obligaciones "primarias" del Estado y las "secundarias" de las empresas"¹⁰⁷⁷ y en su lugar adoptó el punto de vista de que **"la responsabilidad empresarial de respetar existe independientemente de los deberes de los Estados"**.¹⁰⁷⁸ Se prefirió este enfoque integrado a la actitud jerárquica del Proyecto de Normas para impedir "un interminable juego estratégico en el terreno acerca de quién es responsable de qué".¹⁰⁷⁹ En consecuencia, el Marco de las Naciones Unidas "comprende tres principios básicos: el deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de un acceso más eficaz a los recursos jurídicos".¹⁰⁸⁰ El Consejo de Derechos Humanos acogió unánimemente con beneplácito el Marco de las Naciones Unidas, y se encargó además al Profesor Ruggie que presentara un conjunto de Principios Rectores para la aplicación del Marco.¹⁰⁸¹

593. Este momento decisivo llevó al desarrollo de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, con el Prof. Ruggie como su arquitecto. El Consejo de Derechos Humanos

¹⁰⁷² *Id.*

¹⁰⁷³ *Id.*

¹⁰⁷⁴ *Id.*

¹⁰⁷⁵ *Id.*

¹⁰⁷⁶ *Id.*

¹⁰⁷⁷ John Ruggie, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos (en adelante, "Marco de las Naciones Unidas"), A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), p. 55 (**R-0149**)

¹⁰⁷⁸ *Id.*

¹⁰⁷⁹ *Id.*

¹⁰⁸⁰ *Id.* p. 1.

¹⁰⁸¹ *Id.* pp. 1-2.

de la ONU aprobó los Principios Generales de la ONU el 16 de junio de 2011.¹⁰⁸² El Principio 17 de los Principios Generales de la ONU establece que:

LA DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

594. Según el Marco de las Naciones Unidas, "el cumplimiento de la responsabilidad de respetar los derechos humanos requiere la debida diligencia".¹⁰⁸³ La debida diligencia es "un proceso mediante el cual las empresas no sólo garantizan el cumplimiento de las leyes nacionales, sino que también gestionan el riesgo de que se produzcan daños a los derechos humanos con miras a evitarlos".¹⁰⁸⁴ En cuanto a su contenido sustantivo, "las empresas deberían tener en cuenta, como mínimo, la Carta Internacional de Derechos Humanos y los convenios básicos de la OIT, porque los principios que incorporan constituyen los puntos de referencia con los que otros agentes sociales juzgan los efectos de las empresas en los derechos humanos".¹⁰⁸⁵

595. En su Informe de 2010 al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el Prof. Ruggie planteó la siguiente pregunta: "¿Por qué deberían las empresas preocuparse por ellos si no imponen obligaciones legales a las empresas en forma directa?"¹⁰⁸⁶ En respuesta, dijo: "La confusión se resuelve fácilmente: las empresas pueden infringir, y de hecho infringen, el goce de los derechos que estos instrumentos reconocen".¹⁰⁸⁷ Además, el profesor Ruggie amplió el alcance de los tratados internacionales de derechos humanos que las empresas

¹⁰⁸² Resolución No. 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011) (**RL-0303**).

¹⁰⁸³ *Id.* en ¶ 56.

¹⁰⁸⁴ *Id.* en ¶ 25.

¹⁰⁸⁵ *Id.* en ¶ 58.

¹⁰⁸⁶ John Ruggie, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales; Empresas y derechos humanos: nuevas medidas para hacer operativo el marco "proteger, respetar y remediar" (9 de abril de 2010) (en adelante, "Informe del Prof. Ruggie de 2010"), ¶ 60 (**R-0151**).

¹⁰⁸⁷ *Id.*

deben incluir en su diligencia debida en materia de derechos humanos. Según él, "[s]egún las circunstancias, las empresas pueden tener que considerar normas adicionales: por ejemplo, también deberían tener en cuenta ... las normas específicas para los grupos "de riesgo" o vulnerables (*por ejemplo, los pueblos indígenas* o los niños) en los proyectos que los afecten".¹⁰⁸⁸

596. La OIT ha respaldado la aplicación del Marco de las Naciones Unidas en relación con el Convenio 169 de la OIT en su Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT.¹⁰⁸⁹ La OIT dijo que "si bien el derecho internacional generalmente no impone directamente obligaciones a las empresas, la responsabilidad empresarial de respetarlas es una norma de conducta esperada reconocida en prácticamente todos los instrumentos voluntarios y no vinculantes relacionados con la responsabilidad empresarial".¹⁰⁹⁰ La OIT interpreta que el Convenio 169 tiene "claras repercusiones jurídicas para los agentes del sector privado que operan en los países que lo ratifican".¹⁰⁹¹ La OIT incluso prevé la posibilidad de que "los agentes del sector privado corran el riesgo de quedar atrapados entre las normas de un instrumento jurídicamente vinculante" y "la práctica de un Estado determinado, que no haya adoptado las medidas necesarias para aplicar efectivamente el Convenio".¹⁰⁹² Para la OIT, este escenario hace que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos sea aún más imperativa. Las empresas "tienen un interés directo en actuar de conformidad con los principios de la Convención, por cuestiones de seguridad jurídica, legitimidad, asociaciones y sostenibilidad".¹⁰⁹³

597. Los Demandantes remiten una vez más a este Tribunal a la doctrina de *SolEs Badajoz*, según la cual "el alcance de la investigación que incumbe a un inversor prudente depende de las circunstancias particulares del caso".¹⁰⁹⁴ Guatemala sostiene que las circunstancias particulares anteriores y contemporáneas a la inversión de los Demandantes en Exmingua exigían que los Demandantes fueran más circunspectos al actuar en su decisión de invertir mediante la realización de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Guatemala ya estableció anteriormente que la Constitución de Guatemala incorpora directamente el Convenio 169 de la OIT en el derecho interno, y también ha demostrado la riqueza de la jurisprudencia en Guatemala y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que imprime el carácter de aplicación automática del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con el Marco de las Naciones Unidas, los Informes del Profesor Ruggie y el Manual de la OIT, los Demandantes, como mínimo, deberían haber indagado sobre las implicancias jurídicas

¹⁰⁸⁸ *Id.* énfasis y cursiva añadidos.

¹⁰⁸⁹ OIT, Manual para los mandantes tripartitos: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) (No. 169), 2013 (CL-0102).

¹⁰⁹⁰ *Id.* 26.

¹⁰⁹¹ *Id.* 25.

¹⁰⁹² *Id.*

¹⁰⁹³ *Id.*

¹⁰⁹⁴ *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/38, Laudo (31 de julio de 2019), ¶. 331. (RL-0241)

del requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT y si es aplicable a la expedición de una licencia de explotación.

598. En su Declaración Testimonial, el Sr. Kappes admitió que fue Radius, a través de Chlumsky, Ambrust y Meyer ("CAM"), quien llegó a la conclusión de que "la labor de exploración llevada a cabo por Gold Fields cumplía con las prácticas aceptadas internacionalmente".¹⁰⁹⁵ Luego dijo que "examinó los datos reunidos por Gold Fields y Radius, y se mostró satisfecho de que los yacimientos eran viables y podían ser desarrollados comercialmente. También nos motivaron los hallazgos incluidos en varios informes que se pusieron a nuestra disposición".¹⁰⁹⁶ En un esfuerzo por aumentar la credibilidad de los hallazgos de CAM, el Sr. Kappes describió a CAM como "una empresa con sede en Denver que se centra en ... *los estudios de diligencia debida ambiental y social*; y el *apoyo técnico* a las *comunidades jurídicas* y de financiación de proyectos"¹⁰⁹⁷. No obstante, a pesar de esta descripción interesada de CAM, el Informe de CAM hacía un descargo de responsabilidad incondicional, diciendo que "**no ha llevado a cabo una revisión jurídica de la propiedad ni de los límites de la propiedad**".¹⁰⁹⁸ En realidad, todo lo que Radius le encargó a CAM fue "[realizar] una revisión técnica y [preparar] una estimación de recursos minerales para el Proyecto de Oro Tambor".¹⁰⁹⁹ No es sorprendente que el informe de CAM no mencionara en absoluto el Convenio N° 169 de la OIT, la Constitución de Guatemala ni ninguna de las decisiones judiciales de los tribunales guatemaltecos o pronunciamientos de los órganos pertinentes del sistema Interamericano de Derechos Humanos.

599. El Sr. Kappes afirma que "como parte del proceso de inversión, KCA llevó a cabo la debida diligencia, con el asesoramiento de abogados guatemaltecos, a fin de comprender y cumplir los requisitos necesarios para poder adquirir los derechos y desarrollar actividades mineras en Guatemala".¹¹⁰⁰ Los Demandantes no adjuntan ningún documento que contenga los resultados de esa diligencia debida. El Sr. Kappes tampoco se molestó en identificar quiénes son dichos abogados guatemaltecos y qué dijeron. Pero incluso si lo hizo, y su abogado privado le aseguró que el Convenio 169 de la OIT no formaba parte del marco jurídico de Guatemala, el tribunal del caso *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* opinó que el asesoramiento jurídico recibido de un abogado privado no da lugar a expectativas legítimas a menos que se trate de declaraciones hechas por funcionarios autorizados del Estado anfitrión.¹¹⁰¹

600. Aparte del informe del CAM y de la afirmación infundada del Sr. Kappes de que buscó asesoramiento

¹⁰⁹⁵ Kappes, ¶ 33.

¹⁰⁹⁶ *Id.* ¶ 37.

¹⁰⁹⁷ *Id.* ¶ 33, cursiva añadida.

¹⁰⁹⁸ Informe CAM, p. 3.1(C-0039).

¹⁰⁹⁹ *Id.* p. 1.1.

¹¹⁰⁰ Kappes, ¶ 40.

¹¹⁰¹ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1 (TLCAN) (9 de enero de 2003), ¶ 189 (CL-0081).

jurídico de abogados guatemaltecos, los Demandantes insisten asimismo en que Guatemala hizo declaraciones en el sentido de que las consultas del Convenio 169 de la OIT con los pueblos indígenas no son necesarias para la expedición de una licencia de explotación. Se basan en los siguientes hechos:

- 1) Que en 2010, Guatemala tomó lo que los Demandantes consideran la posición pública oficial de Guatemala de "que el proceso de participación pública en virtud de la Ley de Minería y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente satisfacía los requisitos de consulta en virtud del Artículo 15 del Convenio No. 169 de la OIT"; ¹¹⁰²
- 2) que en abril de 2011, Exmingua "volvió a presentar su plan de participación pública junto con la documentación respaldatoria" al MARN en abril de 2011, y que "en ese momento, el MARN podría haber solicitado información adicional si fuera necesario"; ¹¹⁰³
- (3) que en mayo de 2011, "el MARN emitió una notificación de aprobación del EIA para Progreso VII, en la que declaró que las consultas públicas se habían "llevado a cabo de acuerdo con los términos de referencia" proporcionados por el MARN"; ¹¹⁰⁴ y
- (4) que en septiembre de 2011, el MEM concedió la solicitud de Exmingua de una licencia de explotación para Progreso VII.

601. En *Glamis Gold c. Estados Unidos* el tribunal sostuvo que "la desestabilización de la expectativa razonable y respaldada por la inversión requiere, como circunstancia límite, al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, mediante la cual el Estado ha inducido intencional y específicamente la inversión". ¹¹⁰⁵ Los Demandantes admiten que ésta es la norma jurídica aplicable, dado que también afirman que Guatemala tiene la obligación de "respetar las expectativas legítimas del inversor que se derivan de las condiciones que el Estado ofreció para inducir la inversión del inversor". ¹¹⁰⁶

602. A primera vista, es fácil advertir un defecto fundamental en la afirmación de los Demandantes sobre la expectativa legítima en el marco de la norma de trato justo y equitativo y de las expectativas razonables respaldadas por la inversión en el marco de la norma de no expropiación. El sentido común indica que un incentivo, para participar de esa naturaleza, debe haberse hecho antes de que los Demandantes invirtieran en Guatemala. En este caso, todas las denominadas declaraciones en las que los Demandantes afirman haberse basado, si es que han de considerarse siquiera como declaraciones, se hicieron *después* de que los Demandantes decidieran hacer una inversión en Exmingua, que fue el 2 de junio de 2008, cuando "KCA firmó una carta de intención con Radius" para desarrollar el yacimiento de oro de Tambor. ¹¹⁰⁷ Los Demandantes actuaron en función de dicha decisión de invertir "[e]n particular, el 22 de enero de 2009, [cuando] los Demandantes adquirieron Minerales KC Guatemala, Ltda. ("Minerales KC") que establecieron para llevar a cabo los

¹¹⁰² *Id.* ¶ 175, en el que se cita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1566-07, Comunidades del pueblo maya sipakepense y mam de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, Informe de admisibilidad No. 20/14, de fecha 3 de abril de 2014, p. 5 (CL-0225).

¹¹⁰³ *Id.* ¶ 36.

¹¹⁰⁴ *Id.* ¶ 37.

¹¹⁰⁵ *Glamis Gold, Ltd.*, Laudo ¶ 766 (RL-0041).

¹¹⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶ 209.

¹¹⁰⁷ *Id.* ¶ 24.

negocios de KCA con respecto a Exmingua".¹¹⁰⁸ Por esta sola razón, no existe fundamento alguno para que este Tribunal crea que los Demandantes tenían una expectativa legítima y razonable, respaldada por la inversión, de que el requisito de consultar a los pueblos indígenas en virtud del Convenio 169 de la OIT no se aplique a la emisión de licencias de explotación.

603. Guatemala invita asimismo a este Tribunal a prestar atención a la propia admisión categórica de los Demandantes de que "en vista de los prometedores resultados de la campaña de exploración, junto con una visita al lugar y las conversaciones con Radius, los Demandantes llegaron a la conclusión de que el Proyecto Tambor tenía un gran potencial y podía ser desarrollado de manera rentable por KCA". ***En consecuencia***, el 2 de junio de 2008, KCA firmó una carta de intención con Radius".¹¹⁰⁹ Esta admisión categórica extingue cualquier duda sobre lo que realmente indujo a los Demandantes a invertir en Guatemala.

604. Otro componente esencial de la debida diligencia en materia de derechos humanos es "cubrir los impactos adversos en los derechos humanos que la empresa comercial pueda causar o propiciar a través de sus propias actividades, o que puedan estar directamente vinculados a sus operaciones".¹¹¹⁰ El Profesor Ruggie insta a las empresas a que presten especial atención a los grupos vulnerables, identificando en particular a los pueblos indígenas.¹¹¹¹

605. En este caso, el Sr. Kappes afirma que le "sorprendió que se produjera [un] bloqueo [a principios de marzo de 2012], porque hasta ese momento sentíamos que teníamos el apoyo de la comunidad local".¹¹¹² Sin embargo, el 23 de junio de 2008, apenas veintiún días después de que los Demandantes firmaran una carta de intención con Radius para invertir en el proyecto minero de Tambor, el Presidente de Guatemala declaró el estado de alerta en el municipio de San Juan Sacatepéquez -a no más de 70 kilómetros de San José del Golfo, donde se encuentra la zona minera de Progreso VII- en respuesta a las protestas que estallaron en oposición a los proyectos mineros del municipio.¹¹¹³ Aun así, los Demandantes procedieron a adquirir Minerales en enero de 2009 sin que se realizara previamente ninguna evaluación del impacto sobre los derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos de Guatemala-EE.UU.¹¹¹⁴ también informa de que "desde 2010, las comunidades de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, en las afueras de la Ciudad de Guatemala, han

¹¹⁰⁸ *Id.*, ¶ 26.

¹¹⁰⁹ *Id.*, ¶ 24.

¹¹¹⁰ Principios Rectores de las Naciones Unidas, Principio 17(a) (**RL-0243**).

¹¹¹¹ Informe del Prof. Ruggie de 2010, p. 60 (**R-0151**).

¹¹¹² Kappes, ¶ 63.

¹¹¹³ Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, Guatemala - "*Smaller than David: The Struggle of Human Rights Defenders*" (febrero de 2015), p. 22, nota 93 (**R-0152**).

¹¹¹⁴ Página web de la Comisión de Derechos Humanos de Guatemala/Estados Unidos de América, <https://www.ghrc-usa.org/about/mission/> ("La Comisión de Derechos Humanos de Guatemala/Estados Unidos de América (GHRC) es una organización solidaria, de base, sin fines de lucro, dedicada a promover los derechos humanos en Guatemala y a apoyar a las comunidades y los activistas que se enfrentan a amenazas y violencia. La GHRC documenta y denuncia los abusos, educa a la comunidad internacional y aboga por políticas que fomenten la paz y la justicia").

denunciado la imposición de una mina de oro sin el consentimiento de la comunidad".¹¹¹⁵ Ello también coincide con la visión de la PNC y de la Procuraduría de Derechos Humanos en sus informes circunstanciados.¹¹¹⁶ Una vez más, los Demandantes siguieron adelante y adquirieron Exmingua.

606. Asimismo, el hecho de que existía oposición al proyecto minero antes de la adquisición total de Exmingua por parte de los Demandantes se ve confirmado por la confesión del propio presidente de Radius de que la empresa estaba vendiendo sus acciones como "parte de [su] estrategia corporativa de desinversión de **activos problemáticos**, lo que permite a la empresa concentrar capital y experiencia en **áreas menos conflictivas** en cuanto al desarrollo de la región".¹¹¹⁷ El Sr. Kappes o bien es menos sincero ante este Tribunal o bien no fue tan minucioso en su evaluación de los efectos adversos para los derechos humanos del proyecto minero de Tambor.

607. Está bien establecido en la jurisprudencia sobre inversiones que la conducta de la debida diligencia del inversor no debe limitarse sólo a la "comunidad local"¹¹¹⁸ donde se encuentra la inversión. Como se ha señalado anteriormente, el tribunal en el caso *Methanex c. los Estados Unidos* consideró la economía política de todo el Estado anfitrión y la atención pública sobre los compuestos químicos y su impacto ambiental al evaluar si el inversor demostró adecuadamente su confianza en las supuestas expectativas legítimas de un marco jurídico estable.¹¹¹⁹ Aún más amplio fue el alcance del análisis en *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. la República de Estonia*,¹¹²⁰ en el que el tribunal consideró "imperativo recordar el contexto particular en el que surgió la controversia, a saber, el de un Estado independiente renaciente"¹¹²¹. El Principio 17 b) de los Principios Generales de las Naciones Unidas se hace eco de estos casos al exigir que la debida diligencia en materia de derechos humanos de una entidad comercial "varíe en complejidad con ... la naturaleza y el contexto de sus operaciones".

608. Entre 2005 y 2007, con anterioridad a la carta de intención de los Demandantes para adquirir Exmingua, varias comunidades de Guatemala rechazaron proyectos mineros que se estaban explotando en su patio trasero.¹¹²² Y en 2010, es decir, dos años inmediatamente antes de que los Demandantes adquirieran de

¹¹¹⁵ Comisión de Derechos Humanos de Guatemala (EE.UU.) El Movimiento de Justicia Ambiental Pacífica en La Puya: Violencia, represión y resistencia en la mina de oro El Tambor en Guatemala (noviembre de 2014) (**R-0150**).

¹¹¹⁶ Informes Circunstanciados de la Policía Nacional Civil y de la Procuraduría de los Derechos Humanos (**R-0139**).

¹¹¹⁷ Comunicado de prensa, *Radius, Radius Gold vende participación en propiedad de oro de Guatemala* (31 de agosto de 2012) (**C-0223**).

¹¹¹⁸ Kappes, ¶ 63.

¹¹¹⁹ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Laudo definitivo (3 de agosto de 2005), Parte IV, cap. D, ¶ 9 (**RL-0227**).

¹¹²⁰ *Genin c. Estonia*, Caso CIADI Caso No. ARB/99/2, 25 (junio de 2001), ¶348 (**CL-0057**).

¹¹²¹ *Id.*

¹¹²² J. P. Laplante & Catherine Nolin (2014) *Consultas e Inversiones Socialmente Responsables en Guatemala: Un estudio de caso que examina las perspectivas mayas sobre el derecho indígena al consentimiento libre, previo e informado, la*

Radius la totalidad de las acciones de Exmingua, otros dos municipios votaron en contra de la minería.¹¹²³ Es difícil creer que el Sr. Kappes no estuviera al tanto de estos acontecimientos, teniendo en cuenta que, como atestigua, él y KCA "tenían alguna experiencia previa en Guatemala" antes del proyecto minero de Tambor,¹¹²⁴ Atestigua haber proporcionado "varios estudios de evaluación de costos para el proyecto Glamis Cerro Blanco, un desarrollo subterráneo de minería de oro, a partir de 2000".¹¹²⁵

609. En 2005 y 2008, el Consejo Internacional de Minería y Metales (CIMM) convocó dos mesas redondas para examinar las cuestiones relativas a la minería y los pueblos indígenas.¹¹²⁶ En 2005, las cuestiones incluyeron: "Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI), derechos sobre la tierra, fomento de las capacidades, desarrollo indígena, instituciones y funciones, y marcos jurídicos".¹¹²⁷ "[L]as cuestiones relativas a la consulta" fueron algunas de las que se analizaron en 2008.¹¹²⁸ Ese mismo año, el CIMM publicó su Declaración de Posición sobre Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas, en la que se reconocía "la desventaja histórica de los Pueblos Indígenas y los efectos potencialmente significativos que la minería puede tener en los Pueblos Indígenas y la comunidad en general (tanto positivos como negativos); la conexión especial entre los Pueblos Indígenas y la tierra y su medio ambiente; los intereses de los Pueblos Indígenas en relación con los proyectos de minería y metales; la importancia de un amplio apoyo de la comunidad para el éxito de los proyectos de minería y metales; y la importancia de los gobiernos y el contexto jurídico para determinar las interacciones entre los Pueblos Indígenas y las empresas mineras".¹¹²⁹

610. El CIMM es una organización dirigida por un director general que comenzó en 2001 con el objetivo de "catalizar el cambio para la industria minera y metalúrgica".¹¹³⁰ Para 2011, dieciocho de las mayores empresas mineras, de minerales y de metales del mundo se hicieron miembros del CIMM.¹¹³¹ Ese número ha aumentado desde entonces hasta su actual composición de "27 miembros de empresas mineras y metalúrgicas y más de 35 miembros de asociaciones nacionales, regionales y de productos básicos".¹¹³² En 2013, el CIMM

sociedad y los recursos naturales - International Journal, 27:3, 231-248, p. 239 (R-0131).; y Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, Guatemala - "Smaller than David: The Struggle of Human Rights Defenders" (febrero de 2015), p. 22, nota 93, y p. 28 (R-0152).

¹¹²³ J. P. Laplante & Catherine Nolin (2014) *Consultas e Inversiones Socialmente Responsables en Guatemala: Un estudio de caso que examina las perspectivas mayas sobre el derecho indígena al consentimiento libre, previo e informado, la sociedad y los recursos naturales* - International Journal, 27:3, 231-248, p. 239 (R-0131).

¹¹²⁴ Kappes, ¶ 36.

¹¹²⁵ *Id.*

¹¹²⁶ Informe del Consejo Internacional de Minería y Metales sobre las actividades relacionadas con los pueblos indígenas de fecha 31 de enero de 2011, p. 3 (R-0153).

¹¹²⁷ *Id.*

¹¹²⁸ *Id.*

¹¹²⁹ *Id.* pp. 3 y 4.

¹¹³⁰ Página web de CIMM, Acerca de nosotros, disponible en: <https://www.CIMM.com/en-gb/about-us> (R-0154).

¹¹³¹ Informe del Consejo Internacional de Minería y Metales sobre las actividades relacionadas con los pueblos indígenas, 31 de enero de 2011, p. 1 (R-0153)

¹¹³² Página web de CIMM, "Acerca de nosotros," disponible en: <https://www.CIMM.com/en-gb/about-us> (R-0154).

modificó su Declaración de Posición sobre los Pueblos Indígenas para incluir orientaciones sobre las consultas y el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado.¹¹³³ En 2015, el CIMM publicó una Guía de Buenas Prácticas para sus miembros que "se comprometen en la declaración de posición a reconocer y respetar los derechos de los Pueblos Indígenas, *incluso si no hay un reconocimiento formal de esos derechos por parte de un país anfitrión o si existe una divergencia entre los compromisos internacionales de un país y su legislación nacional*".¹¹³⁴ El Demandante KCA no es miembro del CIMM, pero las acciones del CIMM evidencian las normas industriales vigentes que se esperan de una empresa minera prudente que invierte y opera en tierras tradicionalmente poseídas u ocupadas por pueblos indígenas. Cabe mencionar que el antecesor en los intereses de los Demandantes, Gold Fields, se hizo miembro del CIMM en junio de 2007 y para diciembre del mismo año, "Gold Fields obtuvo ... acciones en Radius, conservando así cierta participación en el Proyecto Tambor".¹¹³⁵

611. Considerando todas las premisas, había realidades en Guatemala y en la industria minera en general que los Demandantes tristemente no tuvieron en cuenta cuando hicieron inversiones en Exmingua. Los pueblos indígenas constituían la mayoría de la población de Guatemala, había una creciente oposición a los proyectos mineros expresada tanto en referendos municipales como en protestas, se estaban emitiendo pronunciamientos judiciales vinculantes sobre el carácter auto-aplicable del Convenio 169 de la OIT tanto en el ámbito nacional como en el interamericano de los derechos humanos, y se estaban elaborando normas industriales para reconocer la importancia de las consultas a fin de reducir al mínimo los riesgos comerciales. Los Demandantes dejaron de lado todo esto. No llevaron a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos antes de hacer una inversión en Exmingua, y ni siquiera demuestran haber realizado una debida diligencia de un inversor prudente. Como mera acotación, dirigen ahora erróneamente a este Tribunal a los hechos ocurridos después de haber adquirido la total propiedad y control de Exmingua para fundamentar su reclamo de una expectativa legítima y razonable respaldada por la inversión de que el Convenio 169 de la OIT nunca se les aplicaría. La falta de fundamento de los argumentos de los Demandantes es clara como el día. Guatemala, en cambio, insta a este Tribunal a que desestime el reclamo de los Demandantes de que se les conceda una compensación por daños y perjuicios sobre la misma base que en el caso *Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay*, a saber:

Le resulta obvio a este Tribunal que existen serias deficiencias en el ordenamiento jurídico paraguayo y en el funcionamiento de varios órganos de ese Estado. No pretende dilucidar este Tribunal si esa situación es más grave en Paraguay que en otros países. Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. *Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las*

¹¹³³ CIMM, Declaración de Posición de los pueblos indígenas y la minería 2013, p.1 (R-0155).

¹¹³⁴ CIMM, 2015 Guía de buenas prácticas de los pueblos indígenas y la minería, p. 17 (R-0154).

¹¹³⁵ Memorial de Demanda, nota al pie 34, p. 8.

*pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente.*¹¹³⁶

612. En el caso *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, el tribunal sostuvo que:

Al decidir invertir a pesar de esta posible inestabilidad, el demandante asumió el riesgo empresarial de enfrentarse a cambios en las leyes que posible o incluso probablemente pudieran ser perjudiciales para su inversión. El Demandante podría (y en retrospectiva debería) haber tratado de proteger sus expectativas legítimas introduciendo en el acuerdo de inversión **una cláusula de estabilización o alguna otra disposición que lo protegiera contra cambios inesperados e inoportunos.**¹¹³⁷

613. No se debería pedir ahora al pueblo de Guatemala que pague la cuenta de los Demandantes, si es que sufrieron alguna pérdida comercial. De lo contrario, este Tribunal estaría recompensando a un inversor imprudente a expensas de generar dudas sobre la equidad del sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados.

F. Guatemala otorgó a los Demandantes el mismo trato que a otros inversionistas nacionales y extranjeros

614. En la Sección III.3, los Demandantes acusan a Guatemala de no conceder el trato nacional y de nación más favorecida (NMF), como lo disponen los artículos 10.3 y 10.4 del Tratado. El trato nacional y el trato de NMF son normas relativas. Tienen por objeto garantizar que los inversores extranjeros y sus inversiones no reciban un trato menos favorable que el que reciben otros inversores/inversiones nacionales o de terceros países.¹¹³⁸

615. Los Demandantes identifican cuatro entidades guatemaltecas que supuestamente recibieron mejor trato que Exmingua: (i) Oxec, S.A., (ii) Oxec II, S.A. (en forma conjunta "Oxec"), (iii) Minera San Rafael, S.A. y (iv) CGN.¹¹³⁹ También identifican dos entidades extranjeras que supuestamente se encuentran en circunstancias similares con los Demandantes: (i) Pan American Silver (de Canadá) ("PSA") y (ii) Solway Investment Group (de Suiza) ("Solway")¹¹⁴⁰ -los respectivos propietarios de Minera San Rafael y CGN.¹¹⁴¹

616. A continuación, se presentan cuatro formas en las que Exmingua supuestamente fue tratada menos favorablemente por los tribunales guatemaltecos y el MEM.

- Primera, "el Tribunal de Constitucionalidad de Guatemala sometió a Exmingua a un trato desigual y desfavorable al suspender sus operaciones, mientras que permitió a Oxec continuar

¹¹³⁶ *Olguín c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo (26 de julio de 2001), ¶ 1. 65(b) (RL-0244), cursiva añadida.

¹¹³⁷ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), ¶336 (RL-0084).

¹¹³⁸ DR-CAFTA Arts. 10.3 y 10.4 (CL-0001); véase también el Memorial de Demanda, ¶ 314.

¹¹³⁹ Memorial, ¶ 324.

¹¹⁴⁰ Memorial, ¶ 324.

¹¹⁴¹ Memorial, ¶ 111 ("El caso de Minera San Rafael se refiere a una gran mina de plata explotada y desarrollada por Minera San Rafael, S.A. ("Minera San Rafael"), la subsidiaria guatemalteca de Tahoe Resources (de Canadá) (actualmente propiedad de Pan American Silver Corp. de Canadá)); Memorial, ¶115 ("Por su parte, el caso CGN se refiere a una gran mina de níquel desarrollada y explotada por la Compañía Guatemalteca de Níquel ("CGN"), filial guatemalteca del Grupo de Inversiones Soloway, GmbH, de propiedad suiza").

operando hasta que el MEM comenzara y concluyera las consultas".¹¹⁴²

- Segunda, el Tribunal Constitucional estableció una "condición adicional, onerosa, subjetiva e incierta para Exmingua" -no impuesta a Oxec, Minera San Rafael ni CGN- de que "Exmingua no puede reanudar sus operaciones a menos que se determine que las operaciones no habrían de amenazar la existencia de la población indígena".¹¹⁴³
- Tercera, el Tribunal Constitucional prolongó el procedimiento de amparo por el doble de tiempo que para Oxec, Minera San Rafael y CGN.¹¹⁴⁴
- Y cuarta, el MEM "finalizó las consultas para Oxec [en] apenas unos meses, mientras que se negó a iniciar siquiera las consultas para Exmingua."¹¹⁴⁵

617. Obsérvese que los Demandantes no exponen ningún reclamo de NMF en forma específica. Aun cuando afirman estar en circunstancias similares con PSA y Solway, dichas entidades no se mencionan en ninguno de los tratos anteriores. Sólo se hace referencia a las entidades guatemaltecas. A la luz de su carácter nacional, la Demandada supondrá que todos los tratos están comprendidos en el Artículo 10.3 (trato nacional) y los analizará como tales. Sin embargo, con la debida precaución, Guatemala también se ocupará de los posibles reclamos que se hagan en virtud del Artículo 10.4 (trato de NMF), en caso de que existan. Cabe señalar que el hecho de que los Demandantes no hayan especificado concretamente sus reclamos de trato de NMF es motivo suficiente para denegarlos.¹¹⁴⁶

618. Como punto de partida, Guatemala reitera el argumento expuesto anteriormente acerca de la incapacidad del Tribunal para violar las protecciones del Tratado en ausencia de una denegación de justicia. El trato nacional y el trato de NMF son normas relativas, lo que significa que la comparación entre inversores y sus inversiones es inherente al análisis. En este caso, se pide al Tribunal que compare a Exmingua y a los comparadores como participantes en diferentes causas ante los tribunales nacionales. Sin embargo, no se pueden hacer este tipo de comparaciones porque los tribunales nacionales son independientes de sus homólogos legislativos y administrativos, y su capacidad para incurrir en responsabilidad internacional por el Estado está estrictamente limitada a una determinación de denegación de justicia.¹¹⁴⁷ Los tribunales deben tener libertad para decidir cada caso sobre los hechos que se le presentan. De lo contrario, su función judicial se vería innecesariamente reprimida.

619. Los Estados Unidos expusieron este argumento en el caso *Loewen Group c. los Estados Unidos*, un

¹¹⁴² Memorial, ¶ 325.

¹¹⁴³ Memorial, ¶ 326.

¹¹⁴⁴ Memorial, ¶ 327.

¹¹⁴⁵ Memorial, ¶ 328.

¹¹⁴⁶ En casos anteriores, esta falta de especificidad ha resultado fatal para los reclamos de NMF de los demandantes. Véase *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo (24 de mayo de 2007), ¶¶183-84 (CL-0037) ("[E]n ausencia de cualquier otra especificación de las presuntas infracciones del artículo 1103 (y 1104) [disposición del TLCAN relativa al trato de NMF] este reclamo debe fracasar"); *William Ralph Clayton y otros c. Canadá*, CPA Caso No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (17 de marzo de 2015), ¶728-30 (CL-0088).

¹¹⁴⁷ Véase la sección VI.D, supra (en la que se examina el caso *Barcelona Traction* y otros).

caso del TLCAN que implicaba denuncias de discriminación por parte de los tribunales de los Estados Unidos. En ese caso, los Estados Unidos argumentaron acertadamente que las circunstancias de cada caso varían naturalmente, a veces en gran medida; y sería inapropiado comparar un caso con otro a la luz de tales variaciones.¹¹⁴⁸ Lamentablemente, el tribunal nunca llegó a la cuestión porque los reclamos de trato nacional fueron desestimados por otros motivos.

620. En este caso, los Demandantes no identifican ningún caso en el que la violación de una obligación de trato nacional se haya fundado en las acciones de los tribunales nacionales. Guatemala tampoco tiene conocimiento de ningún caso de ese tipo. La falta de autoridad es notable en este caso. Sugiere que los tribunales de un Estado deben recibir un trato diferente a otros organismos o personas que ejercen funciones gubernamentales, no sólo en el contexto de la expropiación, sino también en el contexto del trato nacional/trato de NMF. Los tribunales deben evaluar los hechos y las cuestiones jurídicas tal como se les presentan sin temor a que sus decisiones incurran en responsabilidad internacional para el Estado, a menos que actúen con manifiesta arbitrariedad.

1) El texto y el propósito de los artículos 10.3 y 10.4

621. La norma que regula el trato nacional y el trato de NMF es la misma.¹¹⁴⁹ Ambos tienen tres elementos: i) Los Demandantes o Exmingua deben haber recibido cierto trato por parte del Estado; ii) otros inversores o sus inversiones (los "comparadores") deben haber estado en circunstancias similares con los Demandantes o Exmingua; y iii) los Demandantes o Exmingua deben haber recibido un trato menos favorable que los comparadores en circunstancias similares.¹¹⁵⁰ La carga de probar cada elemento recae directamente sobre los Demandantes,¹¹⁵¹ pero como se explica más adelante, los Demandantes nunca satisfacen esa carga.

622. Además, las pruebas presentadas por los Demandantes deben demostrar, o al menos sugerir, "discriminación basada en la nacionalidad" por parte del Estado. Al igual que todas las demás disposiciones del tratado, los Artículos 10.3 y 10.4 deben interpretarse "de buena fe, de conformidad con el sentido corriente que debe darse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin"¹¹⁵². El propósito del trato

¹¹⁴⁸ *The Loewen Group Inc. y otros c. Estados Unidos*, CIADI, Caso No. ARB (AF)/98/3, Memorial de contestación de los Estados Unidos (3 de marzo de 2001), p. 120 (**RL-0193**) ("Efectivamente, en tal situación, la base apropiada para la comparación en virtud del artículo 1102 puede ser particularmente difícil de especificar. Por ejemplo, muchas de las circunstancias a las que se enfrentan los litigantes en un juicio civil con jurado: los hechos que subyacen a la controversia, los abogados de las partes, sus planteamientos estratégicos y opciones tácticas, el comportamiento de los testigos, los miembros del jurado, etc. – habrán de variar al menos en cierta medida (y, en muchos aspectos, en gran medida) de un caso a otro").

¹¹⁴⁹ Véase Memorial, ¶313 (no se hace ninguna distinción entre la norma del artículo 10.3 y 10.4).

¹¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, *United Parcel*, ¶ 83 (**CL-0037**)

¹¹⁵¹ *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo (24 de mayo de 2007), ¶ 84 (**CL-0037**). ("El hecho de que el inversor no establezca uno de esos tres elementos será fatal para su caso. Se trata de una carga legal que recae directamente sobre el Demandante. Esa carga nunca cambia...").

¹¹⁵² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31 (**CL-0005**).

nacional y del trato de NMF, como han afirmado unánimemente muchos tribunales y partes en el tratado, es evitar "la discriminación basada en la nacionalidad".¹¹⁵³ Si las pruebas no sugieren tal discriminación o, por otra parte, si el Estado puede conectar su conducta con políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias, entonces las demandas fracasarán.¹¹⁵⁴ Como se explica hacia el final de esta Sección, todas las acciones de Guatemala se llevaron a cabo de conformidad con políticas racionales y no discriminatorias a favor de los pueblos originario que habitan su territorio.

2) Ninguno de los cuatro tratos satisface la norma de trato nacional

a. *El trato 1 fracasa porque Exmingua y Oxec no están en "circunstancias similares" y porque el Tribunal Constitucional otorgó el mismo trato a ambas.*

623. El Trato 1 apunta al Tribunal Constitucional. Los Demandantes sostienen que el Tribunal "sometió a Exmingua a un trato desigual y desfavorable al suspender sus operaciones, mientras que permitió que Oxec siguiera operando hasta que el MEM iniciara y concluyera las consultas".¹¹⁵⁵ Pero la demanda fracasa porque: 1) Oxec y Exmingua no se encuentran en "circunstancias similares"; y 2) no hubo diferencia de trato, y mucho menos trato desfavorable.

i. *Oxec y Exmingua no se encuentran en "circunstancias similares".*

624. El trato nacional sólo se da cuando "quienes son iguales en todos los aspectos sustanciales son tratados

¹¹⁵³ *Marvin Feldman*, Laudo, ¶ 181 (CL-0093) ("Es evidente que el concepto de trato nacional, tal como se recoge en el TLCAN y en acuerdos similares, tiene por objeto impedir la discriminación en función de la nacionalidad, o 'en razón de la nacionalidad'"); *Cargill*, ¶ 220 (CL-0197) ("Además, el Tribunal también llega a la conclusión de que la discriminación se basó en la nacionalidad tanto en la intención como en el efecto"); *GAMI Investments Inc. c. México*, CNUDMI, Laudo definitivo (15 de noviembre de 2004), ¶115 (CL-0036) ("No es concebible que una empresa mexicana adquiera el derecho a las protecciones antidiscriminatorias del derecho internacional por el mero hecho de que un extranjero compre una parte de la misma"); *The Loewen Group*, Laudo, ¶ 139 (CL-0170) ("El artículo 1102 [trato nacional] se refiere únicamente a la discriminación basada en la nacionalidad y sólo prohíbe los indicios demostrables y significativos de parcialidad y prejuicio por razón de la nacionalidad [...]"); *Michael Ballantine y otros c. la República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17, Presentación de los Estados Unidos (6 de julio de 2018), ¶12 (RL-0245) ("Esta obligación prohíbe, pues, la discriminación por motivos de nacionalidad entre inversores nacionales y extranjeros (o inversiones de inversores extranjeros y nacionales) que se encuentren 'en circunstancias similares'"); *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB (AF)/12/3, Presentación de los Estados Unidos (8 de mayo de 2015), ¶ 10 (CL-0173) ("[los artículos 1102 y 1103 del TLCAN] tienen por objeto impedir la discriminación por motivos de nacionalidad. No tienen por objeto prohibir todo trato diferencial entre los inversores o las inversiones. Más bien, están concebidos para garantizar que la nacionalidad no sea la base de un trato diferencial, de conformidad con las disposiciones del TLCAN"). (recopilación de casos); *Mercer International*, presentación de México de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN (8 de mayo de 2015), ¶11 (RL-0246); *Mercer International*, Laudo (6 de marzo de 2018), ¶7.7 (RL-0247); Andrea Menaker, *Standards of Treatment: National Treatment, Most Favored Nation Treatment & Minimum Standards of Treatment*, Taller de APEC sobre leyes y contratos de inversiones bilaterales y regionales, p. 107 (RL-0288) ("Como todos saben, una disposición de trato nacional en un acuerdo de inversión ofrece protección contra este último tipo de discriminación, es decir, la discriminación contra los inversores por motivos de nacionalidad").

¹¹⁵⁴ *Pope & Talbot c. Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre los méritos de la fase 2 (10 de abril de 2001); ¶78 (CL-0116); *Marvin Feldman*, Laudo, ¶ 181 (RL-0093).

¹¹⁵⁵ Memorial, ¶ 325.

de manera diferente".¹¹⁵⁶ En el contexto del TLCAN, los Estados Unidos y al menos un tribunal han opinado que el análisis de las "circunstancias similares" debe tener en cuenta las diferencias en "el marco normativo y los objetivos de política" del Estado.¹¹⁵⁷ El tribunal en *Apotex c. los Estados Unidos* estableció una lista de factores a considerar, a saber: si los comparadores (i) se encuentran en el mismo sector económico o empresarial (ii) tienen inversiones o son empresas que compiten con el inversor o sus inversiones en términos de bienes o servicios (iii) están sujetos a un régimen jurídico o requisitos normativos comparables.¹¹⁵⁸

625. En este caso, Exmingua y las empresas de Oxec no se encuentran en circunstancias similares porque no están en el mismo sector empresarial ni en el mismo marco normativo. Exmingua es una empresa minera. Su objeto es explorar y/o explotar los recursos naturales de una zona con la esperanza de vender los recursos que encuentra.¹¹⁵⁹ Los proyectos de Oxec son diferentes. Son proyectos de obras públicas, más concretamente de infraestructuras hidroeléctricas (represas), destinados a aumentar la capacidad de generación de energías renovables de Guatemala. El objetivo no es descubrir minerales y venderlos con fines de lucro, sino generar electricidad (no dinero) para el pueblo de Guatemala. Exmingua y Oxec no pueden ser considerados competidores de ninguna manera.

626. Los marcos normativos también son diferentes. El sector eléctrico se rige por la Ley General de Electricidad (Decreto 93-96) y la Política Energética 2013-2027. La electricidad ha sido declarada un asunto de urgencia nacional, al igual que la alfabetización nacional.¹¹⁶⁰ Es "uno de los desafíos más importantes para el Gobierno de Guatemala".¹¹⁶¹ Guatemala se está esforzando por satisfacer la demanda de electricidad, especialmente en las zonas más remotas.¹¹⁶² La energía renovable, es decir, la energía hidroeléctrica, es también de importancia nacional para el Estado, lo cual está en concordancia con los esfuerzos multilaterales para combatir el cambio climático.¹¹⁶³ A largo plazo, Guatemala espera alcanzar el 80% de la producción eléctrica

¹¹⁵⁶ *Olin Hldgs. Ltd. c. Estado de Libia*, Case CCI No. 20355/MCP. Laudo definitivo (25 de mayo de 2018), ¶ 202 (CL-0150).

¹¹⁵⁷ *Windstream Energy LLC c. Canadá*, Caso No. 2013-22 de la CPA, Laudo (27 de septiembre de 2016), ¶¶ 404, 414 (CL-0210); *Vento Motorcycles Inc. c. México*, CIADI, Caso No. ARB (AF)/17/3, Presentación de los Estados Unidos (23 de agosto de 2019), ¶ 6 (RL-0248) ("[P]ara determinar los comparadores apropiados a los efectos del análisis de las 'circunstancias similares' es preciso tener en cuenta no sólo el sector empresarial o económico, sino también el marco reglamentario y los objetivos de política, entre otras características pertinentes").

¹¹⁵⁸ *Apotex v. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/12/1, Laudo (25 de agosto de 2014), ¶ 8.15 (RL-0215).

¹¹⁵⁹ Kappes, ¶¶ 11-13.

¹¹⁶⁰ Constitución Política, Arts. 75 y 129 (C-0414).

¹¹⁶¹ Política energética 2013-2027, p. 10 (R-0158).

¹¹⁶² Política Energética 2013-2027, p. 17 (R-0158); véase también Política Energética 2013-2027 (ver mapa en página 12). (R-0158).

¹¹⁶³ Política Energética 2013-2027, p. 28 ("Dado que el Estado de Guatemala ha ratificado una serie de compromisos internacionales, la Política Energética 2013-2027 considera prioritario un enfoque de desarrollo sostenible, entendido como el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de los niveles de vida de los guatemaltecos, basado en acciones adecuadas de conservación y protección del medio ambiente, sin comprometer las expectativas de las generaciones futuras"). (R-0158).

mediante recursos renovables, incluida la energía hidroeléctrica.¹¹⁶⁴ La minería es completamente diferente. No es una cuestión de urgencia nacional o de necesidad pública como la electricidad. Sólo se la considera un bien público según la Constitución Política al mismo nivel que los museos.¹¹⁶⁵ El negocio de la minería está regulado por la Ley de Minería (Decreto N° 48-97). No existen objetivos de política a largo plazo relacionados con la minería, ya sea internos o regionales.

627. Esta distinción es muy pertinente en este caso porque los derechos de los pueblos indígenas no son los únicos intereses en juego. Como lo reconoció el Tribunal en varias decisiones de amparo, entre ellas la decisión sobre Exmingua, también está en juego la necesidad del Estado de desarrollar y utilizar sus recursos naturales. "Por un lado", dijo el Tribunal, "es necesario identificar y, en consecuencia, respetar y salvaguardar debidamente los intereses legítimos de las partes afectadas o potencialmente afectadas; y, por otro lado, evitar objeciones irrazonables a los proyectos financieramente sólidos que pueda desarrollar la Nación".¹¹⁶⁶ Lo que esto significa es que el análisis (o, en este caso, el trato), ya sea por parte del Tribunal puede ser diferente en función de las necesidades del Estado frente a los derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, deben tenerse en cuenta los diferentes objetivos de las políticas del Estado (la venta de recursos minerales frente al desarrollo de proyectos de energía sostenible).

628. Los Demandantes pasarían por alto esta distinción, agrupando a Exmingua y Oxec simplemente porque cada una de ellas estaba sujeta a un procedimiento de amparo interpuesto por una ONG debido a la falta de consultas por parte del MEM. Sin embargo, nunca se ha aplicado una categoría tan amplia y generalizada de comparadores en el contexto del trato nacional o del trato de NMF, y definitivamente no en ninguno de los casos citados por los Demandantes. En *Clayton c. Canadá* -el caso principal de los Demandantes- el tribunal limitó su análisis a tres comparadores, todos ellos proyectos de minería o canteras acompañados de exportaciones que implican rutas y terminales marítimas.¹¹⁶⁷ A diferencia de este caso, todos los proyectos en sí eran definitivamente similares entre sí.¹¹⁶⁸ En *Olin c. Libia*,¹¹⁶⁹ el demandante y los comparadores operaban en la misma industria lechera y en el mismo lugar.¹¹⁷⁰ Estos factores eran muy pertinentes para la comparación del trato nacional, ya que el trato suponía la expropiación de la fábrica y los negocios del demandante. Los Demandantes no mencionan aquí el negocio de Exmingua en relación con el de Oxec. En *Feldman c. México*,

¹¹⁶⁴ *Id.* p. 30.

¹¹⁶⁵ Constitución Política, arts. 71, 121 & 135 (C-0414).

¹¹⁶⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* (11 de junio de 2020), p. 4 (C-0145).

¹¹⁶⁷ *William Ralph Clayton*, ¶ 696 y ss (CL-0188).

¹¹⁶⁸ *William Ralph Clayton*, ¶ 697 (CL-0188) ("Un funcionario del propio Canadá señaló que los proyectos Whites Point Quarry y Belleoram eran 'muy similares'"); ídem en 699 ("Tiverton implicaba la construcción de una nueva instalación portuaria, que estaba 'justo al final del camino' de la ubicación de la cantera de Whites Point").

¹¹⁶⁹ Véase *Memorial*, ¶ 322.

¹¹⁷⁰ *Olin Hldgs.*, Laudo definitivo, ¶¶ 205-207 (CL-0150).

otro caso citado por los Demandantes, la comparación se limitó al pequeño grupo de empresas "en el negocio de la compra de cigarrillos mexicanos para la exportación".¹¹⁷¹ No se incluyó a los productores mexicanos de cigarrillos debido a las bases políticas racionales del Estado para tratar de manera diferente a los productores y a los revendedores ("por ejemplo, un mejor control de los ingresos fiscales, desalentar el contrabando, proteger los derechos de propiedad intelectual y prohibir las ventas en el mercado paralelo")¹¹⁷². En este caso existen bases de política similares.

629. Podría decirse que el caso *Occidental c. Ecuador* tenía la categoría más amplia de comparadores. El demandante en ese caso era un exportador de petróleo que afirmaba tener derecho a reintegros del IVA similares a los de otros exportadores de mercaderías. El Tribunal estuvo de acuerdo y dictaminó que la retención de tales reintegros violaba el trato nacional. Sin embargo, en este caso, los Demandantes no tienen derecho a las mismas decisiones que los demás litigantes que acuden al Tribunal Constitucional en un procedimiento de amparo. Las acciones de amparo, según el experto de los Demandantes, el Sr. Fuentes, "se consideran, conforme a la legislación de Guatemala, como un recurso procesal concebido específicamente para proteger los derechos de las personas consagrados en la Constitución y la legislación ordinaria".¹¹⁷³ La Ley de Amparo autoriza a los tribunales a ejercer cierto grado de discreción sobre las partes que se presentan ante ellos. Esta discreción no estuvo presente en el caso *Occidental*.

630. En este contexto, Oxec y Exmingua no se encuentran en circunstancias similares. Están en industrias diferentes; persiguen diferentes objetivos de política para el Estado; y el Estado y sus tribunales están autorizados a abordarlas de manera diferente según las distintas circunstancias de cada caso. Por consiguiente, el reclamo de los Demandantes debe fracasar.

ii. No hubo diferencia de trato porque el Tribunal Constitucional aplicó el mismo criterio para la suspensión

631. Incluso si Exmingua y Oxec se encontraban en "circunstancias similares", el Tribunal las trató de igual manera aplicando la misma discrecionalidad a la cuestión de la suspensión. Los Demandantes sostienen que el Tribunal sometió a Exmingua a un "criterio más oneroso"¹¹⁷⁴, pero en realidad el criterio fue el mismo. Sólo que el resultado fue diferente: la suspensión (en el caso de Exmingua) frente a la no suspensión (en el caso de Oxec). Los diferentes resultados derivados de un mismo criterio no equivalen a un trato nacional conforme al Tratado.¹¹⁷⁵

¹¹⁷¹ *Marvin Feldman*, Laudo, ¶ 172 (CL-0093).

¹¹⁷² *Marvin Feldman*, Laudo, ¶ 170 (CL-0093).

¹¹⁷³ Informe Fuentes, ¶ 83.

¹¹⁷⁴ Memorial, ¶ 325.

¹¹⁷⁵ Véase *William Ralph Clayton*, ¶ 697 (CL-0188) ("El Tribunal hace hincapié una vez más en que no excluye la posibilidad de que se hubieran podido obtener razonablemente resultados diferentes... si se hubiera aplicado el mismo criterio. Lo que es de importancia crítica aquí es que el... proyecto no recibió la aplicación esperada y legalmente exigida... de la norma evaluativa esencial [.]").

632. En el caso *William Ralph Clayton c. Canadá* -caso citado por Kappes- los demandantes argumentaron que su proyecto de cantera recibió un trato menos favorable en el proceso de evaluación ambiental. El tribunal determinó finalmente que el proyecto de los demandantes estuvo sujeto a un criterio de evaluación más oneroso.¹¹⁷⁶ Sin embargo, la cuestión decisiva no fue "si el resultado de la evaluación fue diferente", sino si el "modo y el criterio de evaluación" fueron menos favorables para los demandantes.¹¹⁷⁷ En particular, para alcanzar el nivel de trato nacional, los Demandantes debían haber sido sometidos a un criterio de evaluación diferente.¹¹⁷⁸

633. En este caso, el Tribunal Constitucional aplicó el mismo criterio. El artículo 27 de la Ley de Amparo autoriza al tribunal de amparo a ordenar una suspensión cuando, a su juicio, las circunstancias así lo aconsejen.¹¹⁷⁹ El Tribunal Constitucional tiene la misma facultad.¹¹⁸⁰ El Tribunal ejerció esta facultad discrecional en ambos casos. En primer lugar, en el caso *Oxec*, las partes habían argumentado que la suspensión generaba un obstáculo para que el Estado lograra sus objetivos energéticos, que son una cuestión de urgencia nacional, como ya se ha explicado anteriormente.¹¹⁸¹ Después de considerar todos los factores, el Tribunal decidió, a su discreción, que los proyectos hidroeléctricos podían continuar mientras se realizaban las consultas.¹¹⁸² La misma decisión se tomó en un amparo diferente en torno a un proyecto hidroeléctrico.¹¹⁸³

634. Más tarde, en el caso *Exmingua* (y en otros casos de minería como *CGN*),¹¹⁸⁴ el Tribunal articuló esta discrecionalidad, diciendo:

La realidad económica, cultural, histórica y ecológica del Estado de Guatemala requiere de sus autoridades la búsqueda permanente del equilibrio y la armonización entre elementos como el uso racional de sus recursos naturales; la promoción de proyectos de inversión orientados al desarrollo sostenible, en un clima de seguridad jurídica y paz social; el adecuado cumplimiento de sus obligaciones internacionales; y el deber ineludible de respetar y proteger los derechos

¹¹⁷⁶ *William Ralph Clayton*, ¶ 697. (CL-0188).

¹¹⁷⁷ *William Ralph Clayton*, ¶ 687. (CL-0188).

¹¹⁷⁸ *William Ralph Clayton*, ¶ 708 (CL-0188) ("No obstante, no es el resultado particular de los hechos lo que constituye la base de la conclusión en este Laudo de un trato menos favorable para el proyecto de Bilcon; es el hecho de que el JRP de Rabaska siguió la norma exigida por ley al llevar a cabo su evaluación e informar sobre ella").

¹¹⁷⁹ Véase la Ley de Amparo, artículo 27 (C-0416).

¹¹⁸⁰ Véase la Ley de Amparo, artículo 61 (C-0416) ("Decisiones contra las que se puede interponer recurso. Se podrá interponer recurso de apelación contra: sentencias de amparo; órdenes de denegación, concesión o revocación de amparo provisional; órdenes de liquidación de costas y daños y perjuicios; y órdenes de finalización del proceso"); véase también la Resolución del Tribunal Constitucional sobre el recurso de revocación del amparo provisional de 22 de abril de 2016 (17 de febrero de 2017) (C-0558).

¹¹⁸¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso Consolidado N° 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Decisión (26 de mayo de 2017), p. 23 (C-0441) (caso *Oxec*); véase también *supra* (descripción del proyecto *Oxec* en general).

¹¹⁸² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso Consolidado N° 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Decisión (26 de mayo de 2017), pp. 100-101 (C-0441) (caso *Oxec*).

¹¹⁸³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso Consolidado N° 4957-2012 y 4958-2012, Decisión (14 de septiembre de 2015) (caso *La Vega*) (R-0096).

¹¹⁸⁴ Como ya se ha señalado, la minería y la electricidad se regulan de manera diferente.

fundamentales de sus ciudadanos.¹¹⁸⁵

635. En el fallo de CGN, el Tribunal determinó que el EIA no evaluaba el impacto del proyecto en la gran mayoría de las zonas circundantes, lo que llevó al Tribunal, a su discreción, a suspender la licencia de CGN hasta que se llevaran a cabo las consultas. Asimismo, en el caso Exmingua, el Tribunal tomó nota de los graves conflictos suscitados en la zona que "han puesto en peligro la vida y la seguridad de los habitantes de los municipios afectados" y, a su discreción, mantuvo la suspensión hasta que finalizaran las consultas.¹¹⁸⁶

636. Los resultados entre los casos Oxec y Exmingua pueden haber sido diferentes, pero el criterio de evaluación fue el mismo. La diferencia se debió a las diferentes circunstancias de cada caso, sin mencionar el hecho de que los proyectos tenían objetivos diferentes (explotación de los recursos naturales frente a desarrollo sostenible). Esta cuestión de la discrecionalidad va en paralelo con el hecho de que Exmingua y Oxec no se encontraban en circunstancias similares. Así pues, por todas estas razones relacionadas, el Trato 1 fracasa.

b. El MEM siguió el mismo procedimiento tanto para Oxec como para Exmingua de acuerdo con las instrucciones del Tribunal Constitucional

637. Los Demandantes alegan que el MEM "finalizó las consultas para Oxec [en] apenas unos meses, mientras que se negó a iniciar siquiera las consultas para Exmingua".¹¹⁸⁷ Sin embargo, como Guatemala ya ha explicado, Oxec y Exmingua no estaban en "circunstancias similares", por lo que el reclamo no tiene ningún asidero. En cualquier caso, no hay una diferencia notable entre las consultas del MEM para los proyectos de Oxec y los de Exmingua. Las consultas que se desarrollarán para Exmingua se basarán en el mismo proceso sistemático de consultas realizado para Oxec, que se desarrolló siguiendo las instrucciones del Tribunal Constitucional, y el Estado está comprometido a llevar adelante los proyectos a la mayor brevedad y dentro de los plazos establecidos por la Corte de Constitucionalidad.¹¹⁸⁸

638. Los Demandantes se manifiestan en desacuerdo con los plazos de cada consulta, alegando que las consultas de Oxec comenzaron dentro de los dos meses siguientes al fallo del Tribunal, en tanto que las de Exmingua se estancaron durante "más de cuatro años".¹¹⁸⁹ Pero tal acusación es evidentemente falsa. El fallo

¹¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 697-2019, sentencia (18 de junio de 2020), p. 172 (C-0496) (caso CGN) (énfasis añadido); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* (11 de junio de 2020), p. 44 (C-0145).

¹¹⁸⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* (11 de junio de 2020), p. 77 (C-0145) ("Una ponderación de la situación inclina a este Tribunal a ordenar que el proyecto correspondiente a la licencia de explotación minera relacionada debe permanecer la situación suspenso, tal como lo ordenó el Tribunal de Amparo de primera instancia al conceder la protección provisional en su decisión de 11 de noviembre de 2015").

¹¹⁸⁷ Memorial, ¶ 328.

¹¹⁸⁸ Declaración Testimonial del Ing. Oscar Pérez, Viceministro de Desarrollo Social del Ministerio de Energía y Minas, ¶ 16.

¹¹⁸⁹ Memorial, ¶ 328.

del Tribunal respecto de Exmingua fue emitido hace seis meses, el 11 de junio de 2020,¹¹⁹⁰ y todavía no ha quedado firme. Al contrario de lo que sostienen los Demandantes, el fallo no ha quedado firme y las Autoridades del MEM ya están haciendo las gestiones para implementar el proceso de consulta, por ejemplo consultando e investigando con las comunidades en el área de Progreso VII Derivada a los fines de averiguar y entender la forma de organización del pueblo Kachiquel en el área, conforme a su cultura, idiosincracia y jerarquías ancestrales.

639. La confusión proviene del intento de los Demandantes de "poner en marcha el reloj" en diferentes puntos para Oxec y para Exmingua. Para Oxec, el reloj de los Demandantes comienza en la fecha de la sentencia definitiva del Tribunal, es decir, la fecha en que se ratificó el amparo definitivo en la apelación; para Exmingua, en cambio, el reloj de los Demandantes comienza en la fecha en que se ratificó el amparo provisional en la apelación o, alternativamente, la fecha en que el amparo definitivo fue emitido por primera vez por la Corte Suprema, antes de cualquier apelación.¹¹⁹¹ Ello sólo demuestra que inclusive para las Demandantes la decisión sobre el Amparo Provisional dictado por la CC ya fue definitiva y que el argumento de la demora, es un argumento de conveniencia para crear una supuesta violación internacional a través de una inexistente denegación de justicia.

640. La fundamentación de los Demandantes en el caso *Feldman c. México* está fuera de lugar, ya que no está del todo claro de qué manera se comparan ambos casos. En el caso *Feldman*, la mayoría del tribunal consideró que hubo discriminación cuando el Estado le concedió ciertas rebajas fiscales a una empresa de propiedad mexicana, pero privó de esas mismas rebajas a una empresa de propiedad extranjera. Notablemente, ambas decisiones diferentes eran definitivas al momento del arbitraje. En este caso, Exmingua y Oxec están sujetas al mismo tipo de decisión, que ordena al MEM llevar a cabo el mismo proceso de consulta. La única diferencia es que el caso de Exmingua aún no ha terminado.

641. Dadas las circunstancias, este reclamo es prematuro, al igual que los reclamos en el caso *Enkev Beheer c. Polonia*. En dicho caso, el demandante Enkev alegó expropiación basada en el plan de Polonia de expropiar sus bienes, pero el Tribunal sostuvo que no se había producido expropiación alguna porque los bienes en cuestión aún no habían sido expropiados.¹¹⁹² En otro caso similar, *Achmea c. Eslovaquia (II)*, el tribunal dictaminó que el tratado aún no había sido violado porque la legislación expropiatoria aún no había sido aprobada por la legislatura.¹¹⁹³

¹¹⁹⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* (11 de junio de 2020) (C-0145).

¹¹⁹¹ Memorial, ¶¶ 328, 805.

¹¹⁹² *Enkev Beheer BV c. Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo parcial (29 de abril de 2014), ¶ 339 (RL-0249).

¹¹⁹³ *Achmea B.V. c. Eslovaquia*, CPA Caso No. 2013-12, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad (20 de mayo de 2014), ¶ 236 (RL-0250) (en el que se dictaminó que la "línea de casos es unánime al sostener que una demanda de expropiación es demasiado hipotética y, por lo tanto, prematura mientras no se haya producido ninguna toma").

c. *El Tribunal Constitucional no impuso una condición adicional a Exmingua*

i. *Exmingua no está en circunstancias similares con Minera San Rafael ni con CGN.*

642. Exmingua no está en circunstancias similares con Minera San Rafael ni con CGN porque el tamaño y el impacto de cada mina es dramáticamente diferente. El tamaño y el impacto son importantes cuando se trata de circunstancias similares. En el caso *Renee Rose c. Perú*, el demandante pretendió ubicar a su pequeño Banco Nuevo Mundo (BNM), de propiedad privada, en la misma categoría que los principales bancos del Perú -Banco de Crédito del Perú (BCP) y Banco Wiese- argumentando que los bancos estaban en el mismo sector financiero.¹¹⁹⁴ Sin embargo, el tribunal rechazó esa comparación por ser demasiado general,¹¹⁹⁵ optando en cambio por considerar "el segmento y la cantidad de personas afectadas [por cada banco], su cuota de mercado y otros factores similares".¹¹⁹⁶ Los reclamos de trato nacional fueron finalmente rechazados.¹¹⁹⁷

643. En este caso, la licencia de explotación minera de Exmingua, Progreso VII, fue concedida con base en un EIA elaborado sobre el límite de 150 toneladas de materia prima por día (tpd). El proyecto empleaba a 94 empleados y hacía limitados aportes a la comunidad¹¹⁹⁸. En cambio, la Mina Escobal (Minera San Rafael) era treinta veces más grande que Progreso VII, procesaba 4.500 toneladas de materia prima por día y empleaba a más de 7.600 personas, el 99% de las cuales son de Guatemala.¹¹⁹⁹

644. La mina de níquel Fénix (CGN) era igual de grande. En 2007, la mina tenía previsto procesar 1.464 millones de toneladas de materia prima al año, es decir, aproximadamente 4.010 toneladas al día.¹²⁰⁰ Además, CGN invirtió millones de dólares en proyectos de apoyo a la comunidad en los ámbitos de la educación y el empleo, la atención sanitaria, la infraestructura y el medio ambiente. Algunos de los proyectos más notables fueron los centros de alfabetización para adultos, una política de empleo que paga a los trabajadores locales por encima del salario mínimo, clínicas médicas gratuitas, reservas naturales y mejora de caminos.¹²⁰¹

645. Exmingua no estaba ni de lejos tan involucrada en la comunidad local como Minera San Rafael o CGN. Mientras CGN invirtió cientos de millones en clínicas médicas y centros de alfabetización, Exmingua invirtió un par de miles de dólares en "oportunidades únicas y limitadas" como premios de rifas y obsequios

¹¹⁹⁴ *Renee Rose c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo (26 de febrero de 2014), ¶¶ 398-99 (**RL-0251**).

¹¹⁹⁵ *Renee Rose c. Perú*, ¶400. (**RL-0251**)

¹¹⁹⁶ *Renee Rose c. Perú*, ¶397. (**RL-0251**)

¹¹⁹⁷ *Id.* ¶ 398. Específicamente, el tribunal determinó que "el BCP era el primer banco y el Banco Wiese el segundo del Perú hasta noviembre de 2000 y juntos representaban el 44% de los préstamos en este país y el 51% de los depósitos. En cambio, el BNM tenía el 4 por ciento de los préstamos y el 2 por ciento de los depósitos hasta noviembre de 2000.595 ...Perú también afirmó que el Banco Latino no se diferenciaba tanto del BNM en cuanto a tamaño sino en cuanto a su amplia red de depositantes individuales, lo que no era el caso del BNM, cuya clientela estaba compuesta principalmente por empresas, otros bancos y empresas estatales". Estos elementos fueron convincentes para el Tribunal. (**RL-0251**).

¹¹⁹⁸ EIA, p. 23 (**C-0082**).

¹¹⁹⁹ *Escobal*, Pan American Silver (**C-0210**).

¹²⁰⁰ Hudbay Minerals, Inc., Reporte Técnico sobre actualizaciones del Proyecto Fenix (15 de septiembre de 2007), p. 15 (**R-0159**).

¹²⁰¹ *Hudbay*, Los Hechos: CGN y Hudbay en Guatemala (sin fecha), pp. 8-10 (**R-0159**).

de comida.¹²⁰² Las comunidades que rodeaban las minas Escobal y Fénix dependían mucho más de los beneficios proporcionados por Minera San Rafael y CGN que las comunidades que rodeaban a Progreso VII. Había mucho más en juego en los casos de Escobal y Fénix, y el Tribunal en el caso CGN reconoció lo que estaba en juego.

ii. El Tribunal aplicó el mismo estándar a cada proyecto.

646. El trato 2 también fracasa porque no hubo diferencia de trato entre Exmingua y los otros tres proyectos. El Tribunal aplicó el mismo estándar a cada uno de ellos, y no hubo ninguna "condición adicional, onerosa, subjetiva e incierta" impuesta a Exmingua. El propósito de las consultas en todos los proyectos es proteger a los pueblos indígenas, su tierra y su cultura. Cada una de las cuatro decisiones del Tribunal lo deja muy claro. En la decisión sobre Oxec, el Tribunal señaló:

los gobiernos deben consultar a los pueblos afectados, mediante procedimientos apropiados, de buena fe y a través de los representantes de sus instituciones, siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, a fin de llegar a un acuerdo o de obtener su consentimiento [artículo 6, numerales 1 y 2]; especialmente cuando se trate de proyectos de explotación de recursos naturales [Artículo 15]".¹²⁰³

647. En la decisión sobre Minera San Rafael el Tribunal continuó:

La Comisión [Interamericana] ha sido enfática al afirmar que la disposición de que los Estados cumplan con la consulta a los pueblos indígenas, cuando se prevean medidas que puedan afectarlos, tiende a preservar la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales, de acuerdo con sus formas de vida ancestrales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió que la supervivencia de los pueblos indígenas no se identifica con la mera subsistencia física, sino que debe entenderse como la capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio, de manera que puedan seguir viviendo su forma de vida tradicional y que se respete, garantice y proteja su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.

En similar sentido, la Comisión describe que el término supervivencia no sólo se refiere a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de cada uno de los miembros de esos pueblos, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la relación continua de los pueblos indígenas con su cultura y territorio.¹²⁰⁴

648. El mismo punto se planteó en la decisión sobre la Exmingua:

las salvaguardas que exigen que los Estados consulten a los pueblos indígenas siempre que prevean adoptar medidas que puedan afectar a dichos pueblos tienen por objeto garantizar su supervivencia como pueblos indígenas o tribales, de conformidad con sus formas de vida ancestrales. En esa decisión se mencionaba también que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la supervivencia de los pueblos indígenas no está relacionada únicamente con su supervivencia física, sino que debe entenderse más bien como la capacidad de preservar, proteger y garantizar la especial relación que mantienen con su territorio, de modo que puedan seguir viviendo su forma de vida tradicional y que se respeten, garanticen y protejan su identidad cultural distintiva, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, creencias y tradiciones. La supervivencia no se refiere únicamente a la obligación del Estado

¹²⁰² Informe SRL, ¶ 142.

¹²⁰³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso Consolidado N° 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Decisión de 26 de mayo de 2017, p. 43 (C-0441) (caso *Oxec*).

¹²⁰⁴ Corte de Constitucionalidad, Caso No. 4785-2017 (caso *Minera San Rafael*), Decisión de 3 de septiembre de 2018, pp. 267-68 (C-0459).

de garantizar el derecho a la vida de cada uno de los miembros de esos pueblos, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar la continuidad de la relación de los pueblos indígenas con su cultura y su tierra.¹²⁰⁵

649. Por último, en la decisión de *CGN*, el Tribunal dijo:

El cumplimiento de esta obligación exige la adopción de las medidas necesarias para proteger el hábitat de las comunidades indígenas del deterioro ecológico como consecuencia de las actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, forestales y otras actividades económicas, así como de las consecuencias de los proyectos de infraestructura, dado que dicho deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en materia de alimentos, agua y actividades económicas, espirituales o culturales. Al adoptar tales medidas, los Estados deben hacer "especial hincapié en la protección de los bosques y las aguas, que son esenciales para su salud y supervivencia como comunidades".¹²⁰⁶

650. El objetivo de las consultas abordadas en los casos anteriores es que el Estado y las comunidades indígenas lleguen a un acuerdo y adopten las medidas necesarias para proteger la supervivencia de las comunidades locales. La condición adicional de la que se queja Exmingua - "que se determine que las operaciones no habrían de amenazar la existencia de la población indígena"- ha sido siempre un resultado necesario de cada consulta. El Tribunal no añadió nada nuevo en el caso de Exmingua. Dado que la condición ha estado presente en cada decisión (aplicación general), los Demandantes no han podido probar que fueron tratados de manera desfavorable.

d. El trato 3 fracasa por falta de circunstancias similares y porque el Tribunal decidió los casos de manera eficiente y no discriminatoria

651. Los Demandantes alegan que los tribunales prolongaron los procedimientos de amparo de Exmingua durante mucho más tiempo que los de Oxec, Minera San Rafael y CGN. Una vez más, Oxec no es un comparador adecuado porque Exmingua y Oxec no pertenecen al mismo sector empresarial ni normativo. Minera San Rafael y CGN no son comparadores apropiados debido a la drástica diferencia en el tamaño y el impacto de los proyectos. De todos modos, el trato se aborda a continuación.

652. Para empezar, cabe señalar que el Tribunal Constitucional no está obligado a atender los recursos por orden de llegada. No existe nada así en la legislación guatemalteca. Tampoco existe ninguna protección de este tipo en el derecho internacional. Como se ha explicado anteriormente, los tribunales nacionales, como prolongación del Estado, sólo están obligados a garantizar que no se niegue el acceso a la justicia. Los tribunales son libres de administrar dicha justicia en el orden que consideren oportuno. Ciertamente, pueden escoger qué casos resolver primero, especialmente cuando la finalidad de cada procedimiento es proteger los derechos de terceros, es decir, de los pueblos indígenas, y administrar justicia conforme a las exigencias de un

¹²⁰⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo defintivo* del 11 de junio de 2020, pp. 43-44 (C-0145).

¹²⁰⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 697-2019 (caso *CGN*), sentencia de 18 de junio de 2020, p. 265 (C-0496).

Estado de Derecho.¹²⁰⁷

653. A la luz de lo anterior, los Demandantes no han satisfecho el criterio de trato nacional. Como recordará el Tribunal, los Demandantes deben demostrar algún tipo de trato desfavorable por parte del Estado. En *Clayton c. Canadá*, se determinó que el criterio de evaluación era desfavorable en comparación con otros proyectos de canteras/marítimos. En *Feldman*, la retención de los reembolsos de impuestos se consideró desfavorable en comparación con otros revendedores. En *Occidental*, la retención de los reintegros del IVA se consideró desfavorable en comparación con otros exportadores. Y en *Olin*, la amenaza de expropiación se consideró desfavorable en comparación con otras fábricas.

654. Aquí, el caso de Exmingua se decidió igual que todos los demás comparadores. Y al igual que todos los demás comparadores mineros (Minera San Rafael y CGN), Exmingua puede continuar sus operaciones una vez que se hayan realizado las consultas. El hecho de que el Tribunal optara por tratar un caso antes que el otro –en primer lugar, el caso de Minera San Rafael en una decisión de más de 500 páginas, seguido por el caso de CGN en una decisión de más de 250 páginas, y luego el caso de Exmingua en una decisión de más de 90 páginas- no significa que Exmingua haya sido tratada de manera desfavorable. Sugiere más bien que el Tribunal administró la justicia de una manera eficiente (y no discriminatoria). Asimismo, como explicó la CC, en el caso de Minera San Rafael había dos comunidades en pugna, una a favor del proyecto minero y la otra en contra, y la pelea se trasladó a pleno centro de la Ciudad de Guatemala, frente a la Corte Constitucional, poniéndose en riesgo la paz y armonía social, la salud de los manifestantes y de otros ciudadanos en general. Ambos grupos acamparon por más de 8 meses frente al edificio de la Corte. Esta situación creaba una crisis y una emergencia que por sí misma requería cierta urgencia en el tratamiento para destrabar este conflicto social que afectaba a propios y extraños.

655. Es más, las propias acciones de Exmingua, como se explicó más arriba, también contribuyeron a las demoras en su propio caso. A diferencia de los otros comparadores, Exmingua fue muy activa en los tribunales, presentando diferentes amparos contra diferentes actores estatales y locales, todos los cuales tenían su propia y única historia procesal, y todos los cuales seguramente tuvieron un impacto en los plazos de la decisión final. Por ejemplo, un grupo de trabajadores de Exmingua inició un procedimiento de amparo contra el MEM por su supuesta falta de realización de las consultas de acuerdo con la orden original de la Corte Suprema en el primer procedimiento iniciado por CALAS. La Corte Suprema suspendió el procedimiento, después de lo cual Exmingua apeló la sentencia ante el Tribunal Constitucional (en paralelo con su apelación del procedimiento de amparo original). El Tribunal Constitucional ratificó la suspensión mientras el primer recurso estaba aún pendiente.¹²⁰⁸ Exmingua inició otro amparo contra el MEM por suspender la licencia de explotación de

¹²⁰⁷ Informe Fuentes, ¶ 83.

¹²⁰⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 3252-2017, sentencia de 21 de agosto de 2017 (R-0133).

Exmingua. Una vez más, la Corte Suprema suspendió el procedimiento, lo que llevó a Exmingua a recurrir de nuevo la suspensión en paralelo con los demás recursos. Una vez más, el Tribunal Constitucional ratificó la suspensión.¹²⁰⁹

3) Los Demandantes no han establecido ningún reclamo por trato de NMF

656. Como se mencionó en la parte introductoria de esta Sección, los Demandantes no articulan ningún reclamo específico de trato de NMF. Afirman, en apenas dos frases, estar en circunstancias similares con PSA y Solway, las supuestas empresas matrices de Minera San Rafael y CGN.¹²¹⁰ Pero el reclamo finaliza ahí. Los Demandantes no articulan ningún trato específico contra PSA o Solway; no hacen comparaciones entre la participación de los Demandantes en Exmingua (la inversión) y los tipos de inversiones hechas por PSA o Solway; ni siquiera proporcionan pruebas de que PSA sea la empresa matriz de Minera San Rafael.¹²¹¹

657. Tales omisiones resultan fatales porque la carga de la prueba recae sobre los Demandantes para demostrar las circunstancias similares y la discriminación basada en la nacionalidad. El tribunal del caso *William Ralph Clayton c. Canadá* llegó a esta misma conclusión. Los Demandantes habían argumentado tanto el trato nacional como el trato de NMF, e incluso identificaron comparadores para ambos reclamos, pero, como en este caso, dedicaron apenas una pequeña parte de sus alegatos al reclamo de trato de NMF.¹²¹² "En vista de la limitada información proporcionada", entre otras razones, el Tribunal desestimó los reclamos relativos al trato de NMF.¹²¹³ El mismo resultado debería producirse aquí.

658. De todos modos, los reclamos no especificados fracasarían por las razones ya expuestas. En primer lugar, Guatemala se ha reservado el derecho, de conformidad con el Anexo II del Tratado, de tratar a los inversores suizos (Solway) de manera diferente que a los inversores estadounidenses (Demandantes).¹²¹⁴ Por lo tanto, cualquier comparación entre los Demandantes (como accionistas de Exmingua) y Solway (como supuesto accionista de CGN) no viola el Tratado.

4) No existen pruebas de discriminación basada en la nacionalidad contra los Demandantes.

659. Cada uno de los reclamos anteriores se dirigen específicamente a Exmingua, y no a los Demandantes.

¹²⁰⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 6095-2017, sentencia de 19 de febrero de 2018 (**R-0135**).

¹²¹⁰ Memorial, ¶323 ("Por estas mismas razones, los Demandantes también se encuentran en "circunstancias similares" con los inversores que poseen o controlan cada uno de estos proyectos. Como también se ha señalado anteriormente, los proyectos de Oxec son propiedad o están controlados por nacionales guatemaltecos, mientras que los proyectos de Minera San Rafael y CGN son propiedad o están controlados por nacionales de terceros, a saber, el Canadá y Suiza, respectivamente").

¹²¹¹ Véase Memorial, ¶ 111 ("El caso de Minera San Rafael se refiere a una gran mina de plata explotada y desarrollada por Minera San Rafael, S.A., la filial guatemalteca de Tahoe Resources (de Canadá) (actualmente propiedad de Pan American Silver Corp. de Canadá)") (no se han presentado pruebas).

¹²¹² *William Ralph Clayton*, ¶728-29 (**CL-0188**).

¹²¹³ *Id.* ¶ 730.

¹²¹⁴ Véase la sección V.D.1, *supra*.

La distinción es importante porque cualquier trato desfavorable debe demostrar (o al menos inferir) la discriminación basada en la nacionalidad.¹²¹⁵ Esta es una parte crucial de la norma pasada por alto en el Memorial de Demanda. El trato nacional y el trato de NMF se basan en la proscripción del derecho internacional contra la discriminación basada en la nacionalidad.¹²¹⁶ Por lo tanto, debe haber algún indicio de tal tipo de discriminación por parte del Estado, aunque sea inferida.¹²¹⁷

660. En este caso, los tratos alegados sólo se dirigen a las entidades guatemaltecas; y no hay pruebas de que el Tribunal o el MEM hayan tenido la intención de discriminar a los Demandantes (o a los demás accionistas extranjeros). Si bien la intención puede no ser determinante, sigue siendo pertinente;¹²¹⁸ y el hecho de que los Demandantes no fueran objeto de ningún trato por parte de Guatemala, unido al hecho de que Exmingua y las demás entidades comparten la misma nacionalidad, sugiere que no hubo discriminación basada en la nacionalidad.

661. El tribunal del caso *GAMI c. México* llegó a esta misma conclusión. La cuestión era si México discriminaba al demandante (accionistas estadounidenses de empresas mexicanas) expropiando los ingenios azucareros de las empresas, en tanto que otros ingenios azucareros no fueron expropiados. El tribunal descartó la idea de que el trato diferencial por sí solo violaba la norma de trato nacional.¹²¹⁹ México había expropiado los ingenios del demandante porque estaban funcionando a pérdida, medida que estaba "plausiblemente relacionada con un objetivo de política legítimo" y no exhibía ningún signo de trato discriminatorio.¹²²⁰

¹²¹⁵ ANDREA K. BJORKLUND, *THE NATIONAL TREATMENT OBLIGATION IN ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES* (2D 2018), p. 549 (RL-0289).

¹²¹⁶ *Trato Nacional*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV) (1999), p. 6 (RL-0290) ("[T] la norma representa una de las doctrinas de derecho internacional que compiten por el trato de la persona y los bienes de los extranjeros, que se ha dado a conocer como la "doctrina Calvo". En virtud de esta doctrina, que fue apoyada especialmente por los países latinoamericanos, los extranjeros y sus bienes sólo tienen derecho al mismo trato que se concede a los nacionales del país anfitrión en virtud de su legislación nacional").

¹²¹⁷ Trato nacional, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. IV) (1999), p. 8 (RL-0252) ("ninguna medida gubernamental debe favorecer indebidamente a los inversores nacionales"); *Mercer International Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB (AF)/12/3, Laudo (6 de marzo de 2018), ¶ 7.7 (RL-0247) ("aceptando" las posiciones de los Estados Unidos y México en el sentido de que las obligaciones de trato nacional y de nación más favorecida tienen por objeto impedir la discriminación por motivos de nacionalidad); *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Laudo arbitral (25 de noviembre de 2015), ¶ 7.163 (RL-0253) (en el que se denegaron las solicitudes de trato nacional porque "no había pruebas de hecho de que ningún comportamiento pertinente de MVM, la Oficina de Energía Eléctrica o el Gobierno húngaro (incluidos sus ministros) estuviera motivado por una discriminación nacional o de otro tipo [...]").

¹²¹⁸ *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 254 (CL-0104.); *The Loewen Group*, ¶ 139 (CL-0170) ("El artículo 1102 [trato nacional] está dirigido únicamente a la discriminación basada en la nacionalidad y que proscribire únicamente los indicios demostrables y significativos de parcialidad y prejuicio por razón de la nacionalidad [...]").

¹²¹⁹ *GAMI Investments*, ¶ 114 (CL-0036).

¹²²⁰ *Id.* ¶ 115 ("No es concebible que una empresa mexicana adquiriera el derecho a las protecciones antidiscriminatorias del derecho internacional por el mero hecho de que un extranjero compre una parte de la misma"); véase también *United Parcel*, ¶¶ 175, 177 (CL-0037) (en el que se determinó que la utilización por parte de Canadá de un servicio de correos

662. En este caso, como en el de *GAMI*, los Demandantes son accionistas de una entidad guatemalteca. El Tribunal y el MEM trataron a Exmingua como una entidad guatemalteca, de la misma manera que trataron a Oxec, Minera San Rafael y CGN como entidades guatemaltecas. Si bien esos tratos pueden haber variado en los márgenes (que se examinan en mayor detalle más adelante), ninguno de los tratos estuvo motivado por la nacionalidad del accionista de cada entidad. Tomando prestada una frase de la decisión de *GAMI*: "No es concebible que una sociedad [guatemalteca] adquiera el derecho a las protecciones antidiscriminatorias del derecho internacional por el mero hecho de que un extranjero compre una parte de la misma."¹²²¹

e. Tampoco existe ningún fundamento para inferir o presumir la discriminación basada en la nacionalidad porque todos los tratos alegados se basaron en "políticas gubernamentales racionales".

663. A falta de pruebas de discriminación basada en la nacionalidad, los tribunales pueden aún inferir o presumir la discriminación basada en la nacionalidad cuando los tratos alegados no tienen ningún nexo con políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias.¹²²² Dicho de otro modo, el Estado puede defender sus acciones -suponiendo que se cumpla la norma de trato nacional/de NMF- vinculándolas a políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias. El tribunal del caso *Pope & Talbot c. Canadá* describió esta presunción en el contexto del TLCAN:

Las diferencias de trato violarán presuntamente el Artículo 1102(2), a menos que tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que: 1) no distingan, a primera vista o de hecho, entre empresas de propiedad extranjera y empresas nacionales, y 2) no socaven de otro modo indebidamente los objetivos de liberalización de las inversiones del TLCAN.

664. De todos modos, en este caso, todo trato alegado está directamente relacionado con el intento de Guatemala de proteger los derechos de su propia población indígena. El Trato 1 se refiere a la suspensión de la licencia de Exmingua mientras se llevan a cabo las consultas. El Tribunal ordenó la suspensión para dar "prioridad" a los "derechos a la vida y a la integridad de los pueblos indígenas y tribales".¹²²³ El Trato 2 no difiere del primero. Las condiciones impuestas a las consultas de Exmingua tenían por objeto, en palabras de los propios Demandantes, garantizar que "las operaciones no amenazaran la existencia de la población indígena en las cercanías del proyecto minero".¹²²⁴ El Trato 3 se refiere a los plazos de la decisión del Tribunal; y el

radicado en Canadá para garantizar la distribución más amplia posible a los canadienses no "entrañaba ninguna discriminación basada en la nacionalidad"); *South American Silver Limited (Bermudas) c. Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018), ¶ 721 (RL-0053).

¹²²¹ *GAMI Investments*, ¶115 (CL-0036).

¹²²² *Pope & Talbot c. Canadá*, Caso CNUDMI, Laudo sobre el fondo de la etapa 2 (10 de abril de 2001) ¶ 78 (CL-0116); Véase también ANDREA K. Bjorklund, *The National Treatment Obligation in Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (2d 2018), p. 532-33 (RL-0289) ("A falta de un fundamento legítimo para la discriminación entre inversores en circunstancias similares, el tribunal presumirá -o al menos inferirá- que el trato diferenciado fue producto de la nacionalidad del demandante").

¹²²³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, sentencia que confirma *amparo definitivo* del 11 de junio de 2020, p. 63 (C-0145).

¹²²⁴ Memorial, ¶ 326.

Trato 4 se refiere a los plazos de las consultas del MEM. En ambos casos, el tiempo se dedicó a asegurar que los derechos de los pueblos indígenas estuvieran plenamente protegidos, ya sea por una decisión judicial bien elaborada, que estableciera las instrucciones a seguir por el MEM, o por el seguimiento de tales instrucciones por parte del MEM.

665. Además, esta política de protección de los derechos de los pueblos indígenas no distingue entre empresas de propiedad extranjera o empresas nacionales. Tampoco socava los "objetivos de liberalización de las inversiones" del Tratado. Por consiguiente, incluso si i) el Tribunal llegara a la conclusión de que las reservas mencionadas no son aplicables, e incluso si ii) el Tribunal llegara a la conclusión de que los Demandantes han satisfecho las normas de trato nacional y de trato de NMF, las demandas seguirían sin prosperar porque todas las acciones de Guatemala se llevaron a cabo en aras de políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias.

VII. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS MINEROS PROGRESO VII Y SANTA MARGARITA

666. Guatemala analiza en esta sección aspectos que han sido reconocidos como esenciales por la minería internacional, y que son grandes interrogantes en el proyecto de Exmingua. Comenzamos con la falta de licencia social, las tensiones provocadas por los Demandantes y agravadas por sus acciones desde 2012, seguido de un análisis de las tergiversaciones y omisiones contenidas en el EIA y el incumplimiento de la ley por Exmingua, para continuar con el Plan LOM, que es deficiente desde sus premisas hasta su conclusión, y concluir con la supuesta oportunidad de exploración y su teoría del valor, que resulta desconectada de cualquier valoración razonable.

A. Cualquier valor atribuido a la inversión debe reducirse como resultado del conflicto existente entre los Demandantes y las comunidades afectadas por el Proyecto.

667. Guatemala está todavía en proceso de recuperación del movimiento armado, que marcó su historia durante las últimas cuatro décadas del siglo pasado, pero esto no ha sido un obstáculo a la inversión privada. El sector minero ha crecido y se ha expandido, y los inversionistas privados en minería han logrado en muchas oportunidades una relación positiva con las comunidades afectadas. Esto no es algo particular de Guatemala. En varios países del mundo, empresas mineras serias han desarrollado relaciones mutuamente beneficiosas con sus vecinos, siguiendo "*best practices*" mundiales. Los Demandantes nunca tuvieron esa intención y perdieron la oportunidad de obtener y mantener su licencia social.

668. Los Demandantes sostienen que obtuvieron licencia social para el proyecto porque consultaron a las comunidades afectadas entre enero y febrero 2010 y ninguna de ellas presentó objeción durante el plazo prescrito en la ley.¹²²⁵ Pero este proceso de consulta fue defectuoso y los Demandantes no instituyeron los

¹²²⁵ Notificación de Arbitraje ¶ 5.

elementos básicos para asegurar que las consultas fueran efectivas. La licencia social es uno de los aspectos más fundamentales de un proyecto minero exitoso, y donde las empresas mineras subestiman a las comunidades o tratan de forzarlas a aceptar, el resultado es una oposición intransigente, a menudo tan fuerte como para detener el proyecto, independientemente de los beneficios que el proyecto supuestamente fuera a proporcionar. En esta sección, Guatemala describe el significado de licencia social, detallando los métodos para obtenerla y mantenerla, y demuestra que los Demandantes no lograron adquirir una licencia social ni intentaron mitigar el conflicto social que siguió al comienzo de la actividad minera en Progreso VII.

1) La importancia de la licencia social para proyectos mineros

669. La receta principal para evitar los conflictos sociales en relación con proyectos de explotación de recursos naturales es obtener una licencia social mediante un compromiso con las personas y comunidades afectadas que rodean un proyecto.¹²²⁶ Cuando una empresa no puede lograr la aceptación social, ello conlleva importantes consecuencias financieras y de reputación que pueden hacer que un proyecto sea inviable.

670. El Consejo de Minerales de Australia ha definido la "Licencia Social" y sus riesgos como:

[U]n contrato social no escrito. A menos que una empresa obtenga la licencia y la mantenga sobre la base de un buen desempeño en el terreno y la confianza de la comunidad, indudablemente habrá implicaciones negativas. Las comunidades pueden buscar bloquear el desarrollo de proyectos; los empleados pueden optar por trabajar para una empresa que sea un mejor ciudadano corporativo; y los proyectos pueden estar sujetos a desafíos legales continuos, incluso después de que se hayan obtenido los permisos reglamentarios, lo que podría detener el desarrollo del proyecto.¹²²⁷

671. El logro de la licencia social para operar ("LSO") se ha caracterizado por los "intentos de las empresas de lograr la aceptación de las actividades mineras por parte de las comunidades locales involucradas, con el fin de generar confianza pública en sus actividades y prevenir conflictos sociales".¹²²⁸ Los incentivos financieros para lograr una licencia social y los riesgos para la reputación de no hacerlo, giran "en gran medida en torno a los costos incurridos como resultado del conflicto social que surge de una participación comunitaria deficiente o infructuosa, incluida la pérdida de producción y los impactos en los precios de las acciones de las empresas que cotizan en bolsa".¹²²⁹

672. La industria minera ha reconocido la importancia de la licencia social y el término en sí se acuñó por primera vez en relación con las industrias extractivas y generalmente se le ha denominado "licencia social para operar" o "LSO".¹²³⁰ En relación a ello, a mediados y finales de la década de 1990, la industria minera reconoció

¹²²⁶ Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003) (R-0160).

¹²²⁷ Consejo de Minerales de Australia, *Valor Perdurable, El marco de Desarrollo sostenible de la industria minera de Australia (Guía de Implementación)* (2005), p. 2. (R-0161)

¹²²⁸ Centro de Columbia sobre Inversión Sostenible, *Consentimiento libre, previo e informado: abordar las realidades políticas para mejorar el impacto* (octubre de 2020), p. 18 (R-0162).

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ Mihaela-Maria Barnes, *The Social License to Operate: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals*, *Journal of International Dispute Settlement* (2019) (R-0072).

que se enfrentaba a una crisis debida al creciente malestar de la comunidad y la oposición pública más amplia, que amenazaban la viabilidad de la industria.¹²³¹ Un pequeño grupo de directores ejecutivos de empresas mineras inició la Iniciativa Global de Minería que buscaba, entre otras cosas, instituir una "reforma interna".¹²³² Esto finalmente dio lugar a la creación del Consejo Internacional de Minería y Metales ("CIMM") en 2001.¹²³³

673. El CIMM adoptó 10 principios rectores para la reforma y, a lo largo de los años, ha publicado declaraciones de posición que buscan desarrollar y fortalecer estos principios básicos, e incluyen expectativas de desempeño social y ambiental.¹²³⁴ Los miembros del CIMM, que incluyen algunas de las mayores empresas mineras y miembros de asociaciones de productos básicos, se comprometen a través de su membresía a implementar los marcos de desarrollo sostenible del CIMM.¹²³⁵ Esto incluye el compromiso de implementar los 10 principios de desarrollo sostenido.¹²³⁶ Con el fin de llevar a cabo estos principios, el CIMM ha desarrollado una serie de declaraciones de posición destinadas a elaborar más detalladamente el enfoque que sus miembros deben abordar en cuestiones particulares.¹²³⁷ Las Declaraciones de Posición son vinculantes para los miembros del CIMM, lo que los obliga a incorporarlas en sus prácticas operativas.¹²³⁸

674. A través del principio de desempeño social, el CIMM ha enfatizado específicamente la búsqueda de una participación adecuada de las partes interesadas locales, así como el apoyo al desarrollo comunitario y las oportunidades económicas locales. En 2008, el CIMM reconoció la importancia de una relación constructiva entre la industria minera y los pueblos indígenas, y emitió una Declaración de Posición para profundizar en sus principios de desempeño social.¹²³⁹ Como se menciona en la declaración de posición de 2008, “los miembros del CIMM creen que los proyectos mineros y metálicos exitosos requieren el amplio apoyo de las comunidades en las que operan, incluidos los pueblos indígenas, desde la exploración hasta el cierre”.¹²⁴⁰ Entre otros compromisos, los miembros del CIMM asumen la obligación de “comprometerse y consultar con los pueblos indígenas de manera justa, oportuna y culturalmente apropiada durante todo el ciclo del proyecto” y “buscar un acuerdo con los pueblos indígenas y otras comunidades afectadas sobre programas para generar beneficios netos ...”.¹²⁴¹

675. El CIMM ha reconocido a la licencia social como uno de los principales riesgos comerciales que

¹²³¹ CIMM, “Nuestra Historia” (accesible a través de <https://www.ICMM.com/en-gb/about-us/annual-reviews/our-history>) (consultado el 4 de diciembre de 2020) (R-0163).

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ Informe SLR, ¶ 96.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ Véase CIMM, Declaración de Posición: Minería y Pueblos Indígenas (mayo 2008), p. 1 (R-0156)

¹²³⁷ *Ibid.*, p. 2.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ (R-0164)

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ *Ibid.* p. 3.

enfrenta un proyecto minero.¹²⁴² La falta de apoyo de la comunidad puede causar paros laborales, retrasos en la producción, y complicaciones el proceso de permisos legales (incluidas las autorizaciones ambientales), todos los cuales afectan la facilidad con la que una operación minera puede establecerse y operar.¹²⁴³

676. Estos no son problemas teóricos. En la práctica, problemas de licencia social han provocado que muchos proyectos mineros importantes, particularmente en América Latina, detengan sus operaciones o abandonen por completo sus proyectos mineros. Así, Newmont Mining Company se vio obligada a abandonar finalmente su mina Conga, un proyecto de cobre y oro supuestamente de 5 mil millones de dólares ubicado en el norte de Perú, luego de violentas protestas y disturbios sociales, que comenzaron en noviembre de 2011.¹²⁴⁴ Casi una década antes, Newmont enfrentó desafíos similares con respecto al proyecto Cerro Quilish en la misma región. Después de una fuerte oposición social, Newmont retiró sus actividades de exploración en esa área.¹²⁴⁵

677. El resto del mundo no ha sido inmune al riesgo de fallas de proyectos mineros como resultado de conflictos sociales. El desarrollo de proyectos mineros desde Papúa Nueva Guinea¹²⁴⁶ hasta Ecuador¹²⁴⁷ se ha visto afectado por conflictos sociales, lo que ha llevado en muchos casos al retiro de autorizaciones gubernamentales, el abandono de las operaciones mineras, o años de litigio que provocan retrasos en cualquier desarrollo. En Perú –una jurisdicción considerada amiga de la minería–, proyectos mineros por valor de USD 21 mil millones se retrasaron debido al conflicto social.¹²⁴⁸ Algunos de los proyectos mineros notables que fueron impactados negativamente por el conflicto social se destacan en el Anexo C de este Memorial de Contestación.

¹²⁴²Presentación de CIMM, *Orientación del CIMM sobre la medición del Apoyo Comunitario (R-0165)*. En 2020, la licencia para operar sigue siendo el riesgo número uno que enfrenta un proyecto minero por segundo año consecutivo según Ernst & Young, disponible en https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/fr_fr/topics/mining-metals/ey-mm-business-risks-and-opportunities-2021.pdf.

¹²⁴³ Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003), p. 5 (R-0160).

¹²⁴⁴ *Oposición de la comunidad forzó a Newmont abandonar su Proyecto Conga en Peru*, MINING.COM (18 de abril de 2016) (R-0166)

¹²⁴⁵ *La Minera Yanacocha de Newmont se da por vencida en la mina Quilish en Peru*, MAC: Mining and Communities (5 de noviembre de 2004), accesible vía <http://www.minesandcommunities.org/article.php?a=5863> (consultado el 4 de diciembre de 2020) (R-0167)

¹²⁴⁶ Página Web de Barrick, Operaciones, Porgera, accesible vía <https://www.barrick.com/English/operations/porgera/default.aspx> (consultado el 4 de diciembre de 2020) (R-0168) (Citando preocupaciones ambientales y sociales, el gobierno de Papúa Nueva Guinea había decidido inicialmente no renovar el contrato de explotación minera de Barrick en la mina Porgera). *Barrick seguirá siendo el operador de la mina de oro Porgera de Papúa Nueva Guinea*, Mining Technology (16 de octubre de 2020) (R-0169) (Un acuerdo reciente muestra que el gobierno negoció una participación mayor en el proyecto al tiempo que permitió que la empresa conjunta de Barrick continuara sus operaciones).

¹²⁴⁷ El Proyecto de Copper Mesa fue finalmente cerrado por el gobierno de Ecuador debido a conflictividad social. *Veáse Ecuador: Se acabó para Copper Mesa Mining Corp. en Intag – Copper Mesa pierde la concesión clave en Intag*, MAC: Mines and Communities (noviembre de 11 de 2008).

¹²⁴⁸ Más de \$ 21 mil millones en proyectos mineros retrasados en Perú debido al conflicto social, MINING.COM (8 de octubre de 2015) (R-0170)

678. En la actualidad, la licencia social se ha transformado en el riesgo número uno que enfrenta un proyecto minero.¹²⁴⁹ Sin ella, un proyecto corre el riesgo de retrasos, operaciones interrumpidas o cierre completo.

679. Si bien el CIMM ha establecido estándares internacionales,¹²⁵⁰ existen otras fuentes de mejores prácticas que coinciden fundamentalmente con la política adoptada por CIMM.¹²⁵¹ Otra mina en Guatemala, llamada Marlin (descrita a continuación), pasó por un período de intenso conflicto social. La empresa minera contrató a una serie de expertos, quienes formularon una serie de recomendaciones, todas las cuales coinciden en los principios del CIMM. Algunas de estas incluyen (i) establecer mayor transparencia en la comunicación relacionada con los impactos ambientales;¹²⁵² (ii) establecer un mecanismo de reclamación eficaz y creíble,¹²⁵³ y (iii) asegurar una amplia consulta y participación de la comunidad en el desarrollo de un plan de desarrollo sostenible.¹²⁵⁴

2) El riesgo de conflicto social en proyectos mineros existía en Guatemala a partir de 2004

680. Como señalaron muchos observadores de la industria, las empresas mineras *junior* comenzaron a hacerse cargo de la gran mayoría de los proyectos mineros a principios de la década de 2000, y favorecían habitualmente un enfoque de un cierto desdén hacia las comunidades locales.¹²⁵⁵ Para cuando KCA ingresó al proyecto en 2008,¹²⁵⁶ ya había varios conflictos en curso con otros proyectos mineros cercanos, lo que resultó en varias decisiones legales relacionados a la falta de consulta públicas, como se mencionó anteriormente en la Sección III.

681. El ejemplo más destacado de conflicto social fue el de la mina Marlin, ubicada en el departamento de San Marcos, Guatemala.¹²⁵⁷ La mina, construida en 2004, comenzó a operar en 2005, y enfrentó una creciente oposición de las comunidades circundantes. Esta oposición generó enfrentamientos violentos y en 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó medidas cautelares a 18 comunidades indígenas impactadas por la mina y solicitó que Guatemala suspendiera las operaciones mineras hasta que la CIDH resolviera la demanda.¹²⁵⁸

682. En lo que respecta a Progreso VII, esta no era una noción abstracta. A pocos kilómetros del proyecto

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Informe SLR, ¶ 96.

¹²⁵¹ Informe SLR, ¶¶ 96-98 (refiriéndose al Manual de participación de las partes interesadas de la IFC (2007)).

¹²⁵² Evaluación de Derechos Humanos, Mina Marlin de GoldCorp (mayo de 2010), p. 83 (R-0171).

¹²⁵³ *Ibid.* p. 181.

¹²⁵⁴ *Ibid.* p. 205.

¹²⁵⁵ Véase, Michael L. Dougherty, *Entanglements of Firm Size and Country of Origin with Mining Company Reputational Risk in Guatemala* (2017), p. 1 (“Dougherty”) (R-0172).

¹²⁵⁶ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius firma acuerdo para el desarrollo del depósito Tambor* (3 de junio de 2008) (C-0064).

¹²⁵⁷ *Mina Marlin de Goldcorp: una década de operaciones y controversia en Guatemala*, Mining.com (3 de mayo de 2015) (R-0173).

¹²⁵⁸ Informe de Producción -Exmingua (2013) (31 de marzo de 2014), p. 53 (R-0174).

minero Progreso VII de Exmingua, otra mina, "El Sastre", sufría de conflicto social. Desde mediados de marzo de 2011, los residentes de San José del Golfo protestaron contra las obras de construcción que se estaban realizando allí antes de la emisión de la licencia de explotación.¹²⁵⁹ En ese momento, la mina El Sastre estaba controlada por una empresa guatemalteca local después de que Argonaut Gold vendiera su participación en 2010.¹²⁶⁰

683. El conflicto social en la industria minera no era nada nuevo en Guatemala. Este era un elemento que los Demandantes conocían o deberían de haber conocido antes de decidir de participar en el proyecto con Radius. Y cuando los Demandantes decidieron adquirir el resto de la participación de Radius en el proyecto en agosto de 2012, la oposición social fue un factor clave en la transacción.¹²⁶¹ Para entonces, la oposición social a la mina Progreso VII de Exmingua estaba muy avanzada, y ya había llegado a un momento culminante cuando una de las manifestantes, Yolanda Oquelí, recibió un disparo, lo que provocó una protesta pública nacional e internacional, en junio de 2012.¹²⁶²

684. Inmediatamente, Radius se distanció del evento, enfatizando que KCA era el real operador, y que Radius no mantenía control diario de las operaciones.¹²⁶³ Después del ataque a la Sra. Oquelí, Radius vendió su participación rápidamente en el proyecto, manifestando que era un proyecto "problemático" y sujeto a conflicto.¹²⁶⁴ Este hecho en particular motivó no solo la intervención de la PDH en Guatemala, sino también la emisión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para garantizar la seguridad de la señora Oquelí, ya que ella y su familia habían sido objeto de amenazas y actos de violencia y intimidación por su oposición al proyecto.¹²⁶⁵

685. A pesar de las protestas en curso durante los seis meses anteriores, Kappes decidió seguir adelante con la mina y adquirir la participación de Radius en el proyecto el 31 de agosto de 2012.¹²⁶⁶ Como se mostró anteriormente, los Demandantes no tenían ningún plan para abordar el conflicto social, e hicieron poco para evitar sus causas o consecuencias.

¹²⁵⁹ *Pobladores Rechazan Construcción de Mina El Sastre*, No a La Mina (17 de junio de 2011) (**R-0175**); *Policía disuelve protesta contra proyecto minero en Guatemala*, Latin American Herald Tribune (**R-0176**).

¹²⁶⁰ *Pobladores Rechazan Construcción de Mina El Sastre*, No a La Mina (17 de junio de 2011) (**R-0175**);

¹²⁶¹ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (**C-0223**).

¹²⁶² Informe de Producción de Exmingua (31 de marzo de 2014), p. 53 (**R-0174**); También ver Carta de PDH de fecha 20 de diciembre de 2012 (**R-0177**); Carta de PDH de 20 de diciembre de 2020 (**R-0178**).

¹²⁶³ Comunicado de Prensa, Radius, *Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala* (31 de agosto de 2012) (**C-0223**).

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ Medidas Preventivas Nro. 207-12, Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (accesible vía <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/proteccion/cautelares.asp>) (consultado el 4 de diciembre de 2020) (**R-0179**)

¹²⁶⁶ *Ibid.*

686. En este contexto, los Demandantes implementaron o continuaron prácticas de participación social que evitaban las mejores prácticas y los estándares internacionales,¹²⁶⁷ eligiendo tratar de abrirse camino por la fuerza, poniendo la obligación de obtener y mantener un LSO en el Estado y buscando culpar al Estado para excusar su propia negligencia.

3) Las deficientes iniciativas de desarrollo social dificultaron la capacidad de los Demandantes para obtener y mantener una licencia social

687. Si bien no existe un enfoque único con respecto a la licencia social, se han identificado ciertos elementos claves como resultado de los estudios de caso, los principios del CIMM, y el manual de buenas prácticas de la Corporación Financiera Internacional (“CFI”) del Banco Mundial¹²⁶⁸ que sirven como guías en el desarrollo de metodologías para un buen desempeño al abordar cuestiones de licencia social. Si bien Exmingua declara en su EIA que el proyecto está diseñado para cumplir con los estándares internacionales,¹²⁶⁹ aparentemente los Demandantes no siguieron esos estándares internacionales o incluso las más mínimas mejores prácticas.¹²⁷⁰ A continuación, Guatemala describe algunos de los elementos clave que han sido ampliamente reconocidos como fundamentales para obtener y mantener una LSO, y contrasta esos estándares con las actividades de desarrollo social realizadas por Exmingua.

a. Exmingua no tenía un plan para la participación integral de las partes interesadas

688. Uno de los elementos clave para obtener y mantener la licencia social es implementar una metodología para la participación integral de las partes interesadas. Una compañía minera debe realizar una consulta con todas las partes interesadas y/o afectadas.¹²⁷¹ Cuando una empresa minera "más bien intenta 'vender' los beneficios del proyecto a ciertos grupos y excluye sistemáticamente a otros, no se obtiene la licencia social".¹²⁷² Este es especialmente el caso cuando la empresa minera no involucra a los grupos más opuestos al proyecto o no responde a preguntas difíciles sobre el impacto del Proyecto durante las consultas realizadas.¹²⁷³

689. Como identifica el CIMM en su “conjunto de herramientas de desarrollo comunitario, es importante identificar a todos los grupos o personas que puedan tener interés en el proyecto, prestando especial atención a la inclusión de grupos vulnerables o marginados, por ejemplo, mujeres, niños o ancianos”.¹²⁷⁴ También es igualmente importante identificar y comprender los intereses y la perspectiva de las partes interesadas con

¹²⁶⁷ Informe SLR, ¶¶ 105-107.

¹²⁶⁸ Informe SLR, ¶¶ 96, 98 y 100.

¹²⁶⁹ EIA, p. 22 (C-0082).

¹²⁷⁰ Informe SLR, ¶¶ 106-107.

¹²⁷¹ Informe SLR, ¶ 99.

¹²⁷² Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003), p. 7 (R-0160) (citando los problemas que enfrenta el proyecto Manhattan Minerals, Tambo Grande en el norte de Perú).

¹²⁷³ *Id.* p. 7.

¹²⁷⁴ CIMM, Manual para el desarrollo comunitario, (2012) p. 48 (R-0180).

respecto a un proyecto y sus impactos potenciales.¹²⁷⁵ El CIMM pone énfasis en la identificación y análisis de los grupos de interés, para establecer el nivel de interés o posición con respecto al proyecto y cómo proceder para involucrar a cada uno de los grupos de interés identificados.¹²⁷⁶

690. Dentro del compromiso de consultar a las partes interesadas está la tarea particular de incluir a los pueblos indígenas. En el 2008, el CIMM estableció ciertos compromisos con respecto a los pueblos indígenas.¹²⁷⁷ Entre ellos, se impuso a las compañías mineras que identifiquen “claramente” y comprendan “plenamente” los intereses y perspectivas de los pueblos indígenas con respecto a un proyecto y sus impactos potenciales, al tiempo que les exige que se comprometan y consulten con los pueblos indígenas de manera “justa y oportuna” y culturalmente apropiada durante todo el ciclo del proyecto”.¹²⁷⁸

691. En relación con el Proyecto Progreso VII, no hubo plan ni se intentó involucrar a todas las partes interesadas pertinentes. Incluso en las consultas realizadas, Exmingua no tenía un plan claro para involucrar a la comunidad afectada en general.¹²⁷⁹ Exmingua solo celebró una serie de reuniones al final del proceso del EIA y solo con personas seleccionadas de la comunidad, con el objetivo en gran medida de meramente obtener la aceptación de las autoridades.¹²⁸⁰ Como reconoce el EIA, las reuniones que se llevaron a cabo fueron en su mayoría con hombres¹²⁸¹ y solo con personas seleccionadas de la comunidad.¹²⁸² No hay indicios de ninguna intención de identificar o consultar con grupos indígenas,¹²⁸³ aunque el EIA reconoce que una parte significativa de la población, al menos de San Pedro Ayampuc, se identifica como indígena.¹²⁸⁴ En resumen, Exmingua no intentó generar consenso dentro de la comunidad, escuchando y abordando las preocupaciones de la comunidad antes de comenzar las operaciones.¹²⁸⁵

692. Como era esperable, las protestas ejemplificaron la falta de interacción con todas las partes interesadas de la comunidad.¹²⁸⁶ Los manifestantes que bloqueaban la entrada de la mina incluían mujeres, ancianos y niños de las comunidades cercanas.¹²⁸⁷ El bloqueo fue iniciado por una mujer de la aldea de El Carrizal –que

¹²⁷⁵ *Id.* p. 53.

¹²⁷⁶ *Id.* p. 43 (Herramienta 1 y 2).

¹²⁷⁷ Informe SLR, ¶ 97.

¹²⁷⁸ CIMM, Declaración de Posición: Minería y Pueblos Indígenas (mayo 2008), Compromiso 2 y 3, p. 3. **(R-0156)**

¹²⁷⁹ Informe SLR, ¶ 107.

¹²⁸⁰ *Ver por ejemplo*, Correo electrónico del Sr. S. Morales dirigido al Sr. Kappes y otros de fecha 14 de marzo de 2012 **(C-0101)**.

¹²⁸¹ EIA, Sección 7.5.2.3 “Conclusiones y Recomendaciones” p. 302 **(C-0082)**.

¹²⁸² EIA, Anexo 15, pp. 843-868 **(C-0082)**.

¹²⁸³ Informe SLR, ¶ 30.

¹²⁸⁴ EIA, p. 31 **(C-0082)**.

¹²⁸⁵ Informe SLR, ¶¶ 105-107.

¹²⁸⁶ Informe SLR, ¶ 105.

¹²⁸⁷ Pagina Web de la Comision de Derechos Humanos de Guatemala, Movimiento Ambiental “La Puya,” *accesible via* <https://www.ghrc-usa.org/our-work/current-cases/lapuya/> **(R-0086)**.

Exmingua no tomó en cuenta en ninguna de las presentaciones que hizo a principios de 2010—. ¹²⁸⁸ Estos individuos sostuvieron, acertadamente, que no fueron consultados y desconocían que se planeaba un proyecto minero hasta que comenzaron a ver el movimiento de maquinaria en la zona. ¹²⁸⁹ Exmingua simplemente excluyó a una gran parte de la población afectada porque no logró crear e implementar un plan para la participación integral de las partes interesadas, y esta falta de planificación creó una percepción, intencional o no, de que Los Demandantes pretendían obtener la aceptación de la comunidad con solo consultar a un grupo limitado de hombres—precisamente el enfoque equivocado.

b. Exmingua no presentó información de manera transparente ni tenía un plan para atender las preocupaciones de la comunidad

693. Al dirigirse a las partes interesadas, los estudios de casos recalcan la importancia de ser transparente con la información tanto en la comunicación como en la resolución de conflictos. ¹²⁹⁰ En este sentido, es importante que la empresa sea transparente en el intercambio de información desde el principio para generar confianza en la comunidad. ¹²⁹¹ Esto también se refleja en los compromisos enumerados en la Declaración de Posición del CIMM 2008 sobre los pueblos indígenas, que enfatiza que es importante que “la consulta [...] se base en la provisión de información de forma honesta y abierta, y en una forma que sea accesible para los pueblos indígenas.” ¹²⁹²

694. En la misma línea, la CFI reconoce que una empresa minera necesita un proceso transparente para abordar las quejas y un proceso para tomar decisiones y llegar a una resolución en caso de que surja un conflicto. ¹²⁹³ Además, el CIMM requiere “un canal claro de comunicación con los gerentes de la empresa si [la comunidad] tiene preocupaciones sobre una operación minera y procesos transparentes a través de los cuales abordar sus inquietudes”. ¹²⁹⁴ Esto proporciona un medio por el cual la comunidad puede registrar y resolver sus inquietudes, ya sean reales o percibidas, con respecto al proyecto minero con el objetivo de tratar de resolver esas inquietudes antes de que se intensifiquen. ¹²⁹⁵

695. Exmingua carecía de un plan de comunicaciones o un plan para abordar las preocupaciones de la comunidad, y los Demandantes empeoraron la situación. ¹²⁹⁶ Incluso antes de que comenzara el Proyecto, Exmingua estaba tergiversando sus actividades a la comunidad. Muchos de los propietarios de terrenos habían

¹²⁸⁸EIA, Anexo 15, pp. 843-868 (C-0082).

¹²⁸⁹ *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (R-0039);

¹²⁹⁰ Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003), p. 10 *et. seq.* (R-0160)

¹²⁹¹ Informe SLR, ¶ 134, 136.

¹²⁹² CIMM, Declaración de Posición: Minería y Pueblos Indígenas (mayo 2008), Compromiso 3, p. 3 (R-0156)

¹²⁹³ Informe SLR, ¶ 100, Anexo RPA-016; Véase también Manual para el desarrollo comunitario, CIMM (2012) p. 73 (R-0180); Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003), p. 14 (R-0160)

¹²⁹⁴ CIMM, Declaración de Posición: Minería y Pueblos Indígenas (mayo 2008), Compromiso 8, p. 4 (R-0156)

¹²⁹⁵ Véase por ejemplo, Manual para el desarrollo comunitario, CIMM, Herramienta 5 (2012) p. 43 (R-0180).

¹²⁹⁶ Informe SLR, ¶¶ 105, 134.

vendido sus tierras a Exmingua con la promesa de que serían utilizadas para fines agrícolas.¹²⁹⁷ Solo fue en 2010 que descubrieron que se planeaba una mina para el área.¹²⁹⁸ Este es precisamente el tipo de comportamiento que genera resentimiento en la comunidad.

696. La manera que utilizó Exmingua para comunicarse con las poblaciones locales también generó desconfianza.¹²⁹⁹ En lugar de entablar un diálogo con la comunidad que protestaba, Exmingua empleó métodos militaristas al difundir propaganda a través de folletos a favor de la minería lanzados en las comunidades circundantes desde un helicóptero.¹³⁰⁰ Uno solo puede imaginar el antagonismo que esto crea. En lugar de hablar con la gente, los Demandantes prefirieron dejar caer papel desde el aire y alejarse.

697. A medida que Exmingua intensificaba sus actividades, las comunidades también se sentían inseguras y denunciaban actos de intimidación y amenazas.¹³⁰¹ Los Demandantes niegan tales actos, pero la comunidad ciertamente podría señalar ejemplos de estos actos. Los Demandantes también contrataron a ex líderes militares para llevar a cabo su política en materia social una vez iniciadas las operaciones mineras¹³⁰². Los actos de violencia contra los manifestantes aumentaron a medida que continuaron las protestas, y fueron dirigidas a los líderes de la protesta. La violencia y la inseguridad aumentaron la oposición, endureciendo la postura de los manifestantes contra Exmingua.

698. Incluso en las consultas que supuestamente tuvieron lugar a principios de 2010, Exmingua no fue transparente con respecto a los impactos del proyecto.¹³⁰³ No pudo tener una conversación significativa sobre el proyecto porque en su EIA faltaba información clave que habría sido necesaria para evaluar adecuadamente los impactos.¹³⁰⁴ Este fracaso fue perjudicial para establecer la confianza desde el principio con las comunidades afectadas.¹³⁰⁵

c. Las actividades de desarrollo social de Exmingua no formaban parte de un plan integral de gestión social que tuviera en cuenta las necesidades y preocupaciones de todas las comunidades afectadas

699. Por último, promover el desarrollo comunitario sostenible mediante la participación de la comunidad en el diseño, la ejecución y la gestión de sus propios recursos tiende a conducir a un desarrollo comunitario

¹²⁹⁷ *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (R-0039)

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ Informe SLR, ¶ 136.

¹³⁰⁰ O. Hernández y J. Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012) (R-0039).

¹³⁰¹ *Aumentan las amenazas e intimidaciones contra la resistencia pacífica la puya*, Peace Brigades International USA (2015) (R-0099).

¹³⁰² Informe de Producción Exmingua 2013 (31 de marzo de 2014), p. 53 (R-0103); Informe de Monitoreo de MARN de noviembre 2013, p. 2) (R-0104).

¹³⁰³ Informe SLR, ¶ 103.

¹³⁰⁴ Informe SLR, ¶ 137.

¹³⁰⁵ Informe SLR, 110. Tampoco existe ningún arreglo con la comunidad para su participación en el monitoreo del proyecto, que es otra cuestión clave en el desarrollo social del proyecto. Ver Informe SLR, ¶¶ 100, 153.

que es bienvenido en lugar de ser forzado por extranjeros.¹³⁰⁶ El CIMM reconoce este elemento en sus herramientas de desarrollo comunitario afirmando que uno de sus objetivos es “facilitar el empoderamiento comunitario a través de procesos de desarrollo participativo”.¹³⁰⁷ Esto ayuda a desarrollar relaciones locales con socios que participan en programas regionales de desarrollo comunitario. Este elemento es importante para comprender las prioridades de la comunidad y la mejor manera de proporcionar programas de desarrollo social que sean realmente necesarios y deseados. Para ejemplo, personas externas pueden, sin saberlo, brindar beneficios a personas corruptas o miembros despreciados en la comunidad, inundar el mercado local con productos baratos que llevan a las empresas locales a la bancarrota o proporcionar beneficios a un grupo sobre otro, exacerbando las tensiones locales. La mera intención de hacer algo bueno, si lo hubiera, no equivale a un resultado positivo. Puntualmente, los Demandantes trabajaron activamente para crear división y sembrar discordia a través de sus iniciativas de ámbito comunitario.

700. En lo relacionado a Progreso VII, no existe un plan de gestión social aparente ni ningún indicio de que los programas sociales llevados a cabo respondieran a las inquietudes planteadas por las poblaciones locales.¹³⁰⁸ En cuanto a los programas de desarrollo social, hay poca discusión en el EIA sobre planes específicos con respecto al desarrollo social. Una vez que comenzaron las operaciones, los Demandantes parecen adoptar un método *ad hoc* de programas sociales. Hay menciones vagas de programas de salud y educación que fueron instituidos por SMCA y por los cuales SMCA o contratistas contratados por SMCA recibieron USD 380,000, y solo en 2012.¹³⁰⁹ Los Demandantes no brindan detalles si parte de ese monto terminó siendo invertido directamente en la comunidad.¹³¹⁰

701. Si bien se menciona que Exmingua proporcionó “salas médicas” en San José del Golfo, no se proporciona una métrica detallada para comprender su impacto.¹³¹¹ De hecho, el MARN notó en su inspección de 2015 la falta de datos sobre las consultas médicas.¹³¹² En 2015, los Demandantes alegan haber invertido aproximadamente USD 5.000 en términos actuales en costos médicos para la comunidad de San Pedro Ayampuc y aproximadamente USD 25.000 en términos actuales en actividades de trabajo de campo, gran parte de esa cantidad se destinó a 17 cursos de capacitación no especificados, visitas a la mina y reuniones no especificadas entre Exmingua y líderes del Consejo Comunitario. El resto de las actividades consistieron en sorteos de premios, sorteos de comida, techos de lona, agua potable y algunos servicios sanitarios. El tipo y alcance de estas actividades parecen ser oportunidades limitadas y únicas, y no parecen formar parte de un

¹³⁰⁶ Operaciones de Responsabilidad Social: *La Licencia Social para Operar* (2003), p. 23(R-0160)

¹³⁰⁷ Véase por ejemplo, CIMM, Manual para el desarrollo comunitario, Herramienta 5 (2012), p. 35 (R-0180).

¹³⁰⁸ Informe SLR, ¶ 142.

¹³⁰⁹ Informe KCA- Progreso VII – Resumen de Trabajo Realizado 2012 (27 de enero de 2012) (C-0521).

¹³¹⁰ C-0521; Memorial de Demanda, ¶¶ 40, 68.

¹³¹¹ Véase por ejemplo, Consolidado de Actividades Realizadas -Trabajo de Campo 2015 (C-0524), que solo proporciona detalles de servicios de salud para las comunidades en San Pedro de Ayampuc.

¹³¹² Informe Técnico de MARN de fecha 23 a 27 de febrero de 2015 (R-0105).

programa comunitario de desarrollo sostenible.¹³¹³ La propia Exmingua observó que estos obsequios eran vistos por la comunidad como una herramienta para crear divisiones dentro de la comunidad en lugar de crear puentes de unión entre la empresa minera y la población local.¹³¹⁴

702. Los Demandantes también alegan que proporcionaron una ambulancia, láminas de metal para el techo de casas, y construyeron un sistema de drenaje y un campo de fútbol.¹³¹⁵ Sin embargo, estos beneficios parecen aislados y no forman parte de un plan integral desarrollado después de consultar con las comunidades. Por ejemplo, las láminas de metal fueron donadas aparentemente a 22 aldeas, la mayoría de las cuales no son las aldeas enumeradas en el EIA como incluidas en el área de influencia del Proyecto o involucradas en cualquiera de los procesos de consulta que se llevaron a cabo.¹³¹⁶ Los sistemas de drenaje parecen haber sido implementados en Aldea Prados de San Pedro La Lagunilla, una aldea que no se menciona en el EIA como zona de influencia directa ni parte de ninguna de las aldeas consultadas.¹³¹⁷ Por lo tanto, es difícil medir el impacto de estos obsequios aislados, sin ninguna evidencia de un plan integral o incluso un plan que se haya adaptado a las necesidades de la comunidad sobre la base del compromiso de las partes interesadas.¹³¹⁸

703. Exmingua no solo no adoptó ninguna de las mejores prácticas con respecto a la gestión social,¹³¹⁹ sino que ni siquiera intentó elaborar un plan o reformar las prácticas existentes para intentar aliviar el conflicto social que existía. Su plan para “deshacerse del bloqueo era pagar a los manifestantes una suma de dinero que se retiraría de cualquier programa de desarrollo social”.¹³²⁰ Tal plan es miope y crearía resentimiento dentro de la comunidad y al mismo tiempo recompensaría la protesta. Si un futuro grupo quiere dinero, solo necesita protestar y, por lo tanto, adelantarse a otros en la búsqueda de recursos escasos. No hubo transparencia en la manera en que se resolverían los problemas con las comunidades y no se estableció ningún mecanismo identificable de reclamo que le brindara a la comunidad alguna seguridad de que sus preocupaciones estaban siendo atendidas.¹³²¹

¹³¹³ Informe SLR, ¶ 142.

¹³¹⁴ Informe de Producción Exmingua 2013 de fecha 31 de marzo de 2014, p. 53 (R-0103).

¹³¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 68.

¹³¹⁶ Informe Consolidado de Responsabilidad Social Exmingua (C-0527).

¹³¹⁷ Véase por ejemplo, EIA, pp. 30-31 (C-0082).

¹³¹⁸ Informe Consolidado de Responsabilidad Social Exmingua (C-0527) (Si bien se evidencia un resumen de las actividades y la divulgación social realizadas en 2014, no hay detalles específicos sobre a qué comunidades representaron estos presuntos líderes comunitarios ni actas de las reuniones específicas que permitan a una tercera persona entender lo discutido en las reuniones y el nivel de participación de la comunidad).

¹³¹⁹ Informe SLR, ¶ 143.

¹³²⁰ Correo electrónico del Sr. Kappes dirigido al Sr. Selvyn Antonio Morales (C-0099).

¹³²¹ Informe SLR, ¶¶ 135, 140.

4) Los Demandantes conocían el potencial de conflicto social y aun así hicieron mínimo esfuerzo por mitigar ese riesgo, agravando el conflicto social

a. *Los demandantes no consultaron con las comunidades afectadas*

704. En lugar de seguir los estándares internacionales o las mejores prácticas, los Demandantes siguieron su propio camino, con consecuencias desastrosas. Los Demandantes alegan que "a pesar del apoyo de las comunidades locales a la mina, las protestas y los bloqueos interrumpieron los proyectos mineros de los demandantes".¹³²² Alegan que los manifestantes no eran representativos de las comunidades locales y que seguían contando con el apoyo local para el proyecto a pesar del bloqueo de los manifestantes.¹³²³ Pero hay insuficiente evidencia de apoyo local. Por el contrario, como se menciona en el informe del contratista de los Demandantes, hubo un alto nivel de desconfianza y rechazo al proyecto.¹³²⁴

705. Los Demandantes reconocen que tenían el deber de consultar a las comunidades afectadas y alegan que lo hicieron a través de una serie de presentaciones y entrevistas que tuvieron lugar en los meses de enero y febrero de 2010.¹³²⁵ No se ha presentado evidencia de que se haya realizado ningún trabajo de consulta adicional antes de comenzar las operaciones aparte de volverse a reunir en 2011 con las mismas personas que participaron en estas presentaciones de 2010.¹³²⁶

706. El proyecto describe su ubicación geográfica como a 1,2 km del pueblo de La Choleña.¹³²⁷ El límite norte del proyecto colinda con la propiedad privada en la Villa de El Guapinol, al este con la Villa de La Choleña, al oeste con la propiedad privada de la Villa de El Carrizal y al sur con la carretera que conduce de San José del Golfo a la Villa de El Carrizal.¹³²⁸

707. Durante un período de una semana y media, los Demandantes alegan que las comunidades fueron consultadas a través de ocho presentaciones.¹³²⁹ De esas ocho presentaciones, solo tres presuntamente involucraron a miembros de las comunidades cercanas de El Guapinol, La Choleña y Los Achiotes.¹³³⁰ No se reportan consultas en el pueblo El Carrizal en el EIA. Las otras cinco reuniones parecían estar orientadas a reunirse con líderes municipales y otras instituciones locales.¹³³¹ Al determinar con quién reunirse, Exmingua justificó su plan señalando en el EIA que, "... las autoridades municipales se convierten en un aliado importante dada la autoridad que ejercen sobre las poblaciones y el poder político ante ellas".¹³³²

¹³²² Memorial de Demanda, ¶ 17.

¹³²³ Memorial de Demanda, ¶ 41-42.

¹³²⁴ Consolidado de Actividades Realizadas Trabajo de Campo (2015), p. 5 (C-0524).

¹³²⁵ Memorial de Demanda, ¶ 30.

¹³²⁶ Las reuniones de seguimiento con los mismos grupos supuestamente ocurrieron en 2011, p. 111 (C-0089).

¹³²⁷ EIA, p. 54 (C-0082)

¹³²⁸ EIA, p. 54 (C-0082). *Veáse también*, Informe SLR, Figura 4.

¹³²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 31.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ EIA, Anexo 15 pp. 843-868 (C-00082).

¹³³² EIA, Sección 13.4, p. 439 (C-0082).

708. En las presentaciones / consultas solo participaron personas seleccionadas en tres de las aldeas adyacentes. Los Demandantes se concentraron únicamente en tres pueblos adyacentes que identificaron como su área de influencia directa (AID).¹³³³ No se intentó incluir a las poblaciones más amplias de esos tres pueblos o llegar a otras comunidades que se sintieron afectadas por las actividades mineras. Las hojas de asistencia evidencian que solo participaron unas pocas personas de la comunidad.¹³³⁴ Por ejemplo, en el encuentro realizado en la La Choleña, solo participaron siete personas –solo hombres y ninguna mujer–.¹³³⁵ Para la reunión celebrada en El Guapinol no se cuenta con una hoja de asistencia, aunque Exmingua afirma que estuvieron presentes 21 personas. Con respecto a la Aldea de Achiotes, no se entrega hoja de asistencia, pero Exmingua afirma en el EIA que asistieron 12 personas. En ambos casos la única evidencia son los dichos de los Demandantes.¹³³⁶

709. Para poner estas cifras en contexto, el EIA reclama la siguiente población en cada una de las localidades relevantes: La Choleña: 1.637; El Guapinol: 353 y Los Achiotes 178.¹³³⁷ La población total del área de influencia indirecta (incluidas estas tres aldeas) fue identificada en el EIA como 12.051.¹³³⁸ En el municipio de San Pedro Ayampuc, el EIA reporta al menos 66,5% de población indígena en el área urbana, mientras que en San José del Golfo solo alrededor del 1% de la población se identifica como indígena.¹³³⁹

710. En los documentos no hay ninguna indicación que refleje que en el supuesto proceso de consulta Exmingua haya considerado a las comunidades indígenas de San Pedro Ayampuc o San José del Golfo ni que ningún representante de esas comunidades asistiera a las reuniones que se realizaron en enero y febrero de 2010.¹³⁴⁰ No hay discusión en el EIA sobre cómo realizar consultas de una manera culturalmente sensible. Esto se debe en parte a que la mayoría de las reuniones tuvo lugar en forma de presentaciones y no de un diálogo abierto con la comunidad, y en la mayoría de los casos las presentaciones realizadas no involucraron a la comunidad en general, sino a políticos y líderes institucionales.¹³⁴¹

711. Incluso antes de que comenzara la construcción, Exmingua enfrentó oposición. Ya en octubre de 2011, al menos 75 miembros de la comunidad de El Guapinol en San Pedro Ayampuc se reunieron en oposición a los esfuerzos del proyecto de reunir firmas y videos para buscar apoyo para proceder con la apertura de la

¹³³³ EIA, Figura 2, p. 58 (C-00082).

¹³³⁴ EIA, Anexo 15, pp. 852-858 (C-00082).

¹³³⁵ EIA, Anexo 15, p. 857 (C-00082).

¹³³⁶ EIA, p. 300 (Anexo C-0082).

¹³³⁷ EIA, Tabla 61, p. 269 (C-0082).

¹³³⁸ EIA, p. 269 (C-0082).

¹³³⁹ EIA, p. 272, Tabla 63 (C-0082).

¹³⁴⁰ Informe SLR, ¶¶ 30, 123.

¹³⁴¹ Véase Anexo 15, EIA, pp. 852-855 (C-0082) (presentación del proyecto minero Progreso VII al Alcalde y Vice-Alcalde del Municipio de San José de Golfo el día 28 de enero de 2010; entrevistas con representantes municipales y autoridades de salud el 3 de febrero 2010; presentación del proyecto minero Progreso VII ante COMUDE de San José de Golfo el 3 de febrero de 2010).

mina.¹³⁴² Este era el mismo pueblo que Exmingua había informado en su EIA como apoyando al proyecto, con solo 21 personas en la presentación de Exmingua el 8 de febrero de 2010.¹³⁴³

712. Poco después de que comenzara la construcción de la mina a principios de 2012, residentes de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo iniciaron un bloqueo en la entrada de la mina.¹³⁴⁴ Citaron preocupaciones ambientales, en especial la de garantizar que las actividades mineras no contaminen su agua.¹³⁴⁵

713. Exmingua no abordó de manera significativa estas preocupaciones. Si bien Exmingua señaló su EIA como prueba de que estaban haciendo todo lo posible para minimizar cualquier impacto ambiental, los consultores independientes que revisaron el EIA en 2012/2013 solo validaron sus preocupaciones.¹³⁴⁶ El EIA de Exmingua no solo no abordó los problemas importantes que se describen a continuación, sino que las propias operaciones de Exmingua y la falta de medidas adecuadas, según consta en una inspección realizada por el MARN en 2015, solo sirvieron como evidencia adicional de que Exmingua no estaba tomando en serio sus promesas y obligaciones.¹³⁴⁷ Su única preocupación era poder continuar las actividades mineras.

714. Si bien los Demandantes alegan que los manifestantes no formaban parte de las comunidades afectadas y que aún contaban con el apoyo local a pesar de las protestas, estas acusaciones se contradicen con informes contemporáneos y la prueba presentada por los propios Demandantes.¹³⁴⁸ Ninguno de los artículos de los medios de comunicación o los informes de las agencias gubernamentales indican que personas foráneas incitaron o participaron en las protestas. Por el contrario, los medios de comunicación y los informes de la PDH¹³⁴⁹ y los informes policiales¹³⁵⁰ que documentan la actividad de protesta se refieren continuamente a los manifestantes como residentes de los pueblos cercanos en San Pedro Ayampuc y San José del Golfo. Incluso los Demandantes deben reconocer la oposición generalizada, ya que afirman que la oposición de la comunidad detuvo el proyecto de Santa Margarita porque el proceso de consulta no pudo seguir adelante debido a la oposición de la comunidad,¹³⁵¹ lo que socavó cualquier afirmación de que la oposición era de fuera.

¹³⁴² Oficio Nro. 164-2016 emitido por la PNC de fecha 10 de mayo de 2016, p. 2 (**R-0117**).

¹³⁴³ EIA, pp. 299 (**C-0082**).

¹³⁴⁴ Informe Sobre las Acciones Específicas Realizadas por la PDH en el caso de la entidad Exmingua y La Resistencia Pacífica de la Puya (**R-0107**).

¹³⁴⁵ Informe SLR, ¶ 136; Vídeo documental “Resistencia Pacífica La Puya”, accesible vía <https://www.youtube.com/watch?v=eUffJKVyyMA> (consultado el 4 de diciembre de 2020) (**R-0110**).

¹³⁴⁶ Véase Informe SLR, Sección 7.6.

¹³⁴⁷ Informe Técnico de MARN llevado a cabo del 23 al 27 de febrero de 2015 (**R-0105**).

¹³⁴⁸ *Manifestantes de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, PRENSA LIBRE (26 de marzo de 2016) (**C-0010**) (“Desde el 2 de marzo de 2012 los pobladores de las comunidades ubicadas en San José del Golfo, Guatemala, tomaron acciones en rechazo la mina y bloquearon la entrada a la compañía...”).

¹³⁴⁹ Informe emitido por PDH de fecha 7 de diciembre de 2012 (**R-0112**).

¹³⁵⁰ Oficio Nro. 164-2016 emitido por la PNC de fecha 10 de mayo de 2016, p. 2 (**R-0117**).

¹³⁵¹ Carta de Exmingua dirigida a MEM (22 de marzo de 2017) (**C-0013**).

b. Los Demandantes hicieron poco para abordar las preocupaciones de la comunidad

715. El objetivo general del EIA para el proceso de consulta se describe como un ejercicio para medir las percepciones de la comunidad local,¹³⁵² más que como un proceso mediante el cual abordar las preocupaciones de la comunidad. Al no abordar las preocupaciones de las partes interesadas, los Demandantes no se aseguraron de que proporcionarían la información correcta o reducirían las tensiones.¹³⁵³

716. En las consultas que tuvieron lugar, los Demandantes proporcionaron respuestas vagas o respuestas incompletas a las preocupaciones planteadas. Las consultas parecían ser presentaciones orientadas principalmente a abordar los aspectos positivos del proyecto, evitando en general cualquier discusión significativa sobre los efectos negativos o preocupaciones de las comunidades.¹³⁵⁴ Por ejemplo, en respuesta a preocupaciones ambientales, Exmingua simplemente declaró que el diseño de su proyecto “considera medidas de seguridad [sic] ambientales e industriales tendientes a eliminar los impactos negativos”.¹³⁵⁵ No se proporcionaron detalles. En respuesta al uso de agua, Exmingua simplemente manifestó que el proyecto “solo requiere 154 metros cúbicos que se cubrirán con un pozo propio”.¹³⁵⁶ No hay ninguna indicación en el resumen de la reunión descrita en el EIA de que se haya informado a la comunidad que el consumo de agua era 154 metros cúbicos por día, y que esa no era la cantidad total.¹³⁵⁷ En cualquier caso, dado a que Exmingua nunca hizo los esfuerzos para predecir y analizar completamente los posibles efectos ambientales y sociales, por lo tanto, no estaba en condiciones de tener una discusión basada en hechos con la comunidad con respecto a los posibles impactos.¹³⁵⁸

717. Si bien los Demandantes no presentaron actas de cada una de las consultas que citan, sí presentaron actas de dos reuniones celebradas con los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc. Pero estas reuniones no eran consultas con la comunidad.¹³⁵⁹ Las minutas de estas dos últimas reuniones realizadas hacen referencia a la presentación de Exmingua y su actualización sobre el proceso de consulta con las comunidades.¹³⁶⁰ No se proporcionan más detalles al respecto. Del acta de las reuniones se desprende claramente que al menos estas dos reuniones buscaban la aprobación del consejo municipal y, de hecho, no eran parte del proceso de consulta comunitaria, al que se hace referencia en esas reuniones como un proceso

¹³⁵² EIA, p. 844 (C-0082).

¹³⁵³ Informe SLR, ¶ 136.

¹³⁵⁴ Informe SLR, ¶ 103.

¹³⁵⁵ EIA, p. 294 (C-0082).

¹³⁵⁶ EIA, p. 291 (C-0082).

¹³⁵⁷ EIA, P. 294 (C-0082).

¹³⁵⁸ Informe SLR, Sección 7.3.3.

¹³⁵⁹ Presentaciones realizadas el 8 y 9 de febrero de 2010.

¹³⁶⁰ Acta de la Municipalidad de San José del Golfo (C-0516); Acta de la Municipalidad de San Pedro de Ayampuc (C-0517).

separado.¹³⁶¹

718. Los Demandantes alegan haber respondido a inquietudes en las reuniones realizadas, pero el objetivo parece principalmente presentar los supuestos beneficios del proyecto “a través de ingresos fiscales y apoyo a proyectos comunitarios...”¹³⁶² Parecería entonces que no se discutió ningún mecanismo de reclamo ni se proporcionó seguimiento, incluso cuando se solicitó una reunión de seguimiento con una mayor participación de la comunidad.¹³⁶³ Por lo tanto, no está claro cómo y si Exmingua permitió que el público proporcionara comentarios o inquietudes y si se les habría dado seguimiento.¹³⁶⁴

719. Según la evidencia, no hay base para que Exmingua haya creído que la comunidad había aceptado el proyecto. Exmingua solo había presentado el proyecto a un número selecto de personas, excluyendo a cualquier comunidad indígena, individuos de comunidades afectadas que no fueron invitadas, personas distintas de políticos masculinos y otros grupos de la comunidad.¹³⁶⁵ No hubo invitación para la participación de la comunidad en general, no hubo diálogo significativo ni proceso para abordar las preocupaciones que tenían.¹³⁶⁶

c. Los métodos empleados por los Demandantes exacerbaron la tensión que ya existía con la comunidad

720. El proceso selectivo de los Demandantes de hacer presentaciones a ciertas personas durante el “proceso de consulta” tuvo aún menos sentido una vez que comenzaron los problemas. Los Demandantes pusieron a cargo de sus programas de desarrollo social a Servicios Mineros del Centro de América, S.A. (“SMCA”) liderada por el coronel retirado José Vicente Arias Méndez.¹³⁶⁷ El resultado fue insatisfactorio, por decir lo menos. Los manifestantes se quejaron del impacto que tendría el proyecto en sus fuentes de agua y hogares, incluida la posibilidad de que uno de los túneles subterráneos pasara por debajo de su aldea (La Choleña).¹³⁶⁸ Sin embargo, SMAC repartía información enfocada en los puestos de trabajo y otros supuestos beneficios que traería el proyecto, en lugar de abordar las preocupaciones planteadas.¹³⁶⁹

721. Por ejemplo, el plan inicial del Sr. Kappes para resolver el bloqueo implicaba potencialmente sobornar a los manifestantes.¹³⁷⁰ En lugar de reunirse directamente con quienes protestaban, Exmingua participó en una reunión que presuntamente incluía a líderes comunitarios.¹³⁷¹ Estos líderes comunitarios insistieron en realizar

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² Memorial de Demanda, ¶ 32.

¹³⁶³ EIA, p. 302 (C-0082).

¹³⁶⁴ Informe SLR, ¶¶ 135, 140.

¹³⁶⁵ Informe SLR, ¶¶ 105-107.

¹³⁶⁶ Informe SLR, ¶¶ 30, 134.

¹³⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶ 40; Informe de Monitoreo de MARN de noviembre 2013, p. 2 (R-0104).

¹³⁶⁸ Informe de Monitoreo de MARN de noviembre 2013, p. 2 (R-0104)

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ Correo electrónico del Sr. Kappes a Selvyn Antonio Morales y otros de fecha 11 de marzo de 2012 (C-0099).

¹³⁷¹ Correo electrónico de Selvyn Antonio Morales al Sr. Kappes y otros de fecha 14 de marzo de 2012 (C-0101).

un referéndum o votar sobre el proyecto. Sin embargo, la única recomendación de Exmingua fue continuar con la minería y fortalecer la relación con el MARN y el MEM, así como con el congresista Mejía. No hubo intención o recomendación de mayor alcance a las comunidades o la intención de abordar sus preocupaciones.¹³⁷² En cambio, los Demandantes contaron con tener influencia sobre las autoridades locales para ejercer presión sobre la oposición de la comunidad.¹³⁷³

722. Incluso en la reunión celebrada poco después del inicio del bloqueo, el foco continuó siendo forjar una relación más fuerte con las autoridades, asumiendo que podrían ejercer poder sobre la oposición comunitaria al proyecto. Hubo poco esfuerzo para interactuar directamente con los manifestantes, ya que Exmingua prefería depender del Estado para resolver el conflicto.¹³⁷⁴

723. Exmingua utilizó la fuerza, actos de intimidación y amenazas para intentar sofocar a la oposición. Durante el transcurso del bloqueo desde marzo de 2012 hasta mayo de 2014, hubo una serie de encuentros violentos entre la comunidad y Exmingua.¹³⁷⁵

724. Muchos de estos encuentros fueron captados en video o documentados por periodistas que estuvieron presentes durante esos hechos. Dos de los empleados de Exmingua, Juan José Reyes Carrera y el teniente retirado Pablo Silas Orozco Cifuentes, fueron condenados a dos años de cárcel por actos de coacción y amenazas contra periodistas independientes fuera de la mina.¹³⁷⁶ Las pruebas de sus actos fueron tan abundantes que ambos no pudieron hacer más que admitir los hechos que se alegaban en su contra.¹³⁷⁷ Los empleados de Exmingua intentaron incitar la violencia, utilizando insultos xenófobos y otros insultos y amenazas violentas contra los que estaban en el sitio.¹³⁷⁸

725. Mientras las comunidades continuaron su oposición, Exmingua presionaba a políticos y diplomáticos para que ayudaran. En varios puntos intentó romper el bloqueo con la asistencia de la Policía Nacional (“PNC”) sin mucho éxito.¹³⁷⁹ Exmingua finalmente logró eliminar el bloqueo mediante un desalojo enérgico y violento de la oposición comunitaria a fines de mayo de 2014, que resultó en más de 20 personas heridas, algunas de

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ Véase Anexo 15, EIA, pp. 852-855 (C-0082) (presentación del proyecto minero Progreso VII al Alcalde y Vice-Alcalde del Municipio de San José de Golfo el día 28 de enero de 2010; entrevistas con representantes municipales y autoridades de salud el 3 de febrero 2010; presentación del proyecto minero Progreso VII ante COMUDE de San José de Golfo el 3 de febrero de 2010)

¹³⁷⁴ Informe SLR, ¶ 136.

¹³⁷⁵ Véase por ejemplo, Informe emitido por PDH de fecha 7 de diciembre de 2012, p. 1 (R-0112).

¹³⁷⁶ Condenan a ex-militar trabajador de una empresa minera por amenazas a periodistas, Prensa Comunitaria Km. 169 (17 de octubre de 2013) (R-012).

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ *Personeros de Exmingua amenazaron a comunicadores en la Puya* (22 de noviembre de 2012) (R-0144) accesible vía <https://www.youtube.com/watch?v=0nYwITR9vog> (consultado el 4 de diciembre de 2020)

¹³⁷⁹ Informe emitido por PDH de fecha 7 de diciembre de 2012 (R-0112).

ellas de gravedad.¹³⁸⁰ Sin duda, esto hizo poco para ganar el apoyo de la comunidad. El violento desalojo en vez generó preocupaciones a nivel internacional, y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos instó a entablar conversaciones con la comunidad para resolver el conflicto¹³⁸¹. Hay poca evidencia de que Exmingua haya hecho algún intento de abrir un diálogo con la comunidad antes de reiniciar operaciones en el 2014. En cualquier caso, ese desalojo duró poco. Mientras se eliminó el bloqueo, la comunidad continuó en oposición pacífica al proyecto.¹³⁸² Como concluye SLR, la falta de una gestión continua y significativa con las comunidades interesadas llevó a los problemas sociales que plagaron el Proyecto y, en última instancia, resultaron en su estado actual.¹³⁸³

726. Este resultado no fue impredecible ni inevitable. Los Demandantes deberían haber sabido que esto sucedería. En su EIA, Exmingua enfatizó la falta de participación de otros actores, particularmente las mujeres, en el proceso de consulta, y la importancia de incluirlas en el proceso. El EIA también destacó la importancia de identificar otros beneficios que pueden acumularse para la comunidad, como las oportunidades de empleo indirecto. Los Demandantes no indican que esto haya sido analizado una vez que comenzaron las operaciones. Tampoco está claro qué estrategia, en su caso, emplearon los Demandantes para comunicarse con la comunidad, incluidos los manifestantes. El EIA sugirió la implementación de tal estrategia, pero los Demandantes no mencionan la existencia de tal estrategia más que en la contratación de SMAC para manejar el alcance social una vez que comenzaron las operaciones. La falta de una estrategia de comunicación y una consulta adecuada antes del inicio de operaciones se evidencia en la propia encuesta de SMAC, que mostró que en 2014 la credibilidad del proyecto “era únicamente del 6%”.¹³⁸⁴ SMAC informó además que en las reuniones celebradas a lo largo de dos meses, “se reflejaba la insatisfacción de la población y el abandono que por falta de obras motivaba un rechazo generalizado y actitudes amenazantes...”.¹³⁸⁵ Después de no seguir los estándares internacionales, las mejores prácticas e incluso su propia EIA defectuosa, Exmingua provocó este resultado.¹³⁸⁶

727. Las cosas no tenían por qué llegar a este punto. Guatemala no es un país intratable que se opone a la inversión extranjera, y cualquier insinuación en ese sentido es un insulto inaceptable. De hecho, siguiendo los estándares internacionales y las mejores prácticas, la minería responsable es posible. Otros proyectos mineros

¹³⁸⁰ *La UN urge dialogo después de violencia en una protesta contra una Mina en Guatemala*, MINING.COM (2 de junio de 2014) (**R-0146**).

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² Resolución No. 37-2019 emitido por Gobernación del Departamento de Guatemala (**R-0147**); Oficio No. 698-2017 emitido por la PNC de fecha 30 de junio de 2017 (**R-0181**). Véase también Anexo C-0009; Vídeo documental “Resistencia Pacífica La Puya” accesible vía <https://www.youtube.com/watch?v=eUFJKVyyMA> (consultado el 4 de diciembre de 2020) (**R-0110**).

¹³⁸³ Informe SLR, ¶¶ 30, 134.

¹³⁸⁴ Informe Consolidado de Responsabilidad Social Exmingua, p. 5 (**C-0527**).

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ Informe SLR, ¶ 115.

en Guatemala pudieron seguir operando a pesar del conflicto social porque decidieron reformar sus planes e invertir en desarrollo comunitario. Por ejemplo, Goldcorp contrató consultores independientes para crear una evaluación de derechos humanos del impacto de la mina Marlin en las comunidades circundantes y luego "se comprometió a responder a las recomendaciones de la evaluación, incluida la publicación de una respuesta y un plan de acción".¹³⁸⁷ En otras palabras, Goldcorp aprendió de sus errores y buscó un camino para reformar su compromiso social con el fin de asegurar la viabilidad del proyecto. Por el contrario, los Demandantes no han hecho nada.

B. Para obtener su licencia de explotación, Exmingua tergiversó u omitió información clave en su EIA, y luego no cumplió con sus promesas

728. El proceso de obtención de permisos ambientales es indisociable con obtener el apoyo de las comunidades aledañas para un proyecto, también conocido como la "licencia social" anteriormente descrita. En este caso, los Demandantes cometieron errores en el proceso de principio a fin, permitiendo que el resentimiento de la comunidad se agravara.

729. Cuando las comunidades locales comenzaron a protestar y bloquear la entrada a la mina, reaccionaron en un contexto social donde las protestas eran comunes en todo el país. También respondieron a la necesidad de proteger sus medios de vida en una cultura de agricultura de subsistencia, en la que uno o dos años de reducción de agua puede conducir a la ruina total.¹³⁸⁸ Las comunidades respondieron igualmente a las preocupaciones sobre el agua y la falta de transparencia en el proceso de permisos.¹³⁸⁹ Cuando los manifestantes finalmente obtuvieron acceso al EIA, sus preocupaciones fueron confirmadas.¹³⁹⁰ Los Demandantes mostraron poco interés en estudiar y conocer los impactos que pudiera causar el proyecto, a pesar de que existía un riesgo alto de liberar sustancias químicas y tóxicas en el agua.¹³⁹¹

730. El EIA es más que un documento que constituye la base de un permiso ambiental. También es parte de la base de la relación de una empresa minera con las comunidades afectadas.¹³⁹² Es un documento público, y cuando los ciudadanos tienen dudas sobre los impactos de un proyecto, pueden revisar el EIA. Si se hace correctamente, un EIA cumple también otras funciones. Los planes y estudios ayudan a establecer una línea de base a partir de la cual la empresa minera, las autoridades y la comunidad pueden juzgar los impactos futuros, atajar los problemas antes de que surjan y construir una relación de confianza con las comunidades aledañas.¹³⁹³

¹³⁸⁷ Evaluación de Derecho Humanos, Mina Marlin, p. 7 (mayo de 2010) (R-0037).

¹³⁸⁸ O. Hernández y J. Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012), p. 5 (R-0039).

¹³⁸⁹ Informe de Monitoreo MARN, p. 2 (noviembre de 2016) (R-0106)

¹³⁹⁰ Véase Informe SLR, Sección 7.6.

¹³⁹¹ Informe SLR, ¶ 147.

¹³⁹² Informe SLR, ¶ 53.

¹³⁹³ Informe SLR, ¶¶ 92, 95 y 134.

731. El EIA de Exmingua, preparado bajo la dirección de los Demandantes, fracasó en estas tareas clave. Para obtener el permiso ambiental, el EIA prometió un proyecto de 150 toneladas por día que cumplía con los “estándares internacionales”,¹³⁹⁴ elevando el listón y las expectativas de sus lectores. Pero luego los Demandantes no pusieron a disposición el EIA, omitieron información importante y no cumplieron con los estándares que invocaron. Las dos primeras secciones abordan estos problemas.

732. Una vez que la comunidad pudo analizar el EIA, la situación solo empeoró. Como herramienta para adquirir y mantener una licencia social, el EIA lamentablemente no alcanzó ese objetivo. Los estudios de base o planes para mitigar problemas potenciales o estudiar alternativas viables eran inadecuados. Pero más que nada, el EIA admitió la existencia de arsénico y otros metales tóxicos sin proporcionar una forma de comprender los detalles del área minera y su impacto en las comunidades. Las dos últimas secciones abordan estos temas.

733. Los Demandantes no podían esperar obtener y mantener una licencia social, financiar su proyecto con ningún financista real o incluso cumplir con el Plan LOM ofrecido por SRK a luz de estas deficiencias en el EIA, sumadas a las tácticas agresivas que tomaron contra las comunidades. En esencia, las fallas de los Demandantes subrayan su falta de experiencia, mala administración y la ausencia de fundamento para recibir una ganancia inesperada de cientos de millones de dólares a través de este arbitraje.

1) El EIA de los Demandantes omitió o tergiversó información clave

734. En el EIA, Exmingua manifestó que el proyecto se comprometería a cumplir con todas las leyes, reglamentos y recomendaciones ambientales locales del MARN. También expresa específicamente que

[e]l Proyecto está diseñado de acuerdo con estándares internacionales y el compromiso es implementar las mejores y más adecuadas prácticas de gestión ambiental con el fin de minimizar los impactos ambientales adversos y cumplir con la normativa de la República de Guatemala y las políticas ambientales de EXMINGUA.¹³⁹⁵

735. Exmingua enfatizó en su EIA que sus actividades “se planificarán y ejecutarán con los más altos estándares de gestión Ambiental y social”, y que se esforzará por desarrollar el proyecto “de manera responsable tanto en el campo ambiental como social ...”¹³⁹⁶ En fin, incluso una revisión superficial de el EIA muestra que ni siquiera se comprometió de manera significativa a cumplir con los estándares que pretendía invocar.

a. Exmingua presentó un plan de mina en el EIA que no pretendía seguir

736. Antes de analizar las fallas del EIA para cumplir con los estándares internacionales, las mejores prácticas o la ley local, el punto de partida debe ser la naturaleza engañosa de el EIA. Los Demandantes dejaron

¹³⁹⁴ Al pasar, debemos anotar que el EIA no identifica los específicos estándares internacionales que pretende cumplir.

¹³⁹⁵ EIA, (C-0082), p. 22

¹³⁹⁶ EIA, C-0082, Sección 12.3 p. 437.

en claro a las autoridades que planeaban una mina que operaría a 150 toneladas por día. Discutieron los impactos de la mina y las medidas de mitigación bajo esta premisa. En realidad, los Demandantes no tenían la intención de operar a este nivel. Durante la operación de la mina, los Demandantes afirman haber operado consistentemente a 225 toneladas por día y, a veces, a más de 250 toneladas por día.¹³⁹⁷ Ahora, presentan un Plan LOM de 250 toneladas por día, o 166% del tamaño de la operación propuesta. Todos los impactos sociales y ambientales por lo tanto estarían subestimados, y el proceso se derivó de una tergiversación que se extendió de arriba hacia abajo en la solicitud ante las autoridades.

737. Además, cualquier análisis del Plan LOM propuesto por los Demandantes es puramente hipotético. Exmingua no siguió el plan de trabajo que representó en su solicitud de licencia de explotación. Solo sobre esta base, el EIA y el permiso ambiental no pueden respaldar el Plan LOM creado por SRK ni ningún daño alegado por los Demandantes.

2) El EIA de los demandantes no cumple con los estándares internacionales

738. En el momento en que se desarrolló el EIA, los estándares internacionales generalmente seguidos por las empresas mineras eran las directrices ambientales y sociales de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial (“CFI”)¹³⁹⁸ y los Principios Ecuatoriales (“PE”).¹³⁹⁹ Con respecto a los aspectos sociales, las mejores prácticas se habían establecido por el CIMM, un grupo dirigido por las empresas mineras más responsables del mundo que se comprometen voluntariamente a cumplir con ciertas mejores prácticas y por la CIF.¹⁴⁰⁰ A pesar de que Exmingua afirmó que había desarrollado el proyecto de conformidad con los estándares internacionales y las mejores prácticas,¹⁴⁰¹ las deficiencias del EIA revelan lo contrario.

739. Las Normas de Desempeño sobre sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, y los Principios Ecuatoriales representan un marco voluntario utilizado por las instituciones bancarias internacionales para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales asociados con sus inversiones. Para cumplir con sus promesas al gobierno y las comunidades afectadas por el proyecto, los Demandantes tendrían que seguir estos principios y normas y si los Demandantes buscaran financiar el proyecto, como sugiere su modelo de valuación,¹⁴⁰² tendrían que adherirse a estos estándares internacionales para obtener financiación.

740. Las Normas de Desempeño (ND) de la CFI abordan las siguientes áreas: ND 1 – Sistema de Gestión

¹³⁹⁷ Declaración del Sr. Kappes, ¶ 109.

¹³⁹⁸ Las Normas de desempeño de la CFI sobre sostenibilidad social y ambiental (“Normas de Desempeño”) se publicaron por primera vez en 2006 y se actualizaron en enero de 2012

¹³⁹⁹ Informe SLR, ¶ 97.

¹⁴⁰⁰ Informe SLR, ¶ 96.

¹⁴⁰¹ EIA, pp. 22, 45 (C-0082).

¹⁴⁰² Informe Rosen, ¶ 249e.

y Evaluación Social y Ambiental; ND 2 - Trabajo y condiciones laborales; ND 3 – Prevención y Disminución de la contaminación; ND 4 – Salud y seguridad de la comunidad; ND 5 - Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario; ND 6 - Conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales; ND 7 - Comunidades indígenas; y ND 8 - Patrimonio cultural.¹⁴⁰³

741. Los Principios Ecuatoriales (PE) son un marco de gestión de riesgos adoptado por las instituciones financieras para garantizar que los proyectos financiados se desarrollen de manera socialmente responsable y reflejen prácticas sólidas de gestión ambiental. Los proyectos que no cumplen con PE no pueden obtener financiamiento de las instituciones financieras que adhieran a los Principios Ecuatoriales (IFPE).¹⁴⁰⁴

742. La mayoría de los proyectos mineros se clasifican como proyectos de categoría A,¹⁴⁰⁵ a la luz de los altos riesgos sociales y ambientales percibidos en el desarrollo de un proyecto minero. Esto es especialmente cierto en el caso de proyectos como este con posibles impactos en las poblaciones indígenas cercanas. Los PE requieren que los proyectos de Categoría A realicen un EIA, desarrollen un Plan de Gestión Ambiental y Social y establezcan y mantengan un Sistema de Gestión Ambiental y Social, así como una consulta efectiva con las partes interesadas.¹⁴⁰⁶ Cumplir con las directrices de la CFI y PE significa incorporar esos estándares establecidos en el EIA y documentos relacionados.

743. Al solicitar una licencia ambiental, la empresa minera debe presentar un EIA que comprenda una evaluación integrada de los entornos físicos, biológicos y sociales potencialmente afectados por el proyecto y, por lo general, incluye los siguientes componentes: una descripción completa de las actividades del proyecto; el establecimiento de una línea de base ambiental y social en el área del proyecto; la predicción de todos los impactos potenciales del proyecto (positivos y negativos); una determinación de significado de cada impacto del proyecto; si existen impactos significativos, el establecimiento de medidas de mitigación adecuadas; y planes de seguimiento para verificar los impactos previstos y las medidas de mitigación asociadas.¹⁴⁰⁷ Pero todo comienza con los estudios de línea de base. Mas que una tarea de cortar y pegar, los estudios de línea de base brindan información extensa sobre el específico entorno ambiental y social de un proyecto tal como existe antes de su inicio. Por lo tanto, estas líneas de base proporcionan un punto de referencia contra el cual se puede evaluar o monitorear cualquier impacto futuro.

744. Un EIA implica una evaluación de impacto a través de la cual se identifican y definen los problemas

¹⁴⁰³ Estas normas de desempeño se mantienen casi iguales a la versión de 2006. Ver las Normas de Desempeño CFI (2006) (**R-0182**), y las Normas de Desempeño CFI (2012).

¹⁴⁰⁴ Los principales Principios Ecuatoriales incluyen (1) revisión y categorización; (2) Evaluación social y ambiental; (3) Estándares sociales y ambientales aplicables (4) Plan de acción y sistema de gestión (5) Consulta y divulgación; (6) Mecanismo de reclamación; (7) Revisión independiente, (8) Convenios y (9) Supervisión e informes independientes.

¹⁴⁰⁵ Progreso VII se clasifica como un proyecto de Categoría A bajo la ley de Guatemala. Véase EIA, p. 135 (**C-0082**).

¹⁴⁰⁶ Principios Ecuatoriales (junio 2006), p. 2-3 (**R-0183**).

¹⁴⁰⁷ Informe SLR, ¶ 93.

potenciales y se evalúan con el fin de determinar la importancia de los impactos en las personas o el medio ambiente. Estos impactos generalmente se miden a través de estudios de modelos, si es posible. Finalmente, donde se anticipan impactos sociales o ambientales, los estándares internacionales generalmente requieren un sistema de gestión social y ambiental para manejar y mitigar estos riesgos.¹⁴⁰⁸ Las normas internacionales consideran que la consulta y participación de las partes interesadas es una parte integral del EIA y, por lo general, promueve que dicha consulta debe ir más allá del EIA.¹⁴⁰⁹

745. Por las razones detalladas que siguen, el EIA de Exmingua no cumple con los estándares internacionales y las mejores prácticas.

746. Desde un nivel básico, el EIA carece de un plan de manejo adecuado para mitigar los riesgos e impactos del Proyecto. Como primero señaló el Sr. Robinson (luego confirmado por SLR), el monitoreo permite la detección temprana de cualquier problema y la corrección que se puede implementar mediante el uso de planes de mitigación detallados.¹⁴¹⁰ Sin planes de mitigación detallados, si ocurre un problema, no existe un plan de acción específico para abordar rápidamente el problema. En lugar de planes específicos, el EIA simplemente describe que la intención de Exmingua es monitorear y mitigar, pero sin los planes no hay una indicación específica sobre si se implementarán las medidas adecuadas para monitorear y corregir cualquier impacto adverso. Esta omisión en el EIA está muy por debajo de los estándares internacionales, incluidos el Estándar de Desempeño Nro. 1 de la CFI y el Principio Ecuatorial Nro. 4.

747. Adicionalmente, hay poca discusión sobre los impactos acumulativos en el EIA.¹⁴¹¹ Esto es especialmente preocupante ya que los Demandantes mencionan el desarrollo potencial de yacimientos aledaños, incluido Santa Margarita. Los impactos acumulativos tienen en cuenta el tamaño general del proyecto y lo que puede significar cuando se analizan futuras expansiones, información que las comunidades afectadas deberían conocer. Quizás el proyecto inicial sea pequeño, pero la ausencia de un análisis de impactos acumulativos causa inquietud en las comunidades afectadas. Comienzan a temer que permitir un proyecto abrirá las puertas a otros proyectos, y sin conocer los efectos acumulativos, esta preocupación aumenta justificadamente: la empresa minera tampoco tiene idea.

748. El EIA tampoco cumple con las normas internacionales porque hay un análisis inadecuado de las alternativas, por lo que no cumple con los requisitos establecidos en la Norma de Desempeño 1 de la CFI y el Principio Ecuatorial Nro. 2. Un análisis adecuado describiría cómo una empresa ha considerado varias alternativas, por ejemplo: minería, gestión del agua, suministro de energía, gestión de residuos mineros y cómo

¹⁴⁰⁸ CFI Norma de Desempeño 1 (**R-0196**).

¹⁴⁰⁹ CFI Normas de Desempeño (2006), p. 4 (**R-0196**).

¹⁴¹⁰ Informe Robinson, p. 8 (29 diciembre de 2012) (**R-0049**); Informe SLR, Sección 7.3.5.

¹⁴¹¹ Informe SLR, ¶ 162.

se eligieron alternativas que sean ambientalmente racionales y protejan a las comunidades circundantes. El EIA carece de un análisis que cumpla con los estándares internacionales.

749. En cuanto a los aspectos sociales de los proyectos, las Normas de Desempeño de la CFI y los Principios Ecuatoriales ponen un gran énfasis en la participación de las partes interesadas, no solo en el proceso de consulta, sino también con respecto al establecimiento de un mecanismo de reclamación.¹⁴¹² Estos estándares también recomiendan que la participación de las partes interesadas, incluida la consulta y divulgación de información del proyecto, comience mucho antes del inicio de las operaciones.¹⁴¹³ La CFI enfatiza que para "garantizar que la consulta, la divulgación y la participación de la comunidad continúen durante la construcción y operación del proyecto, el prestatario, en función de los riesgos y los impactos adversos del proyecto, establecerá un mecanismo de reclamación como parte del sistema de gestión".¹⁴¹⁴

750. El proceso de consulta realizado por Exmingua no cumple con los estándares internacionales.¹⁴¹⁵ No se trata solo de que el estudio socio-económico es insuficiente, sino también del hecho de que no se aplicó una metodología aceptable para identificar y consultar a las partes interesadas o afectadas por el Proyecto. Exmingua decidió reunirse solo con ciertos individuos en las aldeas que había autoidentificado como parte del área de impacto directo. A la misma vez, sin explicación, Exmingua excluye a ciertas comunidades aledañas y solo consulta a un porcentaje pequeño de personas que estuvieron presentes en cada una de estas reuniones. En cuanto a la divulgación de la información del proyecto, que enfatizan los Principios de la CFI,¹⁴¹⁶ no quedó claro en el EIA qué tan accesible era la información para las comunidades antes del inicio de las operaciones, y si la información se proporcionó de manera culturalmente accesible para los afectados o los que se percibían como afectados. El EIA que estaba disponible para revisión pública no era completamente legible según lo informado por el Sr. Robinson, quien realizó una revisión independiente del EIA.¹⁴¹⁷ Es decir, no existían un plan de consulta con la comunidad o un mecanismo de reclamo, que son requeridos por EP y Normas de Desempeño de la CFI.

751. Las Normas de Desempeño de la CFI también hacen hincapié en las poblaciones indígenas, reconociéndolas como partes distintas en el proceso.¹⁴¹⁸ En particular, la CFI enfatiza que los riesgos e impactos que afectan a los pueblos indígenas son únicos debido a muchos factores, incluida su vulnerabilidad histórica, cultura única y medios de vida basados en la naturaleza.¹⁴¹⁹ Con respecto al proceso de consulta, la

¹⁴¹² Principios Ecuatoriales 5, 6 (R-0183); CFI Norma de Desempeño 1, 4 (R-0196).

¹⁴¹³ Informe SLR, ¶¶ 105, 135; CFI Norma de Desempeño 1 (R-0196).

¹⁴¹⁴ Principio Ecuatorial 6 (R-0183)

¹⁴¹⁵ Informe SLR, ¶ 30, sección 7.3.1.

¹⁴¹⁶ CFI Norma de Desempeño 1, p. 4 (R-0196).

¹⁴¹⁷ Informe de Robert Robinson, p. 11 (R-0184).

¹⁴¹⁸ CFI Norma de Desempeño 7 (R-0196).

¹⁴¹⁹ CFI Norma de Desempeño 1, p. 28 (R-0196).

CFI describe los requisitos específicos que incluyen:

- Involucrar a los órganos representativos de los Pueblos Indígenas (tales como los consejos de ancianos o consejos de aldea, entre otros)
- Incluir tanto a mujeres como a hombres de diversos grupos etarios de manera adecuada a su cultura
- Programar tiempo suficiente para los procesos colectivos de toma de decisiones de los Pueblos Indígenas.
- Dar a los Pueblos Indígenas la oportunidad de exponer sus puntos de vista, inquietudes y propuestas en la lengua de su preferencia sin manipulación, interferencia o coacción externa y sin intimidación.
- Garantizar que el mecanismo de atención de quejas establecido para el proyecto, en conformidad con la Norma de Desempeño 1, párrafo 23, sea culturalmente apropiado y asequible a los Pueblos Indígenas.¹⁴²⁰

752. A pesar de la presencia conocida de personas indígenas tanto en San José del Golfo como en San Pedro de Ayampuc, no se menciona ningún intento de Exmingua de involucrarlos como partes interesadas en el Proyecto.¹⁴²¹ En las reuniones celebradas en la Choleña, El Guapinol y Los Achiotes, no existe ningún indicio de que se haya intentado identificar a personas indígenas en esas comunidades. Esta falta de participación de este grupo clave no cumple con los estándares internacionales y las mejores prácticas. Exmingua no aplicó ninguna de las directrices del CIMM descritas en el documento de posición sobre pueblos indígenas. No hay discusión o análisis sobre el impacto potencial que el Proyecto podría tener en este segmento de la población. El EIA no permite concluir que Exmingua consideró a este grupo en su proceso de consulta.

753. En resumen, el EIA de Exmingua no cumplió con las directrices de CFI, PE o CIMM. Como se detalló anteriormente, estos fallos tuvieron un impacto directo. Exmingua no solo no cumplió su promesa de presentar un EIA y un proyecto que cumpliera con los "estándares internacionales" y las "mejores prácticas", sino que las omisiones alimentaron la oposición a la mina. Las deficiencias en el EIA también significan que ninguna institución financiera estaría dispuesta a tomar estos riesgos. Para 2016, casi toda la industria financiera en el sector minero requería cumplimiento con las directrices de CFI y PE, y el hecho de que los Demandantes no lograran satisfacer los niveles básicos de cumplimiento habría cerrado las puertas a cualquier financiamiento serio del proyecto.

3) Las otras deficiencias en el EIA alimentaron aún más el conflicto social, destruyendo cualquier esperanza de obtener una licencia social

754. Hay una serie de omisiones y tergiversaciones en el EIA que ponen en duda si Exmingua estaba comprometida con minimizar el impacto ambiental que tanto preocupaba a las comunidades. Estas omisiones y tergiversaciones inducen al lector al error de pensar que el Proyecto no tiene impactos negativos y solo brinda

¹⁴²⁰ CFI Normas de Desempeño 7, p. 29 (R-0196).

¹⁴²¹ Informe SLR, ¶ 123.

beneficios significativos.¹⁴²² Estas fallas están presentes de una manera que solo es evidente para los expertos en EIA, ya que surgen de una falla en la adopción de procesos científicamente sólidos.

755. El EIA no incluye una línea de base adecuada para evaluar adecuadamente los impactos del Proyecto y utiliza una metodología en la evaluación de impacto que no es clara ni transparente, lo que hace casi imposible confirmar la verdadera naturaleza de los impactos.¹⁴²³ Estos componentes son importantes para desarrollar planes de monitoreo y mitigación precisos y adecuados.¹⁴²⁴ Sin una línea de base y efectos predictivos, la mitigación y el monitoreo de los impactos de un proyecto carecen de sentido.¹⁴²⁵ Estos problemas también fueron identificados y desarrollados por expertos independientes, Robert H. Robinson y Robert Moran, en informes separados preparados en 2012 y 2014, respectivamente.¹⁴²⁶ SLR está de acuerdo con los hallazgos clave de esos informes.¹⁴²⁷ Estos problemas se tratan con más detalle a continuación.

a. El EIA de Exmingua no representó con precisión el impacto al agua

756. Progreso VII era un proyecto de alto riesgo desde una perspectiva ambiental debido al arsénico natural que estaba presente en el área,¹⁴²⁸ y los Demandantes hicieron muy poco para comprender y prevenir o mitigar problemas ambientales.¹⁴²⁹ En un nivel básico, los Demandantes hicieron poco para comprender los riesgos: no hubo un estudio de referencia de la geología o la hidrología.¹⁴³⁰ Sin este estudio, no había un punto de referencia con el cual juzgar y monitorear cualquier cambio o impacto futuro del Proyecto.¹⁴³¹ Incluso si los Demandantes quisieran afirmar que su proyecto era seguro, no tenían ninguna base para probarlo más que una conjetura.

757. El impacto en la calidad del agua se dividió en dos cuestiones: geología (los tipos de roca) e hidrología (cómo se comportaría el agua). En términos de geología, el EIA no incluye la composición química detallada de las rocas que se extraerán.¹⁴³² No hay información y examen de tipos de rocas, alteraciones, ubicación y dimensiones de zonas oxidadas y no oxidadas, así como mineralogía primaria y secundaria, pruebas geoquímicas, análisis de roca completa y análisis microscópico. Por lo tanto, no existe un mapa de la distribución espacial de minerales tóxicos en la roca.¹⁴³³ Si bien el EIA reconoce que la minería causará fracturas, hay poco análisis de cómo estas fracturas podrían contribuir a la contaminación del agua de

¹⁴²² Informe SLR, ¶ 28.

¹⁴²³ Informe SLR, ¶¶ 118-120.

¹⁴²⁴ Informe SLR, ¶¶ 111-116.

¹⁴²⁵ Informe SLR, ¶¶ 126-127.

¹⁴²⁶ Informe del Dr. Robert E. Moran de fecha 22 de mayo de 2014, p. 3. (**R-0185**); Informe Robinson, pp. 8-9 (**R-0049**).

¹⁴²⁷ Informe SLR, Sección 7.6.

¹⁴²⁸ Informe SLR, ¶¶ 52, 147.

¹⁴²⁹ Informe SLR, ¶ 103.

¹⁴³⁰ Informe SLR, Sección 7.32 y véase también ¶ 149.

¹⁴³¹ Informe SLR, ¶¶ 125-127.

¹⁴³² Informe SLR, ¶ 166.

¹⁴³³ Informe SLR ¶ 148.

escorrentía o cómo la minería afectaría el nivel de arsénico ya existente en la comunidad.¹⁴³⁴ El EIA implica que los desechos de roca serán estériles y los relaves geoquímicamente inertes, pero no hay pruebas cinéticas a largo plazo que respalden esto en el EIA. Por lo tanto, esto subestima la posible liberación de toxinas al medio ambiente desde la roca estéril.¹⁴³⁵

758. En relación con la hidrología, y sin los estudios adecuados de línea de base, los Demandantes no podían medir el impacto que la actividad minera podría tener en las aguas superficiales o subterráneas locales.¹⁴³⁶ El EIA se centró en las necesidades de agua del proyecto en lugar del impacto que tendría el proyecto en las fuentes de agua de la comunidad. Los datos sobre el agua presentados en el EIA con respecto a las aguas superficiales y subterráneas hacen que sea casi imposible evaluar el volumen de agua actualmente disponible en el área del proyecto y sus alrededores.¹⁴³⁷ Los datos tampoco permiten una evaluación de la calidad del agua existente antes de la extracción tanto para el agua superficial como para el agua subterránea¹⁴³⁸. No se realizaron mediciones ni pruebas adecuadas del flujo real de agua superficial o de los acuíferos existentes que permitieran determinar suficientemente las características de ambos.¹⁴³⁹ De manera similar, las pruebas de calidad del agua no son confiables considerando que no hay una descripción de los métodos utilizados para la recolección de muestras ni tampoco hubo pruebas para evaluar la variabilidad estacional en la calidad, el nivel y el rendimiento.¹⁴⁴⁰ Esta es precisamente la falta de análisis que generó preocupación en las comunidades afectadas por el proyecto.¹⁴⁴¹

759. Además, el EIA no aclara la interconexión entre las aguas superficiales y los flujos de aguas subterráneas y, por lo tanto, subestima los impactos que tendrán las operaciones mineras sobre la disponibilidad de agua en los pozos o manantiales locales.¹⁴⁴² Esto es especialmente preocupante considerando que el área es generalmente árida y la población local depende de las fuentes de agua locales para su suministro de agua.

760. En todo caso, el EIA no tiene claro que el seguimiento que pretende realizar será suficiente para brindar resultados precisos del impacto. No existe el compromiso de realizar un monitoreo de las aguas superficiales en los puntos de descarga en los límites del proyecto y en las aguas río abajo del proyecto.¹⁴⁴³ Al igual, el método utilizado deja en duda si el impacto se medirá con precisión.¹⁴⁴⁴

¹⁴³⁴ Informe SLR, ¶ 147.

¹⁴³⁵ Informe SLR, ¶¶ 147, 152.

¹⁴³⁶ Informe SLR, ¶¶ 149, 164.

¹⁴³⁷ Informe SLR, ¶¶ 167, 170, 171.

¹⁴³⁸ Informe SLR, ¶ 164.

¹⁴³⁹ Informe SLR, ¶¶ 167, 170.

¹⁴⁴⁰ Informe SLR, 165.

¹⁴⁴¹ Informe SLR, ¶ 164.

¹⁴⁴² Informe SLR, ¶ 170.

¹⁴⁴³ Informe SLR, ¶¶ 153, 165, 169.

¹⁴⁴⁴ Informe SLR, ¶169.

761. Como resultado de la falta de línea de base y falta de modelación inadecuada, el verdadero impacto de las actividades mineras en el agua de la comunidad no se puede entender ni conocer, lo que dificulta la mitigación más adelante en la vida del proyecto, y los impactos en las fuentes de agua locales. Por lo tanto, estos impactos se subestiman en el EIA.

b. Los planes de contingencia y mitigación de Exmingua son inadecuados y falta información clave

762. Las deficiencias en las áreas de geología e hidrología continuaron en otras partes del EIA. Por ejemplo, el EIA proporcionó pocos detalles en cuanto a los planes de mitigación o contingencia con respecto a derrames, aguas pluviales y gestión del agua de proceso. Lo más preocupante es que el EIA no incluyó un plan de contingencia en caso de que ocurriera un drenaje ácido de la mina.¹⁴⁴⁵

763. La ausencia de planes adecuados solo puede llevar a una conclusión razonable: los Demandantes no tenían idea de qué hacer o cómo responder al surgir un problema o emergencia ambiental. Una vez más, esto socava la confianza de la comunidad en el proyecto, ya que cualquier cosa fuera de lo común puede generar problemas que los Demandantes no tenían idea de cómo solucionar.¹⁴⁴⁶ Se trata de omisiones graves que refuerzan las deficiencias en la manera en que se desarrolló el EIA.

c. La evaluación del aspecto social del proyecto en el EIA es inadecuada y engañosa.

764. Para que los Demandantes tuvieran la esperanza de comprender a las comunidades locales y ganarse su confianza, tendrían que conocer a esas personas y los problemas que enfrentan. De manera similar a los problemas de hidrología, Exmingua no logró realizar una línea de base adecuada de las condiciones sociales existentes.¹⁴⁴⁷ Por tanto, el proceso de consulta es defectuoso y deficiente, como se discutió anteriormente: ignoraron a la gran mayoría de las comunidades afectadas. No se hizo ningún esfuerzo por consultar con las poblaciones indígenas,¹⁴⁴⁸ a pesar de reconocer su existencia en la zona.¹⁴⁴⁹ El enfoque de esta parte de el EIA se basa en presentar los beneficios del proyecto en lugar de revisar y analizar los posibles impactos negativos.¹⁴⁵⁰ Por lo tanto, el EIA tergiversa el apoyo del que disfrutó el proyecto porque no consultó más allá de un puñado de personas en tres de las aldeas vecinas.¹⁴⁵¹

765. Este no es el tipo de comportamiento de una empresa minera seria o una que prevé una relación duradera con la comunidad. No es de extrañar que los Demandantes respondan a las protestas con amenazas e

¹⁴⁴⁵ Informe SLR, ¶ 154.

¹⁴⁴⁶ Informe SLR, Sección 7.3.5

¹⁴⁴⁷ Informe SLR, ¶ 110; Informe de Producción Exmingua (2013), p. 53 (R-0174).

¹⁴⁴⁸ Informe SLR, ¶¶ 30, 123.

¹⁴⁴⁹ EIA, Sección 7.1 – Características de la Población (Anexo C-0082).

¹⁴⁵⁰ Informe SLR, ¶ 103.

¹⁴⁵¹ Informe SLR, ¶ 144.

intimidación, instando a la violencia en lugar de una resolución pacífica.

4) Los Demandantes no Cumplieron con la Ley Guatemalteca

766. Después de una aproximación a la evaluación del impacto ambiental que se basaba en un plan de trabajo falso, un incumplimiento de las normas internacionales y las mejores prácticas, ignorando rutinariamente cuestiones importantes, no es de extrañar que Exmingua no cumplió con las leyes de Guatemala después de que comenzó su operación.

767. Exmingua se comprometió expresamente a cumplir con las siguientes cláusulas ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”):

- Cumplir fielmente con todas las medidas de mitigación, planes de gestión ambiental, compromisos ambientales de control y seguimiento y cualquiera otros descritos en el Instrumento de Evaluación Ambiental, así como con las recomendaciones o indicaciones que emita el [MARN], respecto al Proyecto bajo su responsabilidad a partir del momento en que sea debidamente notificado.
- Que se hagan efectivas las medidas de mitigación, plan de seguridad y manejo ambiental, plan de contingencia, plan de manejo y disposición final de desechos y el plan de monitorio ambiental propuesto en el Instrumento de Evaluación Ambiental para el funcionamiento del Proyecto evaluado; y
- Cumplir fielmente y en el tiempo estipulado para el efecto, con los compromisos ambientales que en su momento sean emanados y requeridos por este Ministerio.¹⁴⁵²

768. Pero esto no ocurrió en la práctica. Como lo demuestra el informe de inspección del MARN de 2015, Exmingua no cumplió con sus obligaciones ni con la ley guatemalteca. Exmingua no cumplió con aproximadamente el 50% de sus obligaciones ambientales,¹⁴⁵³ incluidas las siguientes:

- No cumple con el monitoreo de las características físicas y químicas de las aguas en las pozas de generados por las actividades del proyecto, y que puedan generar accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. No cumple con monitoreos del suelo.
- No se tiene un lugar adecuado para el almacenamiento temporal de los desechos peligrosos, no cuentan con equipo de protección contra derrames de materiales peligrosos. No realizan ningún proceso de clasificación de los desechos sólidos.
- No cumple con la implementación de estructuras hidráulicas (fosas de sedimentación, canales de drenaje, etc); no cumple con la construcción de trampas de sedimentos para colectar los que traen agua de arrastre, que es conducida a través de las cunetas. Solamente cuentan con una caja natural de sedimentación en una escombrera. No cuentan con drenajes ni disipadores de energía para el manejo de agua de escorrentía.
- No cumplen con la obligación de establecimiento de taludes en las áreas donde se terminó la explotación, y tampoco existe tratamiento de las aguas superficiales. En las escombreras que se están utilizando aún no se tiene manejo de aguas superficiales.
- No cumple con la construcción de áreas de sedimentación para evitar que los sedimentos lleguen a las

¹⁴⁵² EIA, p. 5 (Anexo C-0082).

¹⁴⁵³ Informe elaborado por la Asesoría en Recursos Naturales y Constructora S.A. y presentado al MARN (18 de marzo de 2015) (**R-0186**).

fuentes superficiales de agua. Cuentan con una caja de sedimentación hecha de rocas, en una quebrada de agua superficial, sin embargo, es únicamente para una escombrera. No cuentan con separación de agua de escorrentía en todos los frentes de explotación.

- No cumple con la neutralización de óxidos o ácidos presentes en sedimentos de las pilas de sedimentación. Sólo se utilizan floculantes para aglutinar sólidos. No cumple con la creación, desarrollo, implementación y seguimiento de un programa de medio ambiente. No se presentó evidencia documental del programa de medio ambiente del proyecto Progreso Derivada VII.
- En el área de pilas de colas carece de un cerco de malla para evitar la entrada de especies de fauna silvestre, ni se tomaron medidas para evitar que aterricen aves en esta área.
- No cumple con el registro de materiales tóxicos o peligrosos donde incluya: tipo de desecho, área en la que se produjo, cantidad o volumen, fecha, destino final o proveedor a quien entregarlo. Los extintores no tenían rótulos, y no contaban con detectores de humo.
- No hay señalización y etiquetación de materiales peligrosos. En el área de bodega, no se utilizaba esa simbología para identificar las sustancias químicas.
- No cumple con el entrenamiento de seguridad industrial. Asimismo, Exmingua no cumplía con el equipo de protección personal necesario por las actividades del proyecto, y que pueden generar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Los vehículos no contaban con alarmas sonoras para dar marcha atrás, no tenían equipo de primeros auxilios ni extintor.
- No cumple con la implementación de una clínica de salud con carácter permanente dentro de sus instalaciones. Tampoco cumple con la obligación de mantener botiquines de primeros auxilios. Según un entrevistado, cuando se produce un evento no deseado, no se lo documenta.
- No cuenta con alarmas sonoras para avisos sobre emergencias, ni señalización de rutas de evacuación y puntos de reunión. Al momento de la inspección no se observó ninguna ruta de evacuación, puntos de reunión, ni equipo para la contención de derrames en todas las áreas que los necesitaban. Únicamente había una fosa API en el área de almacenamiento de combustible ubicado en la planta de proceso.¹⁴⁵⁴

769. El listado arriba mencionado no es exhaustivo.¹⁴⁵⁵ Sobre esta base, los Demandantes no pueden argumentar que cumplieron con todos los requisitos, leyes y permisos que Guatemala requiere. Este informe por sí solo demuestra que este no fue el caso. Artículo 51(c) de la Ley de Minería de Guatemala permite la suspensión de una licencia minera por incumplimiento de las normas ambientales.¹⁴⁵⁶ En otras palabras, el MEM habría estado legalmente justificado para suspender la licencia de Exmingua con base en el hallazgo de los informes de inspección emitidos por MARN. En efecto, se inició un procedimiento legal contra Exmingua como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones ambientales.¹⁴⁵⁷ Como observan los expertos mineros, Exmingua no estaba en cumplimiento con el EIA y los compromisos realizados al solicitar la autorización ambiental.¹⁴⁵⁸

¹⁴⁵⁴ Informe elaborado por la Asesoría en Recursos Naturales y Constructora S.A. y presentado al MARN (18 de marzo de 2015) (**R-0199**).

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ Ley de Minería, Art. 51 (**C-0186**).

¹⁴⁵⁷ Providencia de Trámite No. 475-2016/DCL/EOGP/mirf de MARN de fecha 24 de febrero de 2016 (**R-0187**).

¹⁴⁵⁸ Informe SLR, ¶ 31.

C. La Valuación de Progreso VII y Santa Margarita no se basa en Principios Aceptados en Materia de Minería

770. La minería es una de las profesiones más exigentes desde el punto de vista técnico y requiere conocimientos avanzados en muchas disciplinas. A diferencia de otras industrias, la minería es intrínsecamente incierta. Menos de 1 de cada 10.000 muestras de minerales se convierte en mina.¹⁴⁵⁹ El resultado es un sector que depende de una planificación minuciosa y precisa antes de que comience la minería.

771. Los Demandantes y sus peritos han abandonado la naturaleza cuidadosa de documentar y planificar. En algunas áreas, el trabajo es descuidado, como asumir un Plan LOM y una valoración basada en los ingresos para un depósito sin Reservas Minerales definidas. En otros, los insumos carecen de fundamento, se basan en estimaciones de recursos de al menos 17 años y están plagados de información faltante. Y luego están los vuelos de la fantasía, asumiendo valores desorbitados utilizando metodologías inventadas que carecen de conexión con El Tambor o mejores prácticas en valuación minera. En resumen, para un campo altamente técnico, los Demandantes han ofrecido una mezcla de información, careciendo incluso de los componentes básicos para generar algo más que un valor insignificante.

1. El Plan “LOM” es poco fiable y sin fundamento en documentación contemporánea

772. Un tribunal con tanta experiencia seguramente comprenderá la importancia de la falta de documentos de los Demandantes. Como mínimo, los Demandantes deben respetar y apoyar sus afirmaciones en los planes que presentaron a Guatemala cuando Exmingua solicitó sus licencias de explotación y ambientales. Exmingua tuvo que proporcionar planes para la minería como un compromiso de los Demandantes con Guatemala, quienes tenían todas las razones para confiar en esos planes. Increíblemente, los Demandantes no se fundan en esos planes, un “enganche y engaño”, sino que recurren a SRK, los expertos contratados para este arbitraje, para preparar nuevos planes, nunca antes presentados a Guatemala.

773. El momento de presentar los planes de SRK es aún más sospechoso considerando la manera actual que operaban la mina los Demandantes. Ya en el 2013, los Demandantes habían contemplado presentar esta demanda bajo el DR-CAFTA, contratando a sus abogados actuales precisamente para esta tarea.¹⁴⁶⁰ Cada miembro del Tribunal conoce que la existencia y calidad de los planes de los Demandantes es un componente integral para inflar los daños reclamados. Aun así, los Demandantes no brindan nada de esto, ni siquiera para la parte que estuvo en operación en el Tambor. No hay ningún estudio exploratorio o un análisis económico preliminar, ni tampoco un estudio de prefactibilidad o de factibilidad, a pesar de que estos estudios son una práctica estándar para cualquier proyecto minero que pasa a producción.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁹ Informe SLR, ¶ 230.

¹⁴⁶⁰ Carta de White & Case a MEM de fecha 25 de julio de 2013 (C-0114).

¹⁴⁶¹ Informe SLR, ¶ 301.

774. En lugar de documentos de 2011 a 2016, durante el tiempo en que los Demandantes tenían que proporcionar planes de trabajo, los Demandantes contrataron a SRK para crear un plan de "vida de la mina" ("Plan LOM") únicamente para los propósitos de este caso, con base en premisas no verificables hechas ya después de que las operaciones estaban en curso. El Informe SRK menciona, improbablemente, que los Demandantes estaban en "el proceso de desarrollar" los pronósticos de producción cuando la operación se suspendió en 2016.¹⁴⁶² Sin embargo, esta declaración es otra alegación sin fundamento, como muchas de las otras premisas presentadas por SRK. No hay documentos que apoyan estos pronósticos ni el proceso, mucho menos los documentos subyacentes que muestran la base de los pronósticos. En esencia, este es un enfoque de minería fundamentalmente poco serio, especialmente cuando Exmingua supuestamente tenía planes al solicitar los permisos del Estado.

775. Sin documentos, SRK sin duda basó el plan LOM en "premisas"¹⁴⁶³ extraídas en gran medida de la declaración del propio Sr. Kappes donde dio su "opinión" sobre cómo habrían procedido las cosas,¹⁴⁶⁴ y una hoja de cálculo de Excel que es imposible de verificar y que pretende registrar la cantidad diaria de mineral procesado mientras la mina estaba en operación.¹⁴⁶⁵ A la hoja de cálculo le hacen falta semanas de información, cambia respecto a la metodología sin razón alguna (cambia de A a B), y muestra distintos números respecto a toneladas y grado. Utilizando solo estos dos documentos, y un memorando de 2003 del "potencial de exploración" del área (en lo sucesivo denominado Estimado de Gold Fields),¹⁴⁶⁶ SRK afirma que puede predecir la producción de la mina hasta 2026.

776. SRK no solo está equivocado, sino que su enfoque carece de cualquier indicio serio de fiabilidad. Como se explica más adelante, el LOM es completamente inadecuado a efectos valuatorias. Su propia base, la Estimación de Gold Fields, no ofreció ninguna prueba concluyente sobre el tamaño del recurso; tampoco era esa su intención. La Estimación de Gold Fields ofreció cuatro posibles estimaciones diferentes del tamaño del recurso, cada una con resultados dramáticamente diferentes. SRK simplemente eligió uno de los cuatro, sin explicación alguna.

777. A partir de ese punto, SRK elabora un plan creando premisa tras premisa hasta que todas las variables necesarias (es decir, tasa de procesamiento, costos operativos, etc.) estén en su lugar. Luego, pone todas estas premisas en una presentación que pretende parecer profesional y lo llama un Plan de vida de la mina (LOM).¹⁴⁶⁷ Este tipo de proceso debería generar escepticismo, no confianza, y como se muestra a continuación, el Plan

¹⁴⁶² Informe SRK, ¶ 30.

¹⁴⁶³ Informe SRK, ¶ 34.

¹⁴⁶⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 374.

¹⁴⁶⁵ Véase Datos Resumidos Diarios de la Planta entre octubre 2014 y mayo 2016 (C-0125).

¹⁴⁶⁶ Maynard, S.R., 2003, Tambor Joint Venture – Resumen del Potencial de Exploración ("Memo Maynard"), de fecha 18 de noviembre de 2003 (C-0046).

¹⁴⁶⁷ Informe SRK, Apéndice 1.

LOM está lleno de fallas que lo hacen inútil para los propósitos de este arbitraje

2. Exmingua no tenía licencia para explotar el yacimiento más grande incluido en el plan LOM

778. El error más obvio es evidente. El plan LOM esencialmente predice cuánto oro se extraerá en tres yacimientos— Guapinol Sur, Poza del Coyote y Laguna Norte, hasta el año 2026, incluidos los costos,¹⁴⁶⁸ que después se incorporan al modelo de valuación de los Demandantes.

779. El problema, sin embargo, es que el yacimiento más grande en el plan de SRK no se encuentra dentro del área de licencia de Progreso VII. Laguna Norte está ubicada en la zona de Santa Margarita, completamente separada de los otros dos yacimientos.¹⁴⁶⁹

780. La ubicación de Laguna Norte hace nula casi mitad del plan de SRK, porque Exmingua no tenía licencia para explotar Santa Margarita. Exmingua ni siquiera completó un EIA para la operación de Santa Margarita. En cambio, Exmingua suspendió voluntariamente su exploración, y sus accionistas ahora buscan las ganancias de ese esfuerzo abandonado.

781. Según la Estimación de Gold Fields —el único documento en el que se basó SRK para determinar el tamaño del recurso—, el yacimiento Laguna Norte representa el 47% de todo el plan de la mina.¹⁴⁷⁰ Por lo tanto, el plan debe reducirse de manera acorde.

3. No hay soporte para la duración del plan LOM

782. El plan LOM proyecta que la mina operara hasta el 2026, aproximadamente 10,5 años después de su suspensión en mayo de 2016. Esta proyección no se basa en ningún análisis técnico de la operación de la mina, como se esperaría. Se basa más bien en una división simple: dividida la cantidad de materia prima que se necesita extraer (una premisa creada por SRK) por la cantidad de materia prima que se puede extraer en un año (otra premisa creada por SRK), el resultado es igual al número supuesto de años necesarios para explotar los tres yacimientos.

a. No hay fundamento para el tamaño del recurso en el plan de SRK

783. El problema, además de la evidente falta de documentación técnica, es que las dos variables de la ecuación de SRK no tienen fundamento real. Para alcanzar una vida útil de 10,5 años, SRK asume que se procesarán 900,000 toneladas de materia prima a una tasa de 87,500 toneladas por año (tpa). $[900.000 / 87.500 = 10,5]$ ¹⁴⁷¹. Pero desde el principio, no está del todo claro cómo SRK alcanza esa cifra de 900.000. SRK cita a la declaración del Sr. Kappes, quien parece basar su hipótesis en la Estimación de Gold Fields¹⁴⁷². Sin

¹⁴⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶ 368.

¹⁴⁶⁹ Véase Mapa, Memorial de Demanda, ¶ 21.

¹⁴⁷⁰ Laguna Norte contiene 338,000 toneladas de las 720,000 toneladas de mineral estimadas por Gold Fields y SRK. Véase Informe SRK, tabla 3-1.

¹⁴⁷¹ Informe SRK, ¶ 37.

¹⁴⁷² Informe SRK, ¶ 37; Kappes, ¶ 117.

embargo, como observa SLR, ese estimado es muy alto. Presume que 100 por ciento del mineral sería fácilmente explotado.¹⁴⁷³ Tal manipulación propia y sin fundamento por parte de los Demandantes, que ni siquiera proviene de los expertos, no puede constituir la base de su propia valuación en este proceso.

784. Además, la Estimación de Gold Fields no es una proyección confiable del mineral que se extraerá. La estimación completa de Gold Fields ofrece 4 posibles proyecciones diferentes sobre la cantidad de oro disponible en los tres yacimientos, cada una con resultados dramáticamente diferentes.¹⁴⁷⁴ SRK simplemente eligió una de las cuatro opciones disponibles, sin ninguna explicación o evidencia aparente,¹⁴⁷⁵ aunque las estimaciones varían de 720.271 toneladas a 2.050.369 toneladas, una variación de casi el 300%. Las estimaciones se encuentran a continuación; SRK simplemente eligió la opción del cuadro superior izquierdo.

	Cross-Sectional				Gems (3D block model)		
	CO G	Tonnes	Grade	Contained Gold	Tonnes	Grade	Contained Gold
High Grade Cut-offs	(g/t)	(t)	(g/t Au)	(oz)	(t)	(g/t Au)	(oz)
Guapinol South	2.0	194,300	13.164	82,237	155,054	15.29 5	76,246
Poza del Coyote	2.0	187,971	8.458	51,115	90,000	10.16 0	30,000
Laguna North (HG zone)	1.0	338,000	10.214	111,000	193,000	11.99 0	74,466
Total		720,271	10.552	244,352	438,054	12.83 1	180,712
Low Grade Cut-offs	(g/t)	(t)	(g/t Au)	(oz)	(t)	(g/t Au)	(oz)
Guapinol South	0.3	748,795	4.020	96,790	919,517	4.221	124,777
Poza del Coyote	0.3	438,137	4.012	56,511	380,000	3.570	40,000
Laguna North (HG and LG Zone)	1.0	723,000	5.930	138,000	750,852	5.010	122,818
Total		1,909,9 32	4.744	291,301	2,050,3 69	4.363	287,595

785. Incluso si esta proyección fuera superior a las demás, lo cual no es así, no sería lo suficientemente confiable para el plan de SRK. La estimación de Gold Fields no es una estimación de recursos reconocida por

¹⁴⁷³ Informe SLR, ¶ 60 (“SRK asume que todos los recursos habrían sido económicamente explotables sin proporcionar ningún plan de mina para respaldar esta afirmación...”).

¹⁴⁷⁴ Informe SLR, ¶ 48; (“Otra fuente de incertidumbre radica en las grandes diferencias que se encontraron entre los dos métodos de estimación utilizados (modelo de bloques 3D de corte transversal versus modelo GEMS) para la estimación de recursos minerales de 2003. El recurso estimado usando el modelo de bloques GEMS 3D (ignorado por SRK) resulta en una disminución del 26% en las onzas de oro contenidas. Esta discrepancia permanece sin explicación) (traducción libre); Ver Maynard, S.R., 2003, Tambor Joint Venture – Resumen del Potencial de Exploración (“Memo Maynard”), de fecha 18 de noviembre de 2003 (C-0046).

¹⁴⁷⁵ Ver Informe SRK, ¶ 19.

los estándares de la industria.¹⁴⁷⁶ No es más que una "estimación preliminar de recursos", que describe el potencial de exploración del área.¹⁴⁷⁷ Hay poca o ninguna información subyacente sobre la cual verificar las proyecciones; tampoco la estimación fue revisada por una persona independiente calificada, un requisito bajo los estándares internacionales de reporte de información.¹⁴⁷⁸

786. Aún más sorprendente es la inexistencia de clasificaciones de confianza en la Estimación Gold Fields, que son obligatorias bajo las directrices de mejores prácticas del Instituto de Minería en Canadá ("IMC").¹⁴⁷⁹ Los recursos como el Proyecto Tambor siempre se clasifican según el nivel de conocimiento geológico, lo que básicamente se define por cuánto se sabe sobre las materias bajo la tierra. Los "Recursos Inferidos" son menos confiables que los "Recursos Indicados", que a su vez son menos confiables que los "Recursos Medidos".¹⁴⁸⁰ La Estimación de Gold Fields no ofrece ninguna de estas clasificaciones de confianza.

787. Cabe destacar que SRK tenía esta información disponible, pero decidió ignorarla. El Informe CAM,¹⁴⁸¹ una estimación posterior sobre los tres mismos yacimientos ofrece las clasificaciones de confianza que faltan en la Estimación de Gold Fields. Según el Informe CAM, el 85% del recurso total es "inferido", es decir, la clasificación más bajo de confianza, mientras que el 15% son "Recursos Indicados", es decir, se clasifican en un nivel medio de confianza.¹⁴⁸² Nada llega a un alto nivel de confianza.

	COG (g/t Au)	Tonnes (t)	Grado (g/t Au)	Contenido Au (oz)
Indicados				
Guapinol South - Cliff Zone	0.3	336,000	3.910	42,200
Poza del Coyote	0.3	120,000	4.024	15,500
Total Indicados		456,000	3.940	57,800
Inferidos				
Guapinol South - Cliff Zone	0.3	368,000	5.325	63,000
Poza del Coyote	0.3	228,000	4.219	31,000
Laguna North	0.3	1,951,000	1.950	122,200
Total Inferidos		2,547,000	2.641	216,200

788. Ésta es información muy relevante. Según las directrices de la industria, los Recursos Inferidos no pueden formar la base para las estimaciones de valoración debido a su "sustancialmente mayor riesgo de

¹⁴⁷⁶ Informe SLR, ¶ 44.

¹⁴⁷⁷ Maynard, S.R., 2003, Tambor Joint Venture – Resumen del Potencial de Exploración ("Memo Maynard"), de fecha 18 de noviembre de 2003 (C-0046).

¹⁴⁷⁸ Informe SL, ¶ 49.

¹⁴⁷⁹ Informe SLR, ¶¶ 5.2-53.

¹⁴⁸⁰ Informe SLR, ¶ 291.

¹⁴⁸¹ Informe Técnico de CAM de fecha 7 de enero de 2004 (C-0039).

¹⁴⁸² Informe Técnico de CAM de fecha 7 de enero de 2004, p. 1.4 (C-0039).

incertidumbre".¹⁴⁸³ Y, sin embargo, el 85% del Proyecto Tambor carece del nivel de confianza necesario para estimar con precisión su valor.

789. A SRK no parece importarle. Analiza el Informe CAM,¹⁴⁸⁴ pero luego ignora por completo la información que contiene, confiando exclusivamente en la Estimación de Gold Fields porque refleja mejor su plan LOM (un razonamiento circular en el mejor de los casos).¹⁴⁸⁵ Pero incluso entonces, SRK podría haber incorporado los niveles de confianza de CAM en la estimación de Gold Fields. Simplemente decidió no hacerlo.

b. La capacidad de procesamiento de Exmingua también está exagerada.

790. Además de exagerar el tamaño del recurso, SRK también exagera la capacidad de procesamiento de Exmingua o "*feed capacity*". SRK proyecta la capacidad de procesamiento anual de la mina en 87.500 tpa basado en un gráfico del registro de procesamiento diario de la mina, que sin duda fue creado para los propósitos de este caso. El cuadro titulado "*Daily Plant Summary Data October 2014-May 2016*"¹⁴⁸⁶ es solo una hoja de cálculo de cinco columnas sin título que enumera los días del año (divididos en dos turnos), cuánta materia prima se habría procesado para cada turno y la cantidad de oro contenida en la materia prima. Muchos de los días ni siquiera registran cuánta materia prima se procesó, y los turnos aparecen y después desaparecen.

791. La veracidad del gráfico no es su único problema. Es significativo que el gráfico en el que se basa SRK (Anexo C-0125) no demuestra que Exmingua pueda procesar 87.500 toneladas por año, mucho menos 95.000 toneladas por año; ni en 2014 cuando se inició la operación ni en 2016 cuando se suspende la operación. Ni siquiera cerca, de hecho. La cifra de 87.500 tpa equivale a aproximadamente 250 toneladas por día (tpd). Sin embargo, en promedio, la mina procesaba alrededor de 200 tpd, o alrededor de 70.000 toneladas por año.

¹⁴⁸⁷

792. SRK reconoce esta realidad, aunque elige ignorarla, una vez más. Si bien reconoce que la tasa más alta rara vez se logró (es decir, "a veces" durante los últimos dos meses de operación),¹⁴⁸⁸ SRK supone, no obstante, que esta tasa se habría logrado diariamente durante los siguientes 10,5 años. Para respaldar su suposición, SRK señala ciertas "modificaciones y actualizaciones" realizadas a la planta, citando la propia Declaración del Sr. Kappes.¹⁴⁸⁹ Pero una vez más, ni SRK ni el Sr. Kappes ofrecen ninguna prueba de esas modificaciones, contemporáneas o de otra fecha.¹⁴⁹⁰ Ni siquiera está claro si se realizaron tales "modificaciones o

¹⁴⁸³ SLR Report ¶ 60.

¹⁴⁸⁴ Informe SRK ¶ 21.

¹⁴⁸⁵ Informe SRK ¶ 25.

¹⁴⁸⁶ Datos Resumidos Diarios de la Planta entre octubre 2014 y mayo 2016 (C-0125).

¹⁴⁸⁷ Ver Informe SLR, ¶ 60; Datos Resumidos Diarios de la Planta (C-0125).

¹⁴⁸⁸ Informe SRK, ¶ 35.

¹⁴⁸⁹ Informe SRK, ¶ 35.

¹⁴⁹⁰ Ver Declaración del Sr. Kappes, ¶¶ 109-114.

actualizaciones", si se compró el equipo o si las modificaciones resultaron satisfactorias.

793. Adicionalmente, Exmingua ni siquiera planeaba, en la práctica y sus presentaciones ante el MEM y el MARN, operar al ritmo asumido en el plan LOM. La licencia minera de Exmingua para Progreso VII se basó en un plan, presentado al MEM y MARN, para operar a 150 tpd, o aproximadamente 55.000 toneladas por año¹⁴⁹¹. El EIA también se limitó a una operación de Exmingua a 150 tpd.¹⁴⁹² Curiosamente, estos puntos nunca son planteados por el Sr. Kappes o SRK. En las 52 páginas de la declaración del Sr. Kappes, no menciona la tasa de 150 tpd ni una sola vez. En cualquier caso, el plan LOM proyecta mucho más allá de las tasas que Exmingua pudo procesar y debe ajustarse en consecuencia.

4. La tasa de recuperación también está exagerada

794. Uno de los otros componentes principales del plan de SRK es la supuesta recuperación metalúrgica o tasa de recuperación del 82%. La "tasa de recuperación" se refiere a la cantidad de oro que podría extraerse de una determinada cantidad de materia prima. Esta cifra, cuando se combina con la "tasa de pago", es decir, la cantidad de oro que se pagará después de deducir los costos de fundición, refinación y transporte, permite proyectar cuánto dinero se habría generado de estos tres yacimientos, menos los costos.

795. Al igual que las otras premisas del plan de SRK, no existe una base para la tasa de recuperación del 82%. SRK usa esta premisa basándose en la misma hoja de cálculo de Excel que ofrece para sus otras premisas¹⁴⁹³. Sin embargo, la tasa promedio de recuperación que se informa en esa hoja de cálculo entre octubre de 2014 y mayo de 2016 fue del 62%,¹⁴⁹⁴ significativamente menos que el 82% asumido en el plan LOM. Si bien SRK reconoce que sería necesario realizar ciertas mejoras antes de que se pudiera lograr la tasa más alta, estas mejoras nunca se realizaron. Y SRK falla, una vez más, en ofrecer evidencia de que se hubieran hecho o que hubieran sido efectivas.

796. Para resumir las deficiencias de LOM hasta ahora: (i) la mitad del plan de LOM se basa en un depósito que Exmingua no estaba autorizado a extraer; (ii) el tamaño supuesto del recurso se basa en una estimación desactualizada, 85% de la cual es demasiado desconocida para fines de valoración; (iii) la velocidad supuesta a la que la mina procesaría el material (de manera constante durante 10,5 años) rara vez se logró en la práctica y, sin embargo, está por encima del límite en el que Exmingua podría operar; y (iv) la tasa de recuperación supuesta es casi 40% superior a la tasa realmente alcanzada.

¹⁴⁹¹ Solicitud de Licencia de Explotación, p. 92 (R-0188).

¹⁴⁹² EIA, pp. 137-138 (C-0082).

¹⁴⁹³ Ver Informe SRK, ¶ 41, "Datos Resumidos Diarios de la Planta" (C-0125).

¹⁴⁹⁴ Informe SLR, Tabla 3.

5. Los costos operativos y de capital asumidos en el plan LOM son superficiales y subestimados

797. Los costos operativos y de capital presentados en el plan LOM, al igual que otras variables, carecen de fundamentación. SRK no estima los costos en sí, sino que simplemente proporciona comentarios sobre las estimaciones proporcionadas por el Sr. Kappes, refiriéndose a todas ellas como "razonables", sin dar justificación objetiva para esta conclusión.¹⁴⁹⁵

798. No hay razón para tomar la palabra del Sr. Kappes como válida. KCA no opera minas. No es una compañía minera importante (y ninguna de esas categorías produciría un estimado informal). Si SRK fuera verdaderamente independiente, al menos emprendería un ejercicio para juzgar la razonabilidad de los pensamientos de su cliente. Nada de esto existe en el expediente. Predeciblemente, las estimaciones que proporciona el Sr. Kappes (SRK no hizo nada para confirmarlos), adolecen de la misma falta de fundamentación que todas las demás premisas del plan LOM.¹⁴⁹⁶

799. En cuanto a los costos de capital, que se estiman en USD 24,6 millones durante 10,5 años,¹⁴⁹⁷ simplemente no hay prueba que demuestre un nivel de costos tan bajo. No se adjuntan estimaciones de costos contemporáneos a la declaración del Sr. Kappes y no hay cotizaciones de proveedores o recibos para verificar la exactitud del presupuesto presentado. En el mejor de los casos, la estimación proporcionada por el Sr. Kappes es una estimación de Clase 5,¹⁴⁹⁸ el tipo de estimación más superficial que existe en la industria.¹⁴⁹⁹ Probablemente, los costos efectivos serían, al menos, un 50% más altos.¹⁵⁰⁰

800. En cuanto a los costos operativos, los Demandantes solo ofrecen 2,5 meses de gastos (octubre a diciembre de 2015), cuando la mina estaba en operación.¹⁵⁰¹ A partir de esa imagen estática limitada, los Demandantes generan una "declaración de ingresos" para todo el año 2015, que parece ser solo una estimación en lugar de una declaración.¹⁵⁰² Esto es extraordinario. Los Demandantes deben proporcionar estados financieros preparados en 2015-2016, no extrapolar los números que prefieren. A partir de ahí, SRK ofrece un desglose rudimentario de los costos operativos por tonelada de mineral procesado, que solo sirve para complicar el análisis en lugar de respaldarlo. En última instancia, las cifras de costos en el Apéndice 1 del Informe SRK no tienen conexión aparente con ninguno de los documentos / estimaciones proporcionados por

¹⁴⁹⁵ Informe SRK, ¶¶ 49-57.

¹⁴⁹⁶ Ver Informe SLR, ¶¶ 78-79.

¹⁴⁹⁷ Informe SRK, ¶ 78.

¹⁴⁹⁸ Informe SLR, ¶ 191.

¹⁴⁹⁹ Informe SLR, Tabla A5-2.

¹⁵⁰⁰ Informe SLR, ¶ 82.

¹⁵⁰¹ Datos de Flujo de Efectivo de Tambor (C-0136) y Datos de Posición de Flujo de Caja Semanal de Exmingua entre el periodo de 2 de octubre de 2015 y 4 de diciembre de 2015 (C-0158).

¹⁵⁰² Kappes, n. 162 (señalando que la "Declaración de Ingresos" "se basa en las cuentas reales que deben abonarse por un período de 2,5 mes, cuando la planta estaba funcionando").

los Demandantes

6. Guatemala ofrece un plan de mina (LOM) revisado que refleje con mayor precisión el recurso mineral y los costos de operación

801. El plan LOM ofrecido por los Demandantes y SRK es demasiado superficial y sin respaldo para valorar la mina en operación. Como alternativa, el experto SLR ha proporcionado un plan más apropiado que incorpora variables más razonables.¹⁵⁰³ Al hacerlo, SLR no construye un Plan LOM completamente nuevo. Hay muy poca información en el expediente sobre las operaciones de Exmingua para construir un Plan LOM sustentable para usar a efectos valuatorios. En cambio, SLR simplemente re expresa el modelo SRK (con variables ajustadas) sin respaldarlo.

- Con respecto al tamaño del recurso, SLR conservadoramente comienza con la misma estimación utilizada por SRK — la Estimación de Gold Fields — pero con las clasificaciones de confianza ofrecidos en el Informe CAM. Los recursos inferidos capturados en el Informe CAM se reducen en un 50% para tomar en cuenta el menor nivel de confianza, lo que resulta en una estimación de recursos de 494.000 toneladas de material.¹⁵⁰⁴
- La vida de la mina se reduce de 10,5 años a ocho años.
- La tasa de recuperación se ajusta al 50% para reflejar con mayor precisión la recuperación lograda durante la operación de la mina.¹⁵⁰⁵ La cifra representa un promedio de dos tasas de recuperación diferentes (contradictorias) derivadas de los datos de los Demandantes.¹⁵⁰⁶
- La tasa de procesamiento se ajusta a 70.000 tpa (por debajo de 87.500 tpa) para, una vez más, reflejar con mayor precisión las tasas alcanzadas cuando la mina estaba en operación.¹⁵⁰⁷
- Como resultado, la cantidad de oro recuperado cae de 186,000 oz a 65,000 oz. En consecuencia, los ingresos netos de Exmingua caen de USD 236,1 millones a USD 70 millones.¹⁵⁰⁸
- Sobre los costos, SLR ha agregado una contingencia del 40% (aproximadamente 7 USD millones) para dar cuenta de la forma rudimentaria en que SRK abordó los costos La Oportunidad de Exploración de El Tambor tiene un valor mínimo.¹⁵⁰⁹

802. El plan de mina elaborado por SLR/RPA se encuentra en la Tabla 9 de su informe.¹⁵¹⁰

D. Los Blancos de Exploración y las Oportunidades de Exploración Perdidas: los Demandantes entran al reino de los clarividentes y adivinadores

803. En acuse de su enfoque poco serio, los Demandantes han aplicado metodologías de valuación desconocidas o completamente inaceptables para especular sobre el valor de depósitos que numerosas

¹⁵⁰³ Informe SLR, ¶¶ 173 *et. seq.*

¹⁵⁰⁴ Informe SLR, ¶ 179.

¹⁵⁰⁵ Informe SLR, ¶ 184.

¹⁵⁰⁶ *Ver* Informe SLR, ¶ 184 (refiriéndose al correo del Sr. J. Hernández (Exmingua) dirigido a el Sr. A. Vaides (Exmingua) de fecha 13 de mayo de 2016 (C-0157), y Datos Resumidos Diarios de la Planta para octubre 2014 a mayo 2016 (C-0125).

¹⁵⁰⁷ Informe SLR, Tabla 9.

¹⁵⁰⁸ Informe SLR, Tabla 9.

¹⁵⁰⁹ Informe SLR, ¶¶ 191, 193.

¹⁵¹⁰ Informe SLR, Tabla 9.

compañías mineras decidieron dejar pasar. Como se detalla en el Informe SLR, no existe base científica o industrial para el valor de los Blancos de Exploración y las Oportunidades de Exploración Perdidas propuesto por SRK y Versant, especialmente proyectando el desarrollo entre 2016 y 2020, lo cual representa un enfoque "puramente especulativo" que "está en el reino de los clarividentes y adivinadores y no tiene lugar en las valuaciones de propiedades mineras responsables".¹⁵¹¹

1) Los Blancos de Exploración Son Demasiado Desconocidos para ser Valuados mediante Estándares de la Industria

804. Aparte de los tres depósitos en el plan LOM, los Demandantes, con la ayuda de SRK y Versant, intentan valorar otras áreas inexploradas de las concesiones Progreso VII y Santa Margarita. SRK identifica tres blancos de roca dura —Guapinol Norte, Rio Quixal y JNL—que "pueden albergar" oro para explotación.¹⁵¹² Adicionalmente, SRK selecciona a dedo una serie de blancos que "asume" podrían "proveer suficiente material" para soportar operaciones mineras, y agrupa los objetivos (asumidos) en un solo objetivo o "objetivo de saprolita" como lo denomina.¹⁵¹³

805. De allí, SRK estima el tamaño "potencial" de cada blanco en términos de recursos auríferos—750.000 onzas por los objetivos de roca dura y 1,5 millones de onzas por objetivo(s) de saprolita—y el "valor potencial" de estos blancos utilizando un enfoque de flujo de caja descontado¹⁵¹⁴. Las estimaciones están basadas, nuevamente, en la suposición que los Demandantes habrían elegido explotar esos blancos, lo que también es una suposición sin fundamento.¹⁵¹⁵

806. En efecto, no existe evidencia que demuestre que los Demandantes tenían intenciones reales de explotar dichos blancos. Dichos blancos no se encuentran mencionados en el Memorial de los Demandantes, salvo para efectos de valuación. Ninguna de las solicitudes de explotación o documentos medioambientales de los Demandantes hace referencia a estos blancos. Y como es reconocido por el propio experto de los Demandantes, se requería exploración adicional antes de tomar una decisión sobre la explotación minera en otras áreas.¹⁵¹⁶

807. La capacidad es otro problema. Como fue discutido en la sección anterior, Exmingua no tenía un plan de mina que previera minar más de 150 toneladas por día. Ya venía excediendo la cuota de otros blancos. Y aún más, Exmingua ni siquiera habría podido alcanzar las 250 toneladas por día que proyectaba en el precitado plan LOM. Añadir tonelaje de estos otros sitios habría sido imposible, y probablemente ilegal. Este es apenas

¹⁵¹¹ Informe SLR, ¶ 219.

¹⁵¹² Informe SRK, ¶ 71. Memorial de Demanda, ¶ 380.

¹⁵¹³ Informe SRK, ¶ 72. Memorial de Demanda, ¶ 380.

¹⁵¹⁴ Informe SRK, ¶¶ 76-86.

¹⁵¹⁵ Informe SRK, ¶ 86.

¹⁵¹⁶ Informe SRK, ¶ 86.

el principio de los problemas.

a. Los blancos de exploración no son recursos minerales

808. Aunado a estas evidentes contradicciones entre la realidad y el hipotético plan de explotación de los Demandantes, los objetivos de exploración identificados en el informe de SRK son "conceptuales en su naturaleza y en modo alguno constituyen Recursos Minerales o Reservas Minerales" de conformidad con los estándares de la industria.¹⁵¹⁷ Es importante considerar esto. La industria minera ha trabajado por décadas para desarrollar y mantener estándares que reflejen el nivel de certeza que una empresa minera puede pretender. Estos estándares están reflejados en las definiciones de Reservas Minerales o Recursos Minerales, y definen cada estimación de recursos reportada en los mercados de valores de todo el mundo. SRK ha abandonado estándares generalmente aceptados para reemplazarlos por los suyos propios—cuestión impactante por parte de cualquier experto respetable.

809. Mientras avanza en su fantasía, las asunciones hechas por SRK son, de acuerdo con SLR, "puramente especulativas" y "una totalmente inapropiada e inaceptable derivación de valor."¹⁵¹⁸ Todos los estándares internacionales para la valuación de propiedades mineras (CIMVAL 2019, SAMVAL 2018 and VALMIN 2015) restringen el uso del enfoque de flujo de caja descontado para propiedades en exploración, como lo son las que se encuentran bajo análisis.¹⁵¹⁹ Pero SRK no presta atención a estas restricciones. Lo anterior llevaría a este Tribunal a abandonar todos los estándares aceptados en el sector.

810. En cambio, SRK se basa en una serie de enfoques alternativos (llamados el "Enfoque de Estatus de Exploración y el "Enfoque Geológico Probabilístico") para proyectar la valuación y que supuestamente compensan la falta de conocimiento en torno a cada objetivo.¹⁵²⁰ SLR tiene muchas críticas a estos dos enfoques, una de las cuales es el hecho que SRK creó estos enfoques sin que gocen de aceptación por parte de la industria. Sin embargo, la crítica más importante es que estos enfoques no fueron ideados para valorar proyectos de exploración. En el mejor de los casos, estos enfoques son utilizados para ser usados por compañías mineras en la toma de decisiones sobre la continuación de la exploración.¹⁵²¹

811. Los enfoques de SRK también desafían el sentido común. Radius, una compañía cuyos ejecutivos tenían años de experiencia en Centroamérica, jamás impulsó los Blancos de Exploración, y Gold Fields, una gran compañía, dejó pasar la oportunidad de hacerlo. Radius pretendía compartir la información de perforación con múltiples compañías, ninguna de las cuales deseaba seguir adelante, y luego los Demandantes aparecieron y decidieron enfocarse en una parte distinta de El Tambor. Ningún enfoque, científico o no, puede compensar

¹⁵¹⁷ Informe SLR, ¶ 214.

¹⁵¹⁸ Informe SLR, ¶ 213.

¹⁵¹⁹ Informe SLR, ¶ 228.

¹⁵²⁰ Informe SRK, §§ 4.5 y 4.6.

¹⁵²¹ Informe SLR, ¶ 229.

por el hecho que nadie considerase lucrativos a estos depósitos.

2) La Pérdida de Oportunidad de Exploración "no es digna de una discusión seria" 1522

812. En adición a un plan de mina carente de documentación y los blancos de exploración excesivamente especulativos, los Demandantes aspiran daños por otros siete blancos que Exmingua "podría haber descubierto" después del cierre de la mina en 2016.¹⁵²³ El enfoque de SRK aquí se basa supuestamente en "comparaciones con otros distritos de geología similar."¹⁵²⁴ Al igual que con los Blancos de Exploración, la evaluación no se basa en un entendimiento del área de concesión, verificable y reconocido por la industria.

813. De acuerdo con SLR, el enfoque aquí es similar al utilizado por gobiernos y agencias internacionales para "evaluar la llamada dotación mineral no descubierta de un país" para propósitos de planificación a largo plazo y política minera.¹⁵²⁵ El enfoque puede ser aceptable para planificar un programa de exploración, pero no es un medio apropiado para valorar blancos específicos.

814. El enfoque es errado en sí mismo, por múltiples razones. Principalmente, SRK define cada blanco en términos de onzas (como si fuesen propiedades con Reservas Minerales) en lugar de un valor neto presente conceptual. SRK trabaja desde el valor actual neto conceptual hasta la etapa de exploración, como es requerido por el enfoque. En cambio, SRK trabaja hacia adelante, aplicando un factor de probabilidad a la totalidad del monto de oro proyectado para deducir cuanto oro podría potencialmente descubrirse para el 2020.¹⁵²⁶ El experto en valuación de los Demandantes, Versant, luego trata la totalidad de este potencial de exploración como si se tratase de un Recurso Mineral confirmado para los efectos de la valoración. RPA "rechaza totalmente" este método de valuación.¹⁵²⁷

815. Estas propiedades, probablemente ni siquiera "descubrimientos", no pueden recibir una valuación que asume que el oro es un Recurso Mineral, el más alto grado de certeza. Solo 1 en 10.000 proyecciones de minerales dan como resultado una mina en funcionamiento, y por una buena razón: la presencia de unos pocos estudios no equivale a una mina operativa. La Pérdida de Oportunidades de Exploración no amerita una discusión seria, y el Tribunal debe rechazarlas de plano.

VIII. DAÑOS

816. Los Demandantes reclaman la absurda suma de entre USD 403 y USD 450 millones por las medidas que, según alegan, constituyen violaciones de Guatemala al Tratado DR-CAFTA.¹⁵²⁸ Aun si la totalidad de las

¹⁵²² Informe SLR, ¶ 238.

¹⁵²³ Informe SRK, ¶ 117.

¹⁵²⁴ Informe SRK, ¶ 120.

¹⁵²⁵ Informe SLR, ¶ 240.

¹⁵²⁶ Informe SLR, ¶ 242.

¹⁵²⁷ Informe SLR, ¶ 243.

¹⁵²⁸ Memorial de Demanda, ¶399.

objeciones jurisdiccionales de Guatemala fueran rechazadas, y –adicionalmente– la totalidad de las defensas de Guatemala sobre el mérito fueran desestimadas por el Tribunal –lo que es de por sí un escenario altamente improbable, dada la cantidad, magnitud y relevancia de los argumentos de Guatemala en este proceso– igualmente los daños reclamados por los Demandantes deberían ser enteramente rechazados por el Tribunal.

817. Los Demandantes incurren en severas inexactitudes en el análisis del marco jurídico aplicable a la determinación del estándar compensatorio,¹⁵²⁹ en la selección y aplicación del método valuatorio bajo el que realizan su reclamación monetaria,¹⁵³⁰ y en la compilación y utilización de los pocos datos y las muchas presunciones que invocan en apoyo de su cuantificación de daños.¹⁵³¹

818. El reclamo de los Demandantes es equivalente, en palabras de los Demandantes, al valor que Exmingua habría tenido en la fecha de valuación si no hubieran tenido lugar las medidas objeto del reclamo.¹⁵³² Sin embargo, es imposible compatibilizar esa premisa con el detalle de los daños pretendidos por los Demandantes, que transcribimos a continuación:¹⁵³³

Pérdida de flujo de efectivo de la Mina en Operación entre mayo de 2016 y el 31 de marzo de 2020	\$ 23.6 millones
Interés por el Flujo de Efectivo Perdido de la Mina en Operación, a la tasa Principal de EE.UU., más 2%, compuesto anualmente.	\$ 3.4 millones
Valor del Concentrado Confiscado, con intereses desde la fecha de la incautación hasta el 31 de marzo de 2020	\$ 645,121
Pérdida de Valor de la Mina en Operación al 31 de marzo de 2020	\$ 42.9 millones
Pérdida de Valor por el Potencial de Exploración Conocido de Tambor	\$ 89 millones
Pérdida de Valor por la Oportunidad de Exploración de Tambor	\$ 244 – 291 millones
Daños Nominales Totales	\$ 403 – 450 millones

819. En resumidas cuentas, es imposible sostener que, bajo ningún estándar jurídico aplicable, aplicando

¹⁵²⁹ Véase § VIII.A *infra*.

¹⁵³⁰ Véase § VIII.D *infra*.

¹⁵³¹ Véase § VIII.D.2) *infra*.

¹⁵³² Memorial de Demanda, ¶363 (“Versant—experto en quantum de los Demandantes— ha calculado los daños y perjuicios de los Demandantes valorando a Exmingua en el escenario en que la Demandada no hubiese incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado, en comparación con el valor actual de Exmingua. [...] Como se explicó anteriormente, el valor actual de Exmingua es nulo [. . .] Debido a que Exmingua no tenía deuda pendiente a la fecha de valoración, y debido a que los Demandantes en conjunto poseen el 100% de Exmingua, los daños de los Demandantes son equivalentes al valor que Exmingua habría tenido en ausencia de las infracciones de Guatemala.”) (citas internas omitidas).

¹⁵³³ Memorial de Demanda, ¶399.

ningún método de valuación aceptable, el valor justo de mercado de Exmingua que un comprador y vendedor dispuestos acordarían en situación de mercado¹⁵³⁴ consistiría en la sumatoria de esa cornucopia de valores exagerados, aleatoriamente diseñados y agregados para arrojar la mayor suma posible.

820. Como se discute en las páginas que siguen, la cuantificación de daños presentada por los Demandantes incurre en una magnificación inapropiada del valor de sus pretendidas inversiones a la fecha de valuación, lo que resulta en un reclamo que son incapaces de probar, y que debe ser rechazado por el Tribunal.

A. Los Demandantes aplican un estándar compensatorio incorrecto

1) El estándar compensatorio aplicable está contenido en el DR-CAFTA.

821. El Art. 10.7.2 del DR-CAFTA contiene el estándar compensatorio aplicable en caso de expropiación, y prevé que “[l]a indemnización deberá: (a) ser pagada sin demora; (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (‘fecha de expropiación’); (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.”

822. Los Demandantes rechazan este estándar compensatorio, y sostienen que, según ellas, “el DR-CAFTA sólo proporciona una fórmula para la compensación por expropiación legal, pero no establece un estándar de compensación ni especifica ninguna otra forma de reparación por expropiación ilegal o por violaciones de otras protecciones de inversión”.¹⁵³⁵ Partiendo de esa premisa equivocada, los Demandantes pretenden, invocando ciertas decisiones dictadas bajo otros tratados,¹⁵³⁶ que su reclamo corresponde a una “expropiación ilegal” bajo la que “los Demandantes tienen derecho a una indemnización por una cantidad que refleje el valor de sus inversiones expropiadas en la fecha del laudo del Tribunal”.¹⁵³⁷

823. El estándar compensatorio pretendido por los Demandantes no resulta aplicable bajo el DR-CAFTA al reclamo que presentan. Los Estados contratantes bajo el DR-CAFTA, contrariamente a lo que intentan sostener los Demandantes, acordaron que el estándar compensatorio aplicable bajo el Art. 10.7.2 regula la indemnización debida bajo cualquier forma de expropiación protegida bajo ese tratado.

824. La nota al pie 3 correspondiente al Art. 10.7 del DR-CAFTA prevé que “[e]l Artículo 10.7 se interpretará de conformidad con los Anexos 10-B y 10-C”. Por su parte, el Anexo 10-C, establece que “El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es

¹⁵³⁴ Véase el Informe Versant, ¶19 (“El estándar de valor que aplicamos es el valor justo de mercado. El valor justo de mercado del proyecto tambor refleja el precio que un comprador y vendedor dispuestos acordarían en un mercado abierto.”)

¹⁵³⁵ Memorial de Demanda, ¶329.

¹⁵³⁶ Memorial de Demanda, ¶331-336.

¹⁵³⁷ *Id.* ¶337.

nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. [...] La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”.¹⁵³⁸

825. Como surge de la mera lectura del DR-CAFTA, en consecuencia, las disposiciones del estándar compensatorio previsto en su Art. 10.7.2 se aplican tanto a expropiaciones directas como a expropiaciones indirectas.¹⁵³⁹ Los Demandantes reclaman que las medidas de Guatemala “constituyen una expropiación indirecta”.¹⁵⁴⁰ En consecuencia, es incorrecto sostener que el DR-CAFTA no contenga un estándar de compensación que regule la indemnización pretendida por ellas, cuando el derecho aplicable y las manifestaciones de las propias Demandantes dejan claro que ese estándar es el que surge del Art. 10.7.2 del DR-CAFTA, que prevé expresamente que la fecha de valuación sea la fecha de expropiación.

826. Como se ha sostenido “en ausencia de un claro lenguaje en contrario”, el estándar contenido en el tratado respectivo resulta aplicable a todos los casos de expropiación, legal o ilegal, ya que “resulta poco probable que las Partes Contratantes del TCE (o el TBI) hayan negociado y previsto el estándar de compensación a ser pagado cuando el Estado receptor expropia una inversión protegida, pero que ese estándar sólo se aplique a situaciones en las que se haya adoptado enteramente conducta requerida, pero que toda otra situación se rija en cambio por el derecho internacional consuetudinario”.¹⁵⁴¹

827. Los Demandantes invocan una minoría de decisiones dictadas bajo tratados distintos del DR-CAFTA para intentar escapar de las disposiciones del tratado que invocan,¹⁵⁴² a pesar de que las propias decisiones que invocan parten de la premisa –inaplicable en el contexto del reclamo de los Demandantes– de que el tratado aplicable no contenía disposiciones específicas aplicables a la expropiación reclamada.¹⁵⁴³

828. Sin embargo, aun si las decisiones citadas por los Demandantes resultaran aplicables a las circunstancias específicas del caso –*quod non*–, ellas representan una “posición ultraminoritaria”¹⁵⁴⁴ y poco convincente respecto de la forma correcta de interpretar los tratados de inversión en materia de expropiación,

¹⁵³⁸ DR-CAFTA, Anexo 10-C, ¶¶3 y 4 (CL-0001).

¹⁵³⁹ Al pasar, debemos anotar que aun si se aceptara que bajo el DR-CAFTA fuera posible distinguir entre expropiaciones legales e ilegales –lo que los Demandantes no consiguen articular ni mucho menos probar–, toda expropiación indirecta sería necesariamente “ilegal”.

¹⁵⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶164.

¹⁵⁴¹ Véase *British Caribbean Bank Ltd. c. Gobierno de Belice*, Caso CPA Nro. 2010-18, Laudo (19 de diciembre de 2014), ¶261 (RL-0308)

¹⁵⁴² Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, ¶333.

¹⁵⁴³ *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, (2 de octubre de 2006) ¶¶ 483-484 (CL-0162, citado en el Memorial de Demanda, n.817).

¹⁵⁴⁴ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Disidencia Parcial de Brigitte Stern (7 de septiembre de 2015), ¶44. (RL-0126)

“que adoptaron la fecha del laudo e información *ex post*, a diferencia de los cientos de casos que se basaron en la fecha de expropiación y en lo que era previsible a esa fecha. En otras palabras, los cientos de laudos que han otorgado, en el caso de expropiación tanto lícito como ilícita, el valor justo de mercado del bien expropiado, evaluado a la fecha de la expropiación, con el conocimiento de ese momento.”¹⁵⁴⁵

829. El DR-CAFTA no contiene ninguna disposición que permita aplicar un régimen distinto a expropiaciones legales o ilegales, y la interpretación propuesta por los Demandantes priva de todo *effet utile* a las disposiciones del DR-CAFTA relativas a la regulación de las expropiaciones indirectas en que el propio caso de los Demandantes se apoya, por lo que la interpretación que intentan debe ser rechazada.

830. Si, por hipótesis, fuera a aceptarse el argumento de los Demandantes de que la conducta de Guatemala es una expropiación no regulada por el Art. 10.7 del DR-CAFTA –lo que ellas mismas contradicen en el ¶9 de su Memorial de Demanda–, el Tribunal carecería de jurisdicción bajo el DR-CAFTA para resolver esa reclamación, ya que es condición de su jurisdicción que los Demandantes aleguen que Guatemala ha violado alguna disposición de la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA.¹⁵⁴⁶

831. En consecuencia, para poder aceptar que el Tribunal tiene jurisdicción sobre un reclamo expropiatorio presentado por los Demandantes en este proceso, ese reclamo debe regirse por el Art. 10.7 del DR-CAFTA, incluido el estándar compensatorio contenido en el Art. 10.7.2, que regula, entre otras cosas, la fecha adecuada de valuación, estableciendo que esta será la fecha de la expropiación.

832. Finalmente, Guatemala hace notar que los Demandantes únicamente han presentado cálculos de valuación de tipo expropiatorio, es decir, una valuación que únicamente contempla el caso en que las supuestas inversiones hayan sido expropiadas de conformidad con el DR-CAFTA.¹⁵⁴⁷ Por tanto, si su reclamo de expropiación fuera rechazado por el Tribunal y cualquiera de sus otros reclamos individualmente considerados (*e.g.* trato justo y equitativo, seguridad y protección plena, nación más favorecida o trato nacional) fuera acogido, el Tribunal no podrá adjudicar a los Demandantes ningún tipo de daño pues el único cálculo de supuestos daños causados y probados sería por las supuestas medidas impugnadas de expropiación.

¹⁵⁴⁵ *Id.*, ¶43 (RL-0126)

¹⁵⁴⁶ DR-CAFTA, Art. 10.16.1(a) (CL-0001).

¹⁵⁴⁷ *Veáse* Informe Versant ¶ 18 (“Se ha pedido a Versant que determine los daños a los Demandantes en un escenario en el que el proyecto tambor habría avanzado hasta la fecha, como se había previsto antes del efecto de las medidas. Esto incluye el avance de la exploración, así como los elementos de producción del proyecto a partir de 2016. Como los reclamantes se han visto privados del 100% de los beneficios del proyecto tambor, los daños son iguales al valor actual de todo el proyecto. La magnitud de los daños tiene por objeto eliminar las consecuencias económicas de las medidas, incluida la privación del tiempo y la capacidad para avanzar en el proyecto. Por lo tanto, nuestro ejercicio de valoración se centrará en determinar el valor del proyecto tambor, pero para las medidas a partir de una fecha próxima a la fecha actual. Por lo tanto, en este informe valoramos el proyecto tambor al 31 de marzo de 2020 (“Fecha de valoración”)); ¶ 72 (“Como se discutió en la Sección I supra, los Demandantes sostienen que las acciones del Demandado han resultado en la pérdida de sus inversiones en Guatemala. Así pues, el cálculo de la pérdida de los Demandantes implica principalmente cuantificar el valor de la propiedad de los Demandantes del Proyecto tambor.”)

B. Los Demandantes utilizan una fecha de valuación incorrecta

833. A pesar de reconocer que las pretendidas medidas expropiatorias por las que reclaman tuvieron lugar entre 2012 y el 3 de mayo de 2016,¹⁵⁴⁸ y a pesar de que el DR-CAFTA clara y expresamente establece que la fecha de valuación respecto de la cual debe calcularse la compensación reclamada es la fecha en la que la pretendida expropiación directa o indirecta habría tenido lugar,¹⁵⁴⁹ los Demandantes intentan artificialmente aumentar el monto de sus reclamos utilizando una fecha posterior e indeterminada.¹⁵⁵⁰

834. La fecha de valuación a fijarse en el presente caso es el 5 de mayo de 2016 (“Fecha de Valuación”),¹⁵⁵¹ fecha en la cual la Corte de Constitucionalidad emitió la resolución que confirmó la resolución de amparo provisional emitida por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015.¹⁵⁵²

1) La fecha de valuación correcta resultaría en daños significativamente menores

835. La fecha de expropiación que eligieron los Demandantes –el 5 de mayo de 2016–¹⁵⁵³ persigue cubrir una serie de reclamaciones espurias que van desde incrementar artificialmente sus reclamos¹⁵⁵⁴ hasta presentar una aparente legalidad de la conducta que mantuvieron después de que su licencia hubiera sido suspendida en noviembre de 2015¹⁵⁵⁵ al continuar extrayendo minerales sin tener la debida autorización, incluso luego de que

¹⁵⁴⁸ Informe Versant, ¶17 (“El proyecto tambor en Guatemala fue descubierto por Radius en 2000. [...] A principios de 2012, Exmingua comenzó la construcción en el sitio progreso VII. Poco después, la puerta de acceso a la zona de progreso VII fue bloqueada. Exmingua volvió a acceder a progreso VII en 2014. En octubre de 2014, los Demandantes produjeron el primer oro de la operación minera. Sin embargo, para el 3 de mayo de 2016 había nuevos bloqueos, la licencia de explotación de Exmingua para progreso VII fue suspendida y cesó sus operaciones, y su concentrado de oro había sido confiscado. Por consiguiente, Exmingua no pudo producir oro ni promover el proyecto tambor.”); Memorial de Demanda, ¶ 168 (“El efecto económico de haber suspendido indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua e incautado su concentrado ha sido privar a Exmingua de sustancialmente todo su valor, lo que hace que estos actos sean claramente expropiatorios.”)

¹⁵⁴⁹ DR-CAFTA, §10.7.3 (CL-0001) (“Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago”). Véase §_VIII.A. *supra*, donde se discuten los motivos por los que estas disposiciones del DR-CAFTA resultan las únicas aplicables a la determinación de la fecha de valuación.

¹⁵⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶365 (“Versant eligió el 31 de marzo de 2020 como fecha de valoración, y moverá esa fecha hacia el futuro en su siguiente informe”).

¹⁵⁵¹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de fecha 5 de mayo de 2016 de la Corte de Constitucionalidad, Expediente 1592-2014 (C-0193).

¹⁵⁵² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de fecha 11 de noviembre de 2015, Expediente 1592-2014 (C0004)

¹⁵⁵³ Memorial de Demanda, ¶ 168 (“El efecto económico de haber suspendido indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua e incautado su concentrado ha sido privar a Exmingua de sustancialmente todo su valor, lo que hace que estos actos sean claramente expropiatorios.”)

¹⁵⁵⁴ Los Demandantes presentan un reclamo por concentrado incautado por USD 645,121.00. Véase Informe Versant, ¶166.

¹⁵⁵⁵ La licencia de los Demandantes fue suspendida por la Corte Suprema de Justicia con una orden de inmediata ejecución y cumplimiento. Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de fecha 11 de noviembre de 2015, Expediente 1592-2014, p. 1, numeral III) (C-0004). (“[...] y en acatamiento de la misma se decreta el amparo provisional, en virtud de que las circunstancias del caso lo hacen aconsejable, como consecuencia se deja en suspenso el otorgamiento de licencia de explotación minera para explotar oro y plata en los municipios de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo

el MEM emitiera la Resolución Nro. 1202 suspendiendo el derecho de Exmingua de explorar y disponer oro y plata en virtud de la licencia que le había sido otorgada.¹⁵⁵⁶ La elección de la fecha no es inocente, pues sirve para justificar o intentar ocultar las consecuencias del actuar ilegal de los Demandantes y sus empresas desde el 11 de noviembre de 2015 cuando la Corte Suprema suspendió su licencia.

836. Si utilizáramos el 11 de noviembre de 2015, fecha en la cual la Corte Suprema emitió su resolución otorgando el amparo provisional, la valuación se vería impactada y reducida. El Informe Rosen demuestra que, aún y cuando la fecha es tan solo de 6 meses previos a la Fecha de Valuación, el precio del oro en el mercado incrementó en un 17% y el mercado para compañías de oro más pequeñas incrementó en un 63% en dicho período de 6 meses.¹⁵⁵⁷

837. En el apartado E abajo, Guatemala presenta una valuación y explicación de la metodología correcta a utilizar en las circunstancias del caso a la Fecha de Valuación, es decir, el 5 de mayo de 2016. Sin embargo, el Informe Rosen expone que, si la fecha de valuación fuera el 11 de noviembre de 2015, la valuación disminuiría en un 43%, valuando el Proyecto entre USD 1.9 millones y USD 4.5 millones.¹⁵⁵⁸ Adicionalmente, si se decidiera presentar una valuación por descuento de flujos de caja (“DCF” por sus siglas en inglés), dado al bajo precio de mercado del oro y de futuros a esa fecha, el valor continuaría siendo cero.¹⁵⁵⁹

2) La fecha de valuación utilizada debería también resultar en daños significativamente menores

838. Sin perjuicio de lo que se comenta en el sub-apartado anterior y de las críticas a la metodología y valuación presentada por los Demandantes desarrolladas en el apartado VIII.D (*infra*), la utilización de la información disponible a marzo de 2020 obligaría a los Demandantes a tener en cuenta las pérdidas de valor derivadas de las consecuencias económicas e industriales de la pandemia COVID-19, que tampoco son consideradas en su valuación.

839. Al 31 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud había declarado el Covid-19 una pandemia global, los Estados Unidos habían declarado una emergencia nacional y varios países, incluido Guatemala, emitió órdenes de toques de queda y cerró sus fronteras a extranjeros. Los mercados globales se vinieron para abajo debido a la incertidumbre existente.¹⁵⁶⁰

840. Al 31 de marzo de 2020, en ausencia de las supuestas violaciones alegadas, el Covid-19 habría impactado de forma negativa el justo valor de mercado del Proyecto el Tambor, en gran parte porque habría

del departamento de Guatemala, denominada “PGROGRESO VII DERIVADA”, dictada por la autoridad impugnada [...]”.

¹⁵⁵⁶ Resolución Nro. 1202 del MEM de fecha 10 de marzo de 2016 (C-0139).

¹⁵⁵⁷ Informe Rosen, ¶144.

¹⁵⁵⁸ Informe Rosen, ¶145-147.

¹⁵⁵⁹ Informe Rosen, ¶147.

¹⁵⁶⁰ Informe Rosen, ¶273. c. iv.

interferido en las operaciones de extracción y procesamiento, así como actividades de exploración, pero también por la incertidumbre del mercado en general. A marzo de 2020, el precio de mercado del oro presentó una volatilidad con una disminución del 12%, seguido por un incremento del 8%. Asimismo, el índice económico de mercado para empresas pequeñas de oro (“Junior Gold Index”) presentó una disminución del 21% en marzo de 2020.¹⁵⁶¹

841. En consecuencia, si aplicáramos la fecha de valuación reclamada por los Demandantes, la cual es incorrecta y contraria al DR-CAFTA, la valuación se vería reducida por factores no contemplados por los valuadores de los Demandantes, tales como el Covid-19.

C. Los Demandantes no prueban la causación necesaria entre las violaciones denunciadas y los daños reclamados

842. La naturaleza indirecta de los daños reclamados por los Demandantes tiene importantes efectos en su capacidad para reclamar y probar la existencia de compensación debida por Guatemala por sus supuestos perjuicios. Como ya sostuvo el Tribunal, “puede haber obstáculos importantes, como cuestión de causalidad y prueba, para demostrar el daño ascendente como consecuencia del daño descendente. Las reclamaciones por pérdidas reflejas pueden ser bastante difíciles de probar en la fase de daños.”¹⁵⁶² El reclamo de los Demandantes falla tan estrepitosamente aquí como en las restantes cuestiones discutidas *passim* en este proceso, y debe por ese motivo ser rechazado.

843. Diversos tribunales internacionales han rechazado otorgar compensación por daños cuando el demandante incumple la carga de alegar y probar adecuadamente la relación de causalidad entre las medidas específicas impugnadas y las sumas específicas reclamadas.¹⁵⁶³ Este Tribunal debería llegar a idéntica conclusión.

844. Bajo el Art. 10.16.1(a) del DR-CAFTA, como precondition para obtener cualquier forma de compensación en este proceso, los Demandantes deben probar no solo que Guatemala haya incumplido una obligación contenida en la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA, sino también que “la[s] Demandantes] ha[n] sufrido pérdidas o daños **en virtud de dicha violación o como resultado de ésta**”.¹⁵⁶⁴

845. El derecho internacional público reconoce pacíficamente que la parte demandante tiene la carga de alegar apropiadamente y probar el nexo de causalidad ente las medidas específicas impugnadas y las sumas específicas reclamadas. En su decisión en el caso *Costa Rica c. Nicaragua (Certain Activities Carried Out by*

¹⁵⁶¹ *Id.*

¹⁵⁶² Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶148.

¹⁵⁶³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI Nro. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), ¶ 805 (CL-0085) *The Rompetrol Group N.V. v. Rumanía*, Caso CIADI Nro. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) ¶ 288 (CL-0211); *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Corte Internacional de Justicia, sentencia del 2 de febrero de 2018. ¶ 32 (R-0189).

¹⁵⁶⁴ DR-CAFTA, Art. 10.16.1(a)(ii) (CL-0001) (el resaltado es propio)

Nicaragua in the Border Area), la Corte Internacional de Justicia examinó el nexo de causalidad entre la reducción del flujo del Río Colorado entre enero de 2011 y octubre de 2014 y el programa de dragado de Nicaragua. Esta era una de las varias líneas de reclamación que Costa Rica había presentado contra Nicaragua, y la Corte resolvió respecto de ella que “No se ha establecido un nexo causal entre esta reducción y el programa de dragado de Nicaragua. Tal y como Costa Rica admite, otros factores serían relevantes para la reducción en la corriente, especialmente la relativamente poca cantidad de lluvia en el período relevante.”¹⁵⁶⁵ Finalmente, la Corte entendió que “la evidencia disponible no muestra que Nicaragua incumplió sus obligaciones al realizar actividades de dragado en el Bajo Río San Juan”.¹⁵⁶⁶ Tres años más tarde, la Corte emitió su sentencia relativa a la compensación debida por los reclamos que habían sido aceptados como probados, a cuyos fines la Corte estableció que “para poder otorgar una indemnización, la Corte deberá determinar si, y hasta qué punto, cada una de las instancias de daños reclamadas por la Demandante pueden ser determinadas y si estas son consecuencia de la conducta indebida del Demandado,” lo que requeriría determinar “si existe un nexo causal suficientemente directo y cierto entre el acto indebido [...] y el daño sufrido por la Demandante.”¹⁵⁶⁷ En aplicación de esta regla, la Corte rechazó diversas reclamaciones económicas específicas, al entender que no se había probado adecuadamente la causalidad entre el ilícito internacional probado y los daños específicos reclamados.¹⁵⁶⁸

846. Esta regla ha sido también aplicada en el contexto específico de arbitrajes de inversión bajo el Convenio CIADI. Por ejemplo, en *Biwater Gauff v. Tanzania*, el tribunal sostuvo que “para tener éxito en su reclamo compensatorio, [el demandante] debe probar que el valor de su inversión se ha visto reducido o eliminado, y que las acciones de las que se agravia fueron la causa real y directa de esa reducción o eliminación de valor”¹⁵⁶⁹. La decisión de *Biwater* demuestra que la causación del daño es un elemento que, individualmente considerado, debe probarse junto con la existencia del ilícito internacional, si lo hubiere, y del perjuicio sufrido, si también lo hubiere. Cuando el Art. 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos se refieren al “perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”, esto “necesariamente se refiere a algo más que sencillamente el propio acto ilegal [...] ya que de otro modo el elemento de causalidad debería asumirse como probado en todos los casos, en lugar de constituir una cuestión adicional que debe probarse”¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁵ *Costa Rica v. Nicaragua*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 16 de diciembre de 2015, ¶ 119 (RL-0254).

¹⁵⁶⁶ *Costa Rica v. Nicaragua*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 16 de diciembre de 2015, ¶ 120 (RL-0254)

¹⁵⁶⁷ *Costa Rica v. Nicaragua*, ¶ 32 (RL-0254)

¹⁵⁶⁸ Véase *Costa Rica v. Nicaragua*, ¶96, 121, 127, 129 (RL-0254)

¹⁵⁶⁹ *Biwater*, ¶ 787 (CL-0085) (“para poder resultar victorioso en reclamos de compensación, [los Demandantes] deben de probar que el valor de su inversión se vio reducido o eliminado, y que las acciones que [el demandante] reclama, fueron la causa próxima y real de dicha reducción o eliminación de valor”).

¹⁵⁷⁰ *Id.* ¶ 803 (CL-0085) (“debe significar más que el simple acto arbitrario en sí mismo ..., de lo contrario el elemento de causación tendría que tomarse como actual en todo caso, en lugar de ser una solicitud separada”)

847. Siguiendo ese razonamiento, el tribunal de *Biwater* resolvió que, a pesar de que la inversión de ese demandante había sido expropiada por Tanzania, no había un nexo causal suficiente entre el incumplimiento del tratado y los daños probados por la demandante, ya que “para el momento en que la expropiación había tenido lugar, [...] los daños y perjuicios por los que [la demandante] reclama[ba] en el arbitraje ya habían sido causados (por otros factores)”¹⁵⁷¹

848. Esta posición había sido ya adoptada por el tribunal de *Lauder c. República Checa*,¹⁵⁷² que rechazó los reclamos compensatorios de la parte demandante a pesar de haber aceptado que la República Checa había violado el tratado invocado, por considerar que la demandante no había conseguido probar un nexo de causalidad suficiente entre la violación del tratado y los daños específicos reclamados. En palabras de ese tribunal, el incumplimiento del tratado “era una causa demasiado remota para constituir suficientemente la causa relevante de los daños sufridos. Una decisión que ordene al Demandado pagar esos daños al Demandante, en consecuencia, no sería apropiada”.¹⁵⁷³

849. Recientemente, el tribunal en *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. Eslovaquia*¹⁵⁷⁴ confirmó la vigencia de esos requisitos, al resolver que “debía investigar el elemento de la causalidad, que es un requisito para que pueda haber un laudo de daños”.¹⁵⁷⁵ Como afirma ese tribunal, “la forma más conveniente de establecer el nexo de causalidad es analizando el escenario contra fáctico, es decir, la situación en que la conducta violatoria se elimina del análisis de los hechos”.¹⁵⁷⁶

850. En los hechos de ese caso, como en este, el “inversor no tenía derecho ni la expectativa legítima de obtener un Permiso de Explotación”.¹⁵⁷⁷ En otras palabras, aun en ausencia de las medidas alegadas como violatorias del tratado, el inversor no habría recibido un permiso de explotación, lo que llevó al tribunal de *Muszynianka* a rechazar el reclamo de daños de esa demandante ya que cualquier daño sufrido, si alguno era finalmente probado, no habría sido consecuencia de las medidas de gobierno impugnadas por la demandante. Lo mismo podría decirse, letra por letra, de la situación de Exmingua, lo que en este caso se ve agravado por la naturaleza refleja del reclamo de los Demandantes como accionistas de Exmingua.

851. Las decisiones comentadas confirman la regla, contenida en el derecho internacional consuetudinario y en el DR-CAFTA, de que cualquier pretensión reclamatoria de los Demandantes debe superar el elevado

¹⁵⁷¹ *Id.* ¶ 485 (CL-0085) (“al tiempo que la expropiación tuvo lugar, ... las pérdidas y daño que fueron reclamadas por BGT en el procedimiento arbitral ya habían sido (de forma separada) causados”)

¹⁵⁷² *Lauder c. República Checa*, Caso CNUDMI, Laudo Final (3 de septiembre de 2001), ¶¶234, 235 (CL-0186)

¹⁵⁷³ *Id.* ¶ 235 (CL-0186).

¹⁵⁷⁴ *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. Eslovaquia*, Caso CPA Nro. 2017-08, Laudo (7 de octubre de 2020) (RL-0255).

¹⁵⁷⁵ *Id.*, ¶ 617 (“[el Tribunal] debe informarse respecto al elemento de causalidad, el cual es un requerimiento de daños a ser pagado”). (RL-0255)

¹⁵⁷⁶ *Id.*, ¶618 (“[la] causalidad es convenientemente analizada al observar el escenario “si no hubiera pasado” o contra fáctico, esto es, al remover de los hechos cualquier conducta violatoria”). (RL-0255)

¹⁵⁷⁷ *Id.*, ¶620 (“el inversionista no tenía el derecho ni la legítima expectativa a un Permiso de Explotación”). (RL-0255).

umbral de probar la existencia de causalidad directa y suficiente entre las medidas impugnadas y el daño que reclaman.

852. El caso de los Demandantes no alega –y mucho menos prueba– la existencia de ese nexo causal directo y suficiente, y, bien por el contrario, los hechos demuestran que sus inversiones no solo nunca tuvieron el valor que les asignan, sino que no hay ninguna conexión jurídicamente relevante, directa y suficiente, entre las medidas impugnadas y la reputada pérdida de ese pretendido valor. Por los motivos que se discuten en mayor detalle en §§VIII.D.2), con independencia de las medidas de gobierno que, en la teoría de los Demandantes, constituyen las reputadas violaciones al DR-CAFTA, los Demandantes nunca tuvieron la capacidad ni reales intenciones de desarrollar el proyecto minero de Tambor del modo que intentan presentarlo en este arbitraje, y, en particular, ninguna de esas medidas puede considerarse como la causa directa y suficiente de que hayan experimentado pérdidas de entre USD 403 y 450 millones.

853. Por tanto, en ausencia del nexo causal, este Tribunal debe denegar la solicitud de condena en daños de los Demandantes, tal y como ha sido resuelto por otros tribunales en los mismos supuestos.

1) Los daños indirectos reclamados por los Demandantes están sujetos a requisitos específicos de causalidad y prueba

854. En la Decisión de Jurisdicción y la disidencia del árbitro Douglas, se establecieron una serie de principios y preceptos que debían guiar la amplitud de cualquier reclamo de daños indirectos o reflejos en este arbitraje, en términos claros y restrictivos. En su tratamiento de los daños en su Memorial de Demanda y el informe valuatorio que lo acompañó, los Demandantes desoyen esos principios y preceptos, y reclaman daños que contradicen las decisiones ya adoptadas por el Tribunal.

855. El DR-CAFTA establece requisitos severos en materia de prueba de los daños sufridos, y, especialmente, un alto umbral de prueba en materia de causalidad entre las medidas impugnadas y el perjuicio sufrido por un demandante que, como los Demandantes, sea solo accionista de la entidad que haya alegadamente sido directamente impactada por ellas. En palabras del propio Tribunal:

el requisito es que el propio demandante debe haber ‘sufrido’ de un daño; no bastaría con que el demandante demostrara únicamente que una empresa local en la que tiene participación ha incurrido en un daño. La carga de la prueba recae sobre el demandante para alegar (y eventualmente probar) su propio perjuicio. En segundo lugar, incumbe al demandante la carga de probar la causalidad, es decir, que su propio perjuicio fue sufrido ‘en virtud o como resultado’ del comportamiento del Estado impugnado. Cuanto más tenue sea la conexión entre el comportamiento impugnado y el presunto perjuicio sufrido por el demandante, más pesada será esta carga.¹⁵⁷⁸

856. Esta cuestión fue central al análisis realizado por el Tribunal respecto de si el reclamo de los Demandantes era realizado bajo el Art. 10.16.1(a) del DR-CAFTA –es decir, reclamando por perjuicios propios de los Demandantes– o bajo su 10.16.1(b) –es decir, reclamando por perjuicios sufridos por la entidad en que

¹⁵⁷⁸ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 129.

los Demandantes tienen participación, Exmingua—. Cuando el reclamo se formula, como en este caso, bajo el Art. 10.16.1(a), la parte demandante “tendría que demostrar cómo y hasta qué punto podría haber sufrido un daño como resultado del perjuicio de la empresa (por ejemplo, mediante el no pago de dividendos previstos o la disminución del valor de mercado de las acciones)”.¹⁵⁷⁹ Como el Tribunal expresó con claridad, “si el demandante presenta una reclamación sólo ‘por cuenta propia’, entonces cualquier indemnización sólo podría ser en la medida de sus propias pérdidas probadas, que pueden ser más difíciles de probar y de menor cuantía que las pérdidas directas de la propia empresa.”¹⁵⁸⁰ Como sostuvo el tribunal de *Nykomb c. Letonia*:

la reducción en los flujos de ingresos [de la sociedad participada] obviamente no generan una pérdida idéntica para [su accionista] como inversor. [...] Los fondos habrían estado sujetos a impuestos [locales], etc., habrían sido utilizados para cubrir los costos y amortizaciones de deuda [de la empresa participada], etc., y las distribuciones al accionista habrían estado sujetas a las restricciones derivadas del derecho [local] de sociedades que rigen el pago de dividendos. Toda determinación de las pérdidas del demandante o los daños a su inversión basados directamente en la reducción a los flujos de ingresos de [la sociedad participada] es infundada y debe ser rechazada.¹⁵⁸¹

857. Sin embargo, a pesar de que el Tribunal, analizando las presentaciones de las Partes relativas a las Objeciones Preliminares de Guatemala, encontró que "los Demandantes [...] aceptan expresamente que las pérdidas de Exmingua no pueden ser simplemente equiparadas a sus propias pérdidas. Reconocen que la prueba de sus pérdidas requeriría demostraciones adicionales de la causalidad, así como una cuantificación potencialmente más compleja, incluida la contabilización de cualquier reclamación de los acreedores de Exmingua”,¹⁵⁸² los daños reclamados por los Demandantes desandan ese reconocimiento anterior, como se discute a continuación.

858. Finalmente, y de forma subsidiaria, la culpa o negligencia concurrente de los Demandantes absolvería a Guatemala de cualquier responsabilidad, o al menos, reduciría los daños reclamados por los Demandantes de forma significativa al romper la relación de causalidad por la conducta de los Demandantes.

859. De conformidad con el artículo 30 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado “Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.”¹⁵⁸³ En *Abengoa c. México*, el tribunal hizo notar que la culpa concurrente de un inversionista podría resultar en, ya sea que el Estado receptor sea exonerado de responsabilidad o, al menos, en una reducción de daños.¹⁵⁸⁴ En el presente caso, las acciones conscientes o negligentes de los Demandantes contribuyeron a su supuesto propio

¹⁵⁷⁹ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶132.

¹⁵⁸⁰ Decisión sobre Objeciones Preliminares, n. 142.

¹⁵⁸¹ *Nykomb c. Letonia*, Caso SCC, Laudo (16 de diciembre de 2003) p. 39 (CL-0073)

¹⁵⁸² Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶118 (citas internas omitidas).

¹⁵⁸³ Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, Art. 38 (RL-0291).

¹⁵⁸⁴ *Abengoa, SA y COFIDES SA c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo (18 de abril de 2013), ¶ 670 (CL-0165) (“la responsabilidad internacional del Estado pueda ser excluida o disminuida con base en una omisión o culpa del inversor.”)

daño.

860. Los Comentarios a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado establecen el estándar aplicable de negligencia “cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos”¹⁵⁸⁵ y enfatizan en que el estándar de negligencia “no se califica, por ejemplo, exigiendo que la negligencia haya llegado a ser “grave”, la pertinencia de cualquier negligencia para la reparación dependerá del grado en que haya contribuido al perjuicio así como de las demás circunstancias del caso.”¹⁵⁸⁶ Los precedentes arbitrales en materia de inversión son abundantes en este tema e ilustran qué actos u omisiones constituyen negligencia y a su vez conllevan a culpa contributiva por parte del inversionista.

861. En *Occidental c. Ecuador*, la mayoría del tribunal decidió que los inversionistas habrían sido “negligentes” al no obtener una autorización requerida por ley previo a la transferencia de su concesión.¹⁵⁸⁷ En el caso que nos ocupa, el Convenio 169 de la OIT entró en efecto desde el 5 de junio de 1996, no obstante lo anterior, los Demandantes no se molestaron en ahondar y determinar su aplicación en Guatemala y los efectos legales que tendría sobre el proyecto.

862. En *MTD c. Chile*, los demandantes realizaron inversiones en proyectos de desarrollo inmobiliario en el estado receptor bajo la asunción de que los permisos para desarrollar serían otorgados. Sin embargo, los inversionistas no lograron obtener las protecciones contractuales y el tribunal encontró que había habido una falta de debida diligencia e indicó que “los TBIs no son un seguro en contra de riesgo de negocios”.¹⁵⁸⁸ Adicionalmente, el tribunal declaró que los inversionistas “habían tomado decisiones que habían incrementado sus riesgos en la transacción y por las cuales tienen responsabilidad, independientemente del tratamiento dado por Chile.”¹⁵⁸⁹ El Tribunal declaró que los inversionistas tenían responsabilidad por culpa concurrente.¹⁵⁹⁰

863. Lo mismo ocurre en este caso. Tal y como fue desarrollado con anterioridad, los Demandantes fallaron

¹⁵⁸⁵ Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, Art. 38, Comentario 5 (RL-0291).

¹⁵⁸⁶ *Id.*

¹⁵⁸⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador*, Caso CIADI No ARB/06/11, Laudo (5 de octubre de 2012), ¶ 662 (RL-0256).

¹⁵⁸⁸ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶ 178 (CL-0208). Véase también *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA Nro. 2012-2, Laudo (15 de marzo de 2016), ¶¶ 6.99–6.102 (CL-0138) (El Tribunal declaró que el inversionista era responsable por culpa contributiva dado a que hizo que la situación empeorara al contratar y utilizar hombres armados, disparando armas y rociando gas lacrimógeno a civiles, no parte de un incidente accidental o aislado sino como parte de un plan premeditado para tomar la ley por las manos); *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI Nro. ARB/14/21, Opinión Disidente Parcial del Prof. Philippe Sands QC (30 de noviembre de 2017) ¶ 6 (RL-0214) (“en mi opinión, la evidencia claramente demuestra que los actos y omisiones del Demandante [...] contribuyeron en formas materiales a eventos que llevaron al colapso del Proyecto. En particular, el Proyecto colapsó debido a la inhabilidad del inversionista en obtener una licencia social [...]”); *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c. República de Chile*, Caso CIADI Nro. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶ 243 (CL-0208).

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, ¶ 242.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, ¶ 243.

en ejercer la diligencia requerida. No realizaron ningún esfuerzo en llevar ninguna diligencia debida en materia de derechos humanos para determinar no solo la aplicabilidad del Convenio 169 en Guatemala, sino que también el clima de negocios y socio político en el área afectada por el proyecto y respecto a las protestas que estaban sucediendo al momento de realizar la inversión.¹⁵⁹¹ Asimismo, fallaron en obtener la licencia social por parte de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto – tal y como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU y los estándares CIMM establecen – previo a realizar la inversión en Guatemala. Peor aún, asumieron que, sin ninguna garantía de Guatemala, que las consultas con los pueblos indígenas nunca serían requeridas para continuar la exploración y explotación de la mina en las áreas cubiertas por sus licencias.

864. En consecuencia, si el Tribunal encontrara una reducción más apropiada bajo las circunstancias del caso, Guatemala solicita que los daños de los Demandantes sean reducidos en una cantidad no menor al 50% tomando en consideración que “las responsabilidades del inversionista no son menos que aquellas del gobierno”.¹⁵⁹²

2) Los daños reclamados contradicen las decisiones ya adoptadas por el Tribunal

865. El Tribunal analizó en la Decisión sobre Objeciones Preliminares la interpretación del artículo 10.16.1(a) y la posibilidad de que los Demandantes pudieran presentar un reclamo de daños por pérdidas reflejas o indirectas, y si bien desestimó la objeción preliminar de Guatemala, el Tribunal y el voto razonado del árbitro Prof. Douglas, realizaron una serie de declaraciones que deben tomarse en cuenta al momento de analizar el reclamo de daños de los Demandantes, que llevan a su reclamo no pueda ser absoluto o ilimitado.

866. El Tribunal reconoció que es importante estar atento a la distinción entre los daños incurridos directamente por una empresa en el país receptor y los daños supuestos incurridos indirectamente por un inversionista que sea su accionista, incluida la posibilidad de que no todos los primeros puedan ser equiparados a los segundos. Es decir, que debe probarse que la pérdida o daño fue causado a sus intereses y que estaba causalmente conectado a la violación reclamada.¹⁵⁹³

867. En este sentido, el Tribunal continúa afirmando que:

“[...] la mayoría ha dejado claro que un análisis de quantum y causalidad adecuado tendría que tener en cuenta las reclamaciones de los acreedores, que tienen prioridad, antes de que pueda haber una determinación de las pérdidas netas (si las hubiera) en las que efectivamente incurrieron los accionistas. Dado que los accionistas en esas circunstancias no recuperan

¹⁵⁹¹ Véase Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, Principio Nro. 17 (**RL-0274**).

¹⁵⁹² *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI Nro. ARB/14/21, Opinión Disidente Parcial Prof. Philippe Sands QC (30 de noviembre 2017) ¶ 39 (**RL-0214**). Ver también *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c República del Ecuador*, Caso CIADI Nro. ARB/06/11, Opinión Disidente de la Prof. Brigitte Stern (5 de octubre de 2012), ¶¶ 7,8 (**RL-0257**) (Cuando las partes actuaron “de forma imprudente e ilegal”, un 50 por ciento de la deducción en daños una “justa y razonable partición de la responsabilidad”).

¹⁵⁹³ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 159.

ningún ingreso adeudado a los acreedores, no hay por tanto ningún problema de que los propios accionistas (y mucho menos un tribunal) “eviten satisfacer” los créditos de los acreedores. Los acreedores de la empresa local conservan todos sus derechos y recursos que de otro modo tenían contra la empresa local.”¹⁵⁹⁴

868. Siguiendo la lógica del Tribunal, el reclamo de daños ignora los gastos e impuestos que habrían sido pagados por Exmingua antes de cualquier distribución a los Demandantes. Por ejemplo, Versant no aplicó ningún impuesto societario o retención de impuestos a las ganancias pasadas, lo cual es incorrecto. En ausencia de las supuestas violaciones a las inversiones, si la mina en operación hubiera generado flujos de efectivo positivos desde mayo de 2016 a marzo de 2020, estos hubieran estado sujetos a pago de impuestos a los ingresos en Guatemala, y si hubieran sido pagados a los Demandantes, se hubiera retenido un 5% adicional.¹⁵⁹⁵

869. Adicionalmente y atendiendo a la carga de la prueba y causalidad establecida por el Tribunal respecto a los daños de los accionistas, el Informe Rosen hace ver que Exmingua no pagó ningún dividendo a ninguno de los Demandantes durante los 1,5 años en los cuales operó y generó ingresos. Esto demuestra que los Demandantes no habían recibido ningún retorno en su inversión en Exmingua desde el 2008 en adelante. Aún y cuando según la declaración del Sr. Kappes el plan era reinvertir los flujos de efectivo generados de la operación de la mina en futura exploración y expansión, no está claro cuándo esto hubiera sucedido, y si alguna vez los Demandantes habrían recibido algún retorno sobre su inversión. No existen planes de negocios y desarrollo contemporáneos o proyecciones provistos por los Demandantes que puedan soportar su reclamo.¹⁵⁹⁶ Sus reclamos son simples especulaciones.

870. El Tribunal fue claro en establecer la carga de prueba y causalidad respecto a los daños indirectos que los Demandantes podrían reclamar, elementos que los Demandantes no han logrado demostrar. En consecuencia, cualquier daño indirecto que los Demandantes pretendan reclamar deberán ser rechazados por no cumplir con los preceptos ya dictados por el Tribunal en su Decisión sobre Objeciones Preliminares y en general, el derecho aplicable a los daños reclamados.

D. Los Demandantes aplican un método de valuación incorrecto

1) La metodología de valuación invocada no resulta aplicable a emprendimientos especulativos como el de los Demandantes

871. La forma y grado de desarrollo de la pretendida inversión de los Demandantes en Guatemala hace inaceptable una valuación basada en proyecciones de ingresos futuros del tipo propuesto por los Demandantes. Las incógnitas no resueltas por el proyecto a la fecha de valuación respecto de la capacidad efectiva de generación de ingresos y la magnitud acertada de los gastos y riesgos que se incurrirían para generar esos ingresos harían imposible sostener, como pretenden los Demandantes, que el valor justo de mercado de sus

¹⁵⁹⁴ Decisión sobre Objeciones Preliminares, n. 176.

¹⁵⁹⁵ Informe Rosen, ¶ 250.

¹⁵⁹⁶ Informe Rosen, ¶ 264.

inversiones en Guatemala fuera a establecerse sobre la base de esas proyecciones futuras.

872. Una de las consecuencias de utilizar el método propuesto por los Demandantes es que la magnitud de los daños reclamados es injustificadamente mayor si se la compara con la ínfima magnitud de cualquier inversión realizada por los Demandantes. Esta desproporción sólo sería posible de explicar si los Demandantes engañaron a los vendedores de esos activos, o si en realidad intentan engañar al tribunal.

873. El Informe Rosen confirma que el análisis y las conclusiones de Versant presentan defectos en una serie de aspectos, y por tanto concluye que los expertos de los Demandantes no proporcionan medidas fiables para la determinación de los daños de los Demandantes en el presente caso.¹⁵⁹⁷ Los daños reclamados por los Demandantes se resumen de la siguiente manera y con base a las siguientes categorías: (a) “Mina en Operación” por USD 71 millones; (b) “Potencial de Exploración Conocido” por USD 89 millones; y (c) “Oportunidad de Exploración” por USD 244-291 millones, haciendo un total de USD404-451 millones.¹⁵⁹⁸

874. De manera general, el marco conceptual en materia de daños adoptado por Versant no es congruente por los siguientes motivos: (a) el cálculo de las pérdidas pasadas estimadas fue realizado antes de impuestos; (b) Versant no realizó ajustes a los estimados de pérdidas pasadas con base en los riesgos aplicables; (c) la falta de deducciones aplicables a la inversión como regalías, impuestos y retenciones de impuestos; y d) para el caso en concreto, es necesario aplicar una metodología ‘*ex post*’ y no ‘*ex ante*’, la cual fue la metodología utilizada por Versant.¹⁵⁹⁹

875. Asimismo, el Informe Rosen concluye que los daños reclamados por los Demandantes no son confiables por los siguientes motivos:

- Respecto a los daños en concepto de la “Mina en Operación”, Versant emplea una simulación de descuentos de flujos de caja (“DCF” por sus siglas en inglés) utilizando como base Recursos Indicados y Recursos Inferidos¹⁶⁰⁰ (los dos niveles más bajos de certeza con base en la calificación dada por CIM), lo cual no se ajusta a los códigos internacionales de valuación de minerales y no considera ni tampoco refleja el alto nivel de incertidumbre inherente cuando se incluyen recursos con poca certidumbre en una simulación de DCF. Versant basa su análisis en el modelo de vida de la mina (“LOM” por sus siglas en inglés) del informe de SRK, el cual, con base en el informe de RPA-SLR no es confiable.¹⁶⁰¹ Principalmente, dicho modelo no es confiable debido a que no existe información técnica suficiente disponible respecto a los recursos de la Mina en Operación; el modelo LOM de SRK no está basado en un plan de minas; SRK no aplicó los ajustes por los factores de riesgo a los Recursos Inferidos; la presunción de SRK respecto a que se extraerían 250 toneladas por día (“tpd” por sus siglas

¹⁵⁹⁷ Informe Rosen, ¶ 38.

¹⁵⁹⁸ Informe Rosen, ¶ 220 (Figura 12-1).

¹⁵⁹⁹ Informe Rosen, ¶ 40.

¹⁶⁰⁰ Según el Instituto Canadiense de Minería (“CIM” por sus siglas en inglés), los recursos minerales son clasificados con base en su nivel de certeza (en orden de mayor a menor) desde Reservas Probadas, Reservas Probables, Recursos Medidos, Recursos Indicados y Recursos Inferidos. Únicamente los Recursos Medidos e Indicados pueden convertirse en Reservas al aplicarles factores modificativos. Los Recursos Inferidos deben primero ser elevados a la categoría, ya sea de Medidos o Indicados, antes de que puedan ser consideradas Reservas. Véase Informe Rosen, ¶ 132.

¹⁶⁰¹ Véase *supra* §§VII.C

en inglés) no tiene fundamento, pues esto excedía la máxima cantidad prevista de 150 tpd; a los costos operativos estimados por SRK no se les dio la importancia necesaria ya que fueron basados en una tasa de proporción de desmonte que era muy baja; y los costos de capital estimados no tenían fundamento y eran muy rudimentarios para utilizar en una valuación DCF. Finalmente, el informe de Versant no refleja los riesgos del Covid-19 o los problemas históricos de licencia social del Proyecto el Tambor.¹⁶⁰²

- Respecto al supuesto “Potencial de Exploración Conocido”, Versant aplicó de forma inadecuada los comparables de mercado al calcular un valor de la empresa por onza de Recursos para el conjunto de comparables e intentando aplicarlo al Potencial de Exploración Conocido para el cual no había Recursos definidos. Asimismo, los comparables que Versant identificó son significativamente más avanzados que el Potencial de Exploración Conocido y no pudo proporcionar ningún referente apropiado de valores para objetivos de exploración para etapas anteriores.¹⁶⁰³
- Finalmente, respecto a la “Pérdida de Oportunidad de Exploración”, Versant aplica la misma metodología utilizada para el Potencial de Exploración Conocido para su cálculo respecto a la Pérdida de Oportunidad de Exploración, y de hecho, utiliza el mismo conjunto de comparables. Por tanto, este análisis no es confiable y sufre de los mismos defectos que el análisis anterior.¹⁶⁰⁴

876. Adicionalmente, Versant utiliza una metodología de descuento de flujos de caja (“DCF” por sus siglas en inglés) para valorar la mina en operación, la cual no es congruente con los estándares y lineamientos internacionales de valuación por los siguientes motivos:¹⁶⁰⁵

- Versant realizó una simulación de DCF en un proyecto sin reservas y en donde los recursos inferidos eran la mayoría de los recursos del proyecto;
- No se explicó la razón por la cual se utilizaron recursos inferidos en la simulación del DCF y no se hizo ningún ajuste a la valuación para reflejar el riesgo incrementado por utilizar únicamente recursos inferidos, lo cual se pudo haber hecho a través de algún ajuste por probabilidad o una tasa de descuento más elevada;
- Versant no consideró si otros métodos de valuación hubieran sido más apropiados dado a que los recursos inferidos era la mayor parte del total de los recursos del proyecto;
- No se incluyó ninguna declaración relevante respecto al nivel de seguridad de los parámetros técnicos y económicos relativos al estudio de prefactibilidad o de factibilidad;
- La valuación de Versant utiliza estimados de recursos del 2004, los cuales no son actuales y sin ninguna explicación de las implicaciones respecto a la confiabilidad en utilizar estimados desactualizados; y
- Versant no utilizó distintas metodologías valuatorias para valorar cada componente de su análisis.

877. A fin de cuentas, en la valuación de cualquier negocio en etapas iniciales en cualquier industria, la decisión respecto a si la metodología del DCF es confiable para una valuación se debe tomar con base a si hay o no suficiente información confiable para pronosticar de forma exacta flujos futuros de dinero que dicho emprendimiento pueda generar en el futuro. Un proyecto minero generalmente se lleva a cabo después de que

¹⁶⁰² Informe Rosen, ¶ 42-44.

¹⁶⁰³ Informe Rosen, ¶ 45-49.

¹⁶⁰⁴ Informe Rosen, ¶ 50-51.

¹⁶⁰⁵ Informe Rosen, ¶ 257.

se hayan realizado suficientes trabajos de exploración y la existencia de pruebas para declarar una reserva y luego de haber realizado estudios económicos para evidenciar que el proyecto es económicamente viable.¹⁶⁰⁶

878. En el caso de la Mina el Tambor, si bien la mina había operado por 1,5 años y la infraestructura y planta de procesamiento había sido ya construida, los trabajos de perforación, muestreo y otros trabajos requeridos para la búsqueda de recursos y para aumentar el grado de certeza para la identificación de reservas probadas o probables no había sido realizado, lo cual es un elemento importante para la elaboración de una simulación de DCF.¹⁶⁰⁷

879. En consecuencia, Rosen concluye que a) el DCF realizado por Versant no cumple con los estándares de valuación internacional de minerales y no ha reflejado la incertidumbre relevante al aplicar el método; b) algunas de las consideraciones utilizadas para la preparación del DCF de SRK son erróneas; y c) Versant no reflejó de forma adecuada los riesgos específicos del proyecto en los flujos de caja o la tasa de descuento, incluyendo riesgos de minerales, operativos, de licencia social y de permisos.¹⁶⁰⁸

880. Respecto al supuesto concentrado incautado, Rosen explica que Versant se basa en un correo electrónico interno de KCA en donde se establece el supuesto inventario de concentrado al 30 de marzo de 2017. Se esperaría que dicha información fuera corroborada con la producción, informes contables e informes de Exmingua recibidos por parte de las autoridades de Guatemala. Versant no declara haber realizado ninguna debida diligencia para corroborar la información consignada en ese único correo electrónico.¹⁶⁰⁹ Es más, una revisión del correo electrónico indica que una parte sustancial del monto reclamado en el informe de Versant podría no haber sido incautado por Guatemala.¹⁶¹⁰ Asimismo, Versant utiliza el precio del oro al 31 de marzo de 2020 para calcular los daños. No obstante lo anterior, en ausencia de las supuestas violaciones alegadas, el precio al cual hubiera sido vendido el concentrado, hubiera sido el precio a mayo de 2016, por lo tanto, la fecha no es la apropiada.¹⁶¹¹

881. En consecuencia y con base en los ajustes realizados por Rosen, los daños respecto del concentrado incautado se reducirían de USD 645,121.00 a USD 158,504.00, lo cual es un 75% de reducción.¹⁶¹²

2) Los Demandantes se apoyan en datos o presunciones incorrectas

882. En la valuación de la mina en operación, los valuadores de los Demandantes se han basado en una serie de datos y presunciones relacionadas a los costos operativos, gastos de capital y capacidad de producción

¹⁶⁰⁶ Informe Rosen, ¶ 258.

¹⁶⁰⁷ Informe Rosen, ¶ 259.

¹⁶⁰⁸ Informe Rosen, ¶ 261.

¹⁶⁰⁹ Informe Rosen, ¶ 281

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ Informe Rosen, ¶ 282.

¹⁶¹² Informe Rosen, ¶ 281, Apéndice 6.

de la mina para poder proyectar los flujos de efectivo del proyecto,¹⁶¹³ presunciones que demuestran la poca confiabilidad en el resultado de dicha valuación.

883. Los Demandantes yerran también en la determinación de la tasa libre de riesgo utilizada en sus cálculos. Versant basa su análisis en el resultado del promedio de una tasa de 10 años de bonos del tesoro de los Estados Unidos hasta la fecha de valuación, resultando en una tasa del 2,35%. Versant menciona que, hasta la fecha de valuación, la tasa resultante de un cálculo de 10 años de las tasas de los bonos del tesoro de los Estados Unidos estaba sujeta a “factores de mercado extraordinarios que llevaron a tener tasas bajas a la fecha”.¹⁶¹⁴

884. Al llevar a cabo una simulación de DCF, el plazo del bono de interés libre de riesgo debe coincidir con el plazo de los flujos de caja descontados. Para los flujos de caja descontados del análisis DCF de Versant para el período de marzo de 2020 hasta diciembre de 2026, un plazo de 6 años aproximadamente se debió haber aplicado una tasa libre de riesgo del mismo plazo.¹⁶¹⁵

885. Respecto al factor beta,¹⁶¹⁶ el informe de Versant toma como base una publicación de Aswath Damodaran, un experto en finanzas corporativas, para el estimado del factor beta en una mina en operación. Versant se basa en una publicación de enero de 2020 que lista la beta de la industria de “metales y minería” en mercados emergente a un valor de 0,88. Luego de una revisión de las compañías incluidas, se concluye que varias de ellas se enfocan en minería de aluminio, cobre, litio y otros metales base. Los riesgos aplicables a dichas compañías no aplican necesariamente a la inversión de los Demandantes, la cual se enfoca exclusivamente a la minería y procesamiento de oro.¹⁶¹⁷

886. Respecto a la prima de riesgo del proyecto en específico, la cual no ha sido incluida por Versant, es importante mencionar que esta debió haber sido aplicada. Esta prima implica un ajuste a los flujos de caja de efectivo y constituye un análisis subjetivo y de muchos factores como el riesgo de los recursos, el riesgo por licencia social, y el riesgo respecto a los permisos, entre otros.¹⁶¹⁸

887. Con relación al costo de la deuda (que es el segundo componente del WACC), Versant indica que Exmingua no tenía ninguna deuda vigente y por tanto no pudo basarse en las obligaciones financieras de la compañía para determinar su costo de deuda. En tal sentido, Versant se basó en un estimado de la industria de una publicación de Damodaran y del costo de deuda de cinco compañías “con perfiles similares”. Dicho valor

¹⁶¹³ Informe Rosen, ¶ 266-267.

¹⁶¹⁴ Informe Rosen, ¶ 249.a.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ El factor beta es una medida de volatilidad a la cual está sujeta una compañía con relación al mercado de valores. Véase Informe Rosen, ¶ 273.b; Apéndice 8, ¶ A.89-A.92

¹⁶¹⁷ *Id.*

¹⁶¹⁸ Informe Rosen, ¶ 273.c.

se estimó en un 8.95% a la fecha de valuación.¹⁶¹⁹

888. Luego del análisis de la información, Rosen identificó una serie de problemas respecto al valor estimado. En primer lugar, respecto a la información obtenida, Versant utiliza de nuevo datos de la industria de “metales y minería” en lugar de utilizar información más apropiada respecto a la industria de “metales preciosos”. El costo de deuda para esta industria es del 4,47%. En segundo lugar, la información en la que se basan incluye una serie de compañías que no tienen perfiles similares a la inversión de los Demandantes. En tercer lugar, al menos algunas de las compañías listadas habrían llevado a cabo estudios de factibilidad y habrían probado reservas de oro, lo cual no ha sido realizado por los Demandantes.¹⁶²⁰

889. Adicionalmente, Versant aplica una tasa del 25% a la presunción del costo de deuda basado en que el impuesto sobre la renta en Guatemala es del 25%. Sin embargo, en el análisis DCF de Versant, el impuesto sobre la renta calculado está basado en un régimen alterno el cual está calculado con base en el porcentaje de ingresos. En consecuencia, Versant no reflejó de forma apropiada los impuestos en su WACC, debido a la aparente elección de Exmingua de un régimen impositivo basado en ingresos y no en ganancias, en donde los intereses sobre la deuda no otorgarían un escudo fiscal.¹⁶²¹

890. Respecto a la estructura de capital (el tercer componente del WACC), Versant también ha basado su análisis en una publicación de Damodaran para estimar su estructura de capital. Se ha basado en un coeficiente de endeudamiento para mercados emergentes de “metales y minería” de un 58,64% que se traduce en 37% de deuda y 63% de capital. Por tanto, Versant ha calculado un WACC que de forma implícita asume financiamiento de deuda, a pesar de que los Demandantes no contaban con financiamiento de terceros. Una vez más Versant se ha basado en información de una industria de “metales y minería” en lugar de haber utilizado información de una industria más ad hoc (metales preciosos).¹⁶²²

891. No es razonable que Versant asuma que Exmingua habría tenido acceso a financiamiento pues no se había realizado ningún estudio de financiamiento y el proyecto aún tenía riesgos importantes que hubieran disuadido a los financistas de otorgar créditos.¹⁶²³

892. Finalmente, respecto a los riesgos específicos del proyecto, la tasa de descuento utilizada es insuficiente para reflejar dichos riesgos a la Fecha de Valuación. Entre ellos se incluyen el riesgo de recursos, los cuales eran altamente inciertos; el riesgo de licencia social, el cual era evidente por la oposición social por varios años y que seguramente continuaría (este riesgo puede conllevar una disrupción operacional y una

¹⁶¹⁹ Informe Rosen, ¶ 273.d.

¹⁶²⁰ Informe Rosen, Apéndice 7, ¶ A.100.

¹⁶²¹ Informe Rosen, Apéndice 7 ¶ A.104-A.105

¹⁶²² Informe Rosen, ¶ 273.e

¹⁶²³ Informe Rosen, Apéndice 7 ¶ A.108.

completa paralización de la mina); riesgos de permisos, específicamente la asunción de que los Demandantes hubieran podido obtener la aprobación del EIA para la licencia de Santa Margarita, específicamente por el conflicto y clima existente.¹⁶²⁴

893. En consecuencia, la tasa de descuento utilizada por Versant con base en todas estas asunciones podría ser razonable para otro proyecto de mina más grande ubicado en Guatemala que hubiera realizado estudios de prefactibilidad, reservas de minerales definidas y un plan de mina (“LOM”), pero no para el proyecto El Tambor.¹⁶²⁵

E. La correcta valuación de los daños reclamados

894. En esta sección Guatemala formula una valuación adecuada del justo valor de mercado de las inversiones de los Demandantes supuestamente afectadas por los reclamos presentados por ellas, realizada aplicando los métodos de valuación apropiados para un emprendimiento como el de los Demandantes dado su grado de desarrollo, y la información disponible a la Fecha de Valuación correcta, es decir, al 5 de mayo de 2016.

895. A este efecto, Rosen sostiene que el método correcto de valuación para un proyecto como el del objeto de la disputa es el de transacciones comparables utilizando un enfoque de libre mercado.¹⁶²⁶ Las técnicas de valuación con una metodología de libre mercado han sido reconocidas como válidas respecto a proyectos de recursos minerales en cualquier estado de su desarrollo, en instrumentos como el Código CIMVAL y otros códigos internacionalmente reconocidos en materia de valuación de minerales tales como VALMIN, SAMVAL y el IMVAL.¹⁶²⁷

896. Al realizar los cálculos correspondientes con la metodología de valuación aplicada, los daños, en el caso en que el Tribunal decidiera adjudicarlos, ascenderían a una cantidad entre un rango entre USD 3,3 millones y 7,9 millones con una media de USD 4,7 millones.¹⁶²⁸

897. La valuación de transacciones comparables se realizó, tal y como fue relacionado, aplicando un enfoque de mercado para valorar el precio justo de mercado de la Mina en Operación, así como los Objetivos

¹⁶²⁴ Informe Rosen, ¶ 273.c.

¹⁶²⁵ Informe Rosen, ¶ 274. Adicional a las conclusiones del Informe Rosen, los Demandantes no han probado con certeza la titularidad de las tenencias que justifican los daños reclamados. El expediente del caso contiene información insuficiente respecto de la titularidad efectiva de las tenencias que justificarían el reclamo presentado por los Demandantes, y -en particular- sobre la forma y condiciones de esa adquisición. Existe una esa insuficiencia probatoria, con especial énfasis en el impacto que el momento en que tales activos parecen haber sido efectivamente adquiridos tiene sobre los reclamos presentados. Según parece surgir de los documentos y argumentos presentados, la adquisición se realizó de manera escalonada, en momentos en que algunos de los daños parecerían haber sido sufridos ya, y a cambio del compromiso de realizar limitadas inversiones en el proyecto, lo que contradice la narrativa que los Demandantes intentan imponer en la cuantificación de sus pretendidos perjuicios.

¹⁶²⁶ Informe Rosen, ¶ 30, 144, 150.

¹⁶²⁷ Informe Rosen, ¶ 153.

¹⁶²⁸ Informe Rosen, ¶ 32.

de Exploración contenidos en el Proyecto El Tambor. Lo anterior, debido a que los precios de las transacciones pagados para adquirir los comparables incluirían tanto los recursos definidos, así como cualquier potencial exploración de los proyectos tal y como fueron negociados por los compradores y vendedores en dichas transacciones.¹⁶²⁹

898. Al realizar una valuación de transacciones comparables, es importante entender y analizar las características de cada transacción comparable potencial identificada para determinar el nivel de comparabilidad con el proyecto en el caso en concreto, en este caso, el Proyecto El Tambor. Todos los proyectos son únicos y por tanto las transacciones no tienen que ser “perfectamente” comparables o coincidir en todos los atributos claves del proyecto para obtener una valuación relevante y que sirva de comparación. No obstante lo anterior, el nivel de comparabilidad y la variabilidad en el rango de los valores obtenidos dictará el nivel de confianza que pueda darse a los resultados de la metodología de transacciones comparables en el sector de la minería.¹⁶³⁰

899. Para el cálculo de los daños, el Informe Rosen ha utilizado el precio justo de mercado de la inversión de los Demandantes al 5 de mayo de 2016 (“Fecha de Valuación”), en el supuesto en que los Demandantes no hubieran sido privados de su inversión, más los intereses previos a la fecha del laudo proyectados a la fecha tentativa del mismo.¹⁶³¹ Al efecto, los valuadores han definido el valor justo de mercado como:

El precio, expresado en términos de dinero equivalentes, al cual bienes cambiarían de manos entre un comprador hipotético que pueda y desee y un vendedor hipotético, que pueda y desee, actuando en igualdad de condiciones en un mercado abierto y no restringido, cuando ninguno de ellos está bajo presión de comprar o vender y cuando ambos tienen conocimiento razonable de los hechos relevantes.¹⁶³²

900. Debido a que Exmingua no contaba con financiamiento de terceros y que los Demandantes de forma colectiva eran, según alegan, dueños del 100% de las acciones en Exmingua, la medida adecuada para determinar los daños es el valor de la empresa (“EV” por sus siglas en inglés) de Exmingua.¹⁶³³ En dicho valor, debe tomarse en consideración la retención de los impuestos y el tiempo en el que los Demandantes obtendrían un retorno de y sobre su inversión.

901. El análisis de transacciones comparables consistió en una revisión de proyectos de oro terminados de un listado de propietarios recopilados de una base de datos de S&P Global Market Intelligence (“S&P Global”) para identificar las transacciones que Rosen consideró apropiadas y relevantes para compararlas con el Proyecto el Tambor a la Fecha de Valuación.¹⁶³⁴

¹⁶²⁹ Informe Rosen, ¶ 154.

¹⁶³⁰ Informe Rosen, ¶ 155.

¹⁶³¹ Informe Rosen, ¶ 28.

¹⁶³² Informe Rosen, ¶ 118.

¹⁶³³ Informe Rosen, ¶ 120.

¹⁶³⁴ Informe Rosen, ¶ 157.

902. El análisis completo se muestra en el Anexo 4 del Informe Rosen y continuación de presenta un resumen del resultado de las transacciones comparables para el Proyecto el Tambor:¹⁶³⁵

Target	Buyer	Transaction Close Date	Enterprise Value	Total Resources	EV/Resources	Adjustment	Adjusted EV/Resources
Oro Silver Resources Ltd.	Canarc Resource Corporation	10/30/2015	\$ 1,205	151,053	8.0	65%	13.2
Alta Floresta Gold Ltd.	Equitas Resources Corp.	4/27/2016	6,325	496,000	12.8	11%	14.1
Animas Resources Ltd.	GoGold Resources Inc.	2/28/2014	14,302	557,000	25.7	-9%	23.3
CB Gold Inc.	Red Eagle Mining Corporation	10/8/2015	8,329	426,927	19.5	60%	31.3

903. Para poder obtener un rango de valor comparable para el Proyecto el Tambor al día de la Fecha de Valuación, el Informe Rosen multiplica la cantidad de recursos de oro equivalentes en el Proyecto el Tambor a la Fecha de Valuación por el rango de transacciones múltiples derivadas de las transacciones comparables identificadas en el cuadro de arriba. El resumen de dichos cálculos se presenta a continuación:¹⁶³⁶

	Multiple	Exmingua Resources	Implied Value
Low:	13.2	253,000	\$ 3,330,525
Median:	18.7	253,000	\$ 4,727,824
High:	31.3	253,000	\$ 7,920,472

904. En consecuencia y tal y como se mencionó anteriormente, el análisis concluye que, para la Mina en Operación, al utilizar una valuación de mercado, el valor oscilaría entre USD 3,3 millones y USD 7.9 millones, con una media de USD 4,7 millones.

905. La valuación a través de transacciones comparables con una metodología de mercado es la metodología adecuada para valorar el Proyecto El Tambor en las circunstancias del caso. No obstante lo anterior, el Informe Rosen presenta un análisis utilizando una metodología basada en ingresos o DCF y un análisis con base en una metodología de costos. Tal y como se describe en los párrafos que siguen, los resultados demuestran que los valores de USD 400-450 millones que los Demandantes alegan son simplemente irrazonables y fabricados con presunciones inciertas y erróneas.

906. Respecto al análisis utilizando una metodología basada en ingresos o DCF,¹⁶³⁷ Rosen sostiene que, debido a la insuficiente información disponible para preparar una proyección de flujos de caja confiables a la Fecha de Valuación, no ha presenta una valuación basada en un DCF como análisis principal, sino una presentación de cálculos a efecto ilustrativo para demostrar el valor presente neto (“NPV” por sus siglas en inglés) basado en el modelo de Versant a la Fecha de Valuación.¹⁶³⁸

¹⁶³⁵ Informe Rosen, ¶ 161.

¹⁶³⁶ Informe Rosen, ¶ 164.

¹⁶³⁷ Informe Rosen, ¶ 174-178.

¹⁶³⁸ Informe Rosen, ¶ 175.

907. Para el cálculo del NPV de los flujos de caja después de impuestos de la Mina en Operación a la Fecha de Valuación, Rosen tomó en consideración los precios del mercado de futuros del oro, las regalías correspondientes a pagar por parte de Exmingua, la inflación, impuestos que un comprador nacional pagaría, depreciaciones y amortizaciones, capital de trabajo y una tasa de riesgo ajustada.¹⁶³⁹

908. Luego de los cálculos basados en los ajustes económicos realizados para adecuar a la realidad de la Fecha de Valuación, el NPV, en ausencia de las supuestas violaciones alegadas, tendría un valor de cero.¹⁶⁴⁰ Lo anterior demuestra que, la Mina en Operación a la Fecha de Valuación no habría sido un emprendimiento económicamente viable aún en ausencia de las supuestas violaciones alegadas.¹⁶⁴¹ Es relevante mencionar que los ajustes a los flujos de caja o los descuentos respectivos por riesgos específicos del proyecto tales como riesgos de licencia social, permisos, entre otros no fueron realizados.¹⁶⁴² Si estos fueran incluidos, los resultados tendrían aún mayores reducciones.

909. Finalmente, Rosen presenta también un análisis general e ilustrativo de lo que podría ser una valuación utilizando una metodología de costos. Tal y como se hizo notar en el análisis DCF anteriormente descrito, la información limitada disponible tampoco permite realizar una valoración basada en costos completa dado a que la información de costos de la exploración por fecha y área no está disponible.¹⁶⁴³ Especialmente, la mayoría de los costos de exploración fueron incurridos en 2001 a 2003 y podrían ya no tener valor a la Fecha de Valuación debido a su antigüedad.¹⁶⁴⁴ No obstante lo anterior, la información disponible respecto a la inversión, estados financieros y transacciones sobre la titularidad del proyecto el Tambor permiten hacer ciertas conclusiones razonables.

910. Con base en la información disponible de la inversión en el proyecto desde el año 2000 a 2016 por Gold Field, Fornuta y Radius, el valor a la Fecha de Valuación, en ausencia de las supuestas violaciones alegadas, sería de aproximadamente una suma máxima USD 7,5 millones y el valor de los activos totales de Exmingua sería de no más de USD 13 millones. Lo anterior según Rosen, también demuestra que la conclusión de Versant de que el valor de justo mercado del proyecto el Tambor es de USD 400 millones a marzo de 2020 no es razonable.¹⁶⁴⁵

911. El Informe de Rosen demuestra que, aun utilizando tres distintas metodologías y enfoques, a decir, transacciones comparables con un enfoque de libre mercado (metodología principalmente adoptada), una

¹⁶³⁹ Informe Rosen, ¶ 185-186. Véase, también, Apéndice 5 del Informe Rosen.

¹⁶⁴⁰ Informe Rosen, ¶ 172, 187.

¹⁶⁴¹ Los cálculos del NPV oscilaron entre un negativo bajo de USD 9.8 millones a un negativo alto de USD 9.6. Véase Informe Rosen, ¶ 187-188, n. 143.

¹⁶⁴² Informe Rosen, ¶ 187-190.

¹⁶⁴³ Informe Rosen, ¶ 148.

¹⁶⁴⁴ Informe Rosen, ¶ 149.

¹⁶⁴⁵ Informe Rosen, ¶ 195.

metodología por ingresos o DCF y una metodología por costos, la valoración de los Demandantes por un monto de USD 400-450 millones es irrazonable y alejada de la realidad. Para la valuación de la Mina en Operación, al utilizar transacciones comparables, el valor oscilaría entre USD 3,3 millones a USD 7,9 millones, con una media de USD 4,7 millones. Si el Tribunal encontrara alguna violación al DR-CAFTA, no debería de adjudicar ninguna suma mayor, y en todo caso debería reducir esa suma por causa de la culpa concurrente de los Demandantes.

F. La condena de intereses, si fuere procedente, debe ser calculada a una tasa simple no mayor que la tasa de interés libre de riesgo

1) Los intereses deben acumularse a una tasa libre de riesgo

912. Los Demandantes alegan que “un laudo de intereses es un elemento integral del principio de reparación plena en el derecho internacional”¹⁶⁴⁶ y que “la tasa de interés debe establecerse en el nivel necesario para garantizar la plena reparación en las circunstancias y, como tal, requiere una evaluación específica del caso.”¹⁶⁴⁷ Asimismo, indican que “Como el DR-CAFTA requiere que la compensación incluya intereses a una tasa comercialmente razonable hasta la fecha de pago en caso de expropiación legal, cualquier laudo compensatorio en este caso por expropiación ilegal u otras violaciones del Tratado deberá ir acompañado de intereses al menos en ese nivel”¹⁶⁴⁸ Finalmente, reclaman que tienen derecho a intereses de las sumas adjudicadas en el laudo a la misma tasa de interés compuesta solicitada para los intereses previos al laudo.¹⁶⁴⁹ Tal y como se desarrolla en esta sección, la única tasa que el Tribunal puede reconocer y aplicar es una tasa de interés simple y libre de riesgo tal como la tasa anual de bonos del tesoro del gobierno de los Estados Unidos.¹⁶⁵⁰ Esto aplica tanto para los intereses pre y post adjudicación del laudo pues el DR-CAFTA es claro y no hace ninguna diferenciación respecto al tipo de interés.

913. Los Demandantes insisten en aplicar un estándar compensatorio incorrecto. Guatemala sostiene y reitera que las partes del DR-CAFTA tuvieron la intención y acordaron en no hacer ninguna distinción entre una expropiación legal e ilegal, por lo que cualquier distinción que los Demandantes hagan respecto a la tasa de interés aplicable para expropiaciones legales o ilegales es irrelevante.¹⁶⁵¹ Según el DR-CAFTA, cualquier expropiación, a excepción de aquellas que satisfagan las condiciones contempladas en el Artículo 10.7.1 o aquellas medidas no discriminatorias que caigan bajo el Anexo 10-C.4, constituyen un incumplimiento del DR-CAFTA. En consecuencia, los principios de valuación contenidos en los artículos 10.7.2 al 10.7.4 son los únicos principios aplicables a expropiaciones que sean violatorias del DR-CAFTA.

¹⁶⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶ 356.

¹⁶⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 357.

¹⁶⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 359.

¹⁶⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶ 400.

¹⁶⁵⁰ Informe Rosen, ¶ 210.

¹⁶⁵¹ Véase DR-CAFTA, Art. 10.7.3; Anexo 10-C.4 (CL-0001).

914. Respecto al pago de intereses, el artículo 10.7.3 del DR-CAFTA establece que “la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una **tasa comercialmente razonable** por esa moneda,” (el agregado es propio) Los expertos de los Demandantes calculan el interés previo al laudo o la adjudicación de la siguiente manera:

[h] emos calculado el interés previo a la adjudicación utilizando la tasa de interés superior de los EE.UU. más el 2 por ciento. La tasa de interés principal es una tasa de endeudamiento que sólo está disponible para los prestatarios más solventes, típicamente grandes clientes corporativos. Es razonable considerar una prima por encima de la tasa preferencial para reflejar una tasa comercial que está ampliamente disponible para los participantes del mercado, no solo para los prestatarios más solventes.¹⁶⁵²

915. Si bien es cierto que los intereses previos a la adjudicación del laudo deben asignarse haciendo un análisis caso por caso, también es cierto que el tratado aplicable a la disputa establece ya los parámetros para poder fijarlos, en este caso, una “tasa comercialmente razonable”. Los Demandantes no explican por qué la “tasa de interés superior de los EE.UU, más 2 por ciento” puede ser considerada una tasa “comercialmente razonable”. Versant se limita a indicar que “es una tasa de endeudamiento que sólo está disponible para los prestatarios más solventes, típicamente grandes clientes corporativos.”¹⁶⁵³ y los Demandantes en tres párrafos concluyen que “[l]a tasa de interés debe establecerse en el nivel necesario para garantizar la plena reparación en las circunstancias [...]”¹⁶⁵⁴ Los Demandantes tienen la obligación de probar y sustentar su reclamo, lo cual no sucede en este caso.

916. Por el contrario, Guatemala sostiene que la tasa aplicable debe ser una tasa libre de riesgo, tal como la tasa anual de bonos del tesoro del gobierno de los Estados Unidos,¹⁶⁵⁵ y que ha sido definida como el retorno en un título valor o un portafolio de títulos valores que no tiene riesgo de incumplimiento o riesgo de reinversión. Al respecto, Mark Kantor explica que:

Las ganancias históricas deben ser “llevadas al futuro” a la fecha de valuación a través de una tasa de interés, mientras que las ganancias futuras son descontadas a la fecha de valuación a través de una tasa de descuento. La tasa de interés utilizada para llevar cantidades históricas al futuro claramente no contendrá los mismos factores de riesgo que la tasa de descuento utilizada para encontrar el valor presente de cantidades futuras. A efectos prácticos, la tasa de interés utilizada para el monto histórico es usualmente una tasa “libre de riesgo” (tales como la tasa de la tesorería de los Estados Unidos) o una tasa legal para intereses previos a la adjudicación judicial.”¹⁶⁵⁶

917. En el mismo sentido, Franklin Fisher y R. Craig Romaine afirman que un inversionista no tiene derecho a una compensación por riesgos que no asumió:

El costo de oportunidad del capital del Demandante incluye un retorno que compensa al Demandante por el riesgo promedio que soporta. Pero, al privar al Demandante de un activo

¹⁶⁵² Informe Versant, ¶ 282.

¹⁶⁵³ *Id.*

¹⁶⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶ 358.

¹⁶⁵⁵ Informe Rosen, ¶ 210.

¹⁶⁵⁶ Mark Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008), p. 49 (CL-0269).

que vale Y a un tiempo 0, el Demandado también lo relevó de los riesgos asociados con la inversión en ese activo. El Demandante tiene por tanto el derecho al interés que compense el valor del dinero en el tiempo, pero no tiene derecho a compensación por el riesgo que no soportó. Por tanto, el interés previo a la adjudicación deberá ser otorgado a una tasa libre de riesgo.¹⁶⁵⁷

918. Tomando en cuenta que los Demandantes reclaman que fueron privados de la oportunidad de desarrollar la mina El Tambor en 2016, si esto fuera probado, implicaría que los Demandantes no asumieron el riesgo asociado con la inversión desde el momento en que dejaron que explorar y explotar las operaciones en Progreso VII y Santa Margarita.

919. En tal sentido, diversos tribunales internacionales en materia de inversión confirman que se debe aplicar una tasa libre de riesgo tal como la tasa interés de los bonos del tesoro de los Estados Unidos para sumas pagaderas en dólares.¹⁶⁵⁸ Especialmente tribunales de inversión constituidos de conformidad con el régimen del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“NAFTA” por sus siglas en inglés), el cual contiene la misma fórmula para el pago de intereses,¹⁶⁵⁹ han aplicado una tasa libre de riesgo. Por ejemplo, el tribunal en *ADM c. México* decidió que:

Los intereses se calcularán para cada mes del periodo (31 de diciembre de 2005 hasta que se realice el pago) a una tasa equivalente al rendimiento del mes, a la tasa de interés que está más estrechamente vinculada con la unidad monetaria de las cuentas en que se otorga la indemnización (véase *S.D Myers c. el Gobierno de Canadá*, Segundo laudo parcial, párrafo 304). Dado que en el presente caso la indemnización se otorgará en dólares estadounidenses, corresponde aplicar la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos.¹⁶⁶⁰

920. Tal y como el tribunal en *Siag & Vecchi* decidió haciendo referencia al caso de *Chorzów Factory*, “aún

¹⁶⁵⁷ Franklin M. Fisher and R. Craig Romaine, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, JOURNAL OF ACCOUNTING AUDITING & FINANCE, Vol. 5, Nos. 1-2, 145, 146 (RL-0292).

¹⁶⁵⁸ *CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), ¶ 471 (CL-0062) (“El Tribunal es de la opinión que la tasa de las letras del Tesoro de los EEUU es más apropiada bajo las circunstancias”); *BG Group Plc. c. La República de Argentina*, CNUDMI, Laudo Final (24 de diciembre de 2007), ¶ 455 (CL-0050); *Marion Unglaube c. Republica de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo (16 de mayo de 2012), ¶ 324 (RL-0258) (“el instrumento financiero apropiado es la Carta del Tesoro de los Estados Unidos a 5 años”); *Total S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Laudo (27 de noviembre de 2013), ¶ 258 (CL-0063) (“El uso de una tasa libre de riesgo respecto de la totalidad de los montos principales se justifica en cualquier caso, debido a la naturaleza legal del reclamo tal y como fue reconocido y consagrado en el Laudo y está soportado por la naturaleza particular del presente Laudo bajo derecho internacional.”); *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/13, Decisión de Responsabilidad y Principios de Daños (30 de diciembre de 2016), ¶ 880 (RL-0259) (“Tomando en cuenta las preocupaciones planteadas por el Demandado y sus expertos respecto a la integridad de la tasa LIBPR como una tasa de interés confiable de referencia, el Tribunal se referirá, en cambio, a la tasa de las letras del Tesoro de los EEUU, en las cuales expertos de ambas Partes se han basad en varios aspectos de sus valuaciones.”)

¹⁶⁵⁹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Art 1110.5 (RL-0174) (“Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, **más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable** para dicha divisa hasta la fecha del pago.” (el agregado es propio).

¹⁶⁶⁰ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007), ¶ 300 (el agregado es propio) (CL-0195).

en casos de expropiaciones ilegales, la reparación a ser adjudicada al reclamante debe ser meramente compensatoria”.¹⁶⁶¹

921. En consecuencia, el interés previo a la adjudicación del laudo debe reflejar únicamente el valor del dinero en el tiempo. Lo anterior es determinado de la mejor manera utilizando un interés libre de riesgo, es decir, una tasa de interés aplicable por el crédito de un prestatario con cero (o casi cero) riesgo de incumplimiento. En la mayoría de las circunstancias, la tasa de interés en los bonos del tesoro de los Estados Unidos es utilizada como una tasa de interés libre de riesgo pues los créditos del gobierno de los EE.UU. son considerados como créditos sin riesgo.

2) Únicamente deben acumularse intereses simples

922. Respecto a si la tasa de interés aplicable debe ser simple o compuesta, los Demandantes sostienen existe una “abrumadora mayoría” de tribunales en materia de inversión que han decretado intereses compuestos a sumas previo a la adjudicación.¹⁶⁶² Asimismo, los expertos valuadores de Versant afirman que “[e]l interés compuesto es económicamente apropiado debido a su aplicación generalizada en el mundo comercial - casi todas las formas modernas de financiación comercial implican interés compuesto”.¹⁶⁶³

923. En resumen, una tasa de interés simple es aquella calculada únicamente sobre el monto principal, el cual permanece constante en el tiempo y lo cual significa que dicho interés acumulado en un plazo de tiempo determinado no se convierte en parte del monto principal utilizado para calcular el interés para el próximo término. Por otro lado, una tasa de interés compuesto es calculada respecto del monto principal, incluyendo los intereses acumulados de períodos previos.¹⁶⁶⁴

924. Contrario a lo que afirman los Demandantes, los tribunales en materia de inversión se han negado a adjudicar más allá del interés simple en repetidas ocasiones por razones de interpretación legal convincentes.¹⁶⁶⁵ De hecho, la posición del derecho internacional respecto a interés compuesto está reflejada en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional, en el artículo 38 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado:

¹⁶⁶¹ *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo (1 de junio de 2009), ¶ 545 (CL-0167) (El tribunal también notó que “la opinión prevaleciente en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos parece haber sido que los daños punitivos no están disponibles”).

¹⁶⁶² Memorial de Demanda, ¶ 360.

¹⁶⁶³ Informe Versant, ¶ 281.

¹⁶⁶⁴ Véase de forma general, Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, (2da. Ed.) (2017), ¶ 6.222 (CL-0247).

¹⁶⁶⁵ Véase, por ejemplo, *CME Czech Republic BV c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Final (14 de marzo de 2003), (rechazando la adjudicación de un interés compuesto debido a que, bajo la ley aplicable de La República Checa, el interés compuesto era únicamente apropiado si existía un acuerdo respecto a dichos intereses entre las partes y no había ningún acuerdo) (RL-0260); *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nro. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003) ¶ (RL-0261) (rechazando la solicitud de la Demandante de aplicar interés compuesto en ausencia expresa de un acuerdo entre las partes con base en derecho venezolano) .

Un aspecto de la cuestión de los intereses es la posible concesión de intereses compuestos. La opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán ha denegado de forma consecuente las demandas de intereses compuestos, incluso en casos en que el demandante había sufrido un perjuicio por haber tenido que pagar intereses compuestos o por las deudas relacionadas con la reclamación. En el asunto *R. J. Reynolds Tobacco Company c. the Government of Iran*, el Tribunal no encontró ninguna razón especial para apartarse de los precedentes internacionales que normalmente no permiten otorgar intereses compuestos [...]

[...] La mayoría de los autores siguen, pues, apoyando la opinión expresada por el árbitro Huber en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*: la jurisprudencia arbitral en lo que se refiere a la indemnización que debe conceder un Estado a otro por daños sufridos por los nacionales de éste en el territorio del primero [...] es unánime [...] en rechazar el interés compuesto. En esas circunstancias, harían falta argumentos muy fuertes y muy específicos para admitir el otorgamiento de ese tipo de intereses.¹⁶⁶⁶

925. En tal sentido, la práctica del arbitraje de inversión respalda la adjudicación de intereses simples, únicamente existiendo circunstancias excepcionales para el caso contrario. Lo anterior ha sido decidido, entre otras, en las siguientes decisiones: *Astaldi c. Honduras*,¹⁶⁶⁷ *AUCOVEN c. Venezuela*¹⁶⁶⁸,¹⁶⁶⁹ *Elsamex c. Honduras*,¹⁶⁷⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*,¹⁶⁷¹ *Tza Yap Shum c. Perú*¹⁶⁷² y *Wena Hotels Limited c. Egipto*.¹⁶⁷³

926. Dentro de esas circunstancias excepcionales, Gotanda menciona que intereses compuestos sólo deben adjudicarse si el demandante tuvo que soportar costos de financiamiento que hayan traído aparejados intereses compuestos.¹⁶⁷⁴ En *CME c. República Checa*, el tribunal rechazó la adjudicación de intereses compuestos pues el demandante “no demostró que habría prestado dinero de un banco y pagado intereses compuestos”.¹⁶⁷⁵ En el presente caso, los Demandantes no han probado haber tenido financiamiento de terceros,¹⁶⁷⁶ por lo que esta situación excepcional tampoco se cumple.

927. Adicionalmente, bajo derecho guatemalteco, la aplicación del interés compuesto está prohibida en las

¹⁶⁶⁶ Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, Art. 38, comentario 8 (las citas internas han sido omitidas) (**RL-0291**).

¹⁶⁶⁷ *Astaldi S.p.A. v. Republic de Honduras*, Caso CIADI Nro. ARB/07/32, Laudo (17 de septiembre, 2010), ¶ 80 (**RL-0293**).

¹⁶⁶⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo (23 de septiembre de 2003), ¶ 426 (**RL-0261**).

¹⁶⁶⁹ *Id.*

¹⁶⁷⁰ *Elsamex, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI Nro. ARB/09/4, Laudo (15 de noviembre de 2012), ¶ 866 (**RL-0262**).

¹⁶⁷¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Paraguay*, Laudo (10 de febrero de 2012), ¶ 183 (**RL-0263**).

¹⁶⁷² *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo (7 de julio de 2011), ¶ 303 (**CL-0143**).

¹⁶⁷³ *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, ¶129 (**CL-0151-ENG**).

¹⁶⁷⁴ IRMGARD MARBOE, ¶ 6.234 (**CL-0247**).

¹⁶⁷⁵ *CME v Czech Republic*, Caso CNUDMI, Laudo Final de Daños (14 de marzo de 2003), ¶ 646 (**RL-0260**).

¹⁶⁷⁶ Informe Rosen, ¶ A.108.

obligaciones civiles y deber ser pactado en obligaciones comerciales para que pueda surtir efectos.¹⁶⁷⁷ Cualquier interpretación del DR-CAFTA que anule y contradiga dicha prohibición contradiría el objeto y propósito del tratado y por tanto debiera ser desechada.¹⁶⁷⁸ En este sentido, los tribunales en *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador*¹⁶⁷⁹ y *Desert Line Projects LLC c. La República de Yemen*¹⁶⁸⁰ rechazaron reclamos respecto a intereses compuestos basados en el hecho que dicha forma de cálculo estaba prohibida bajo derecho local.

928. A diferencia de lo que reclaman los Demandantes, Marboe explica que, si bien existen tribunales que han adjudicado intereses compuestos, su renuencia a adjudicarlos por varios motivos demuestra que los intereses compuestos como un componente de la compensación en materia de daños no están unánimemente reconocidos en la práctica internacional.¹⁶⁸¹

929. Por las razones antes expuestas, si el Tribunal llegara a encontrar que los Demandantes tienen derecho al pago de intereses, este deberá (i) aplicar una tasa de interés libre de riesgo y (ii) adjudicar interés simple.

IX. RECONVENCIÓN DE GUATEMALA: REMEDIACIÓN AMBIENTAL

A. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para resolver la presente reconvencción bajo el Convenio CIADI y el DR-CAFTA

930. El artículo 46 del Convenio CIADI señala que el Tribunal Arbitral deberá resolver las demandas reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, “siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan dentro de la jurisdicción del Centro”. En este caso, el consentimiento de las partes y la jurisdicción del CIADI se encuentran establecidos en el DR-CAFTA, tal como ha sido recientemente afirmado por el tribunal del caso *David Aven c. Costa Rica*.¹⁶⁸²

931. Dicho tribunal estableció que “la Sección A [del Artículo 10 del DR-CAFTA] también contiene (...) algunas obligaciones para el inversionista, en especial con respecto a la legislación ambiental del Estado receptor”,¹⁶⁸³ refiriéndose a los artículos 10.9.3.c y 10.11 del DR-CAFTA. Por un lado, el artículo 10.9.3.c señala que nada en dicho tratado impide a una Parte del mismo adoptar o mantener medidas, incluidas las de

¹⁶⁷⁷ Código Civil, Decreto Ley Nro. 106, Art. 1949 (C-0418) (“Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria; Código de Comercio Decreto Nro. 2-70, Art. 691 (C-0417) (“Capitalización de Intereses. En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate.”)

¹⁶⁷⁸ Cf. Convención de Viena del Derecho de los Tratados, Art. 31 (CL-0005).

¹⁶⁷⁹ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI Nro. ARB/04/19, Laudo, (18 de agosto de 2008), ¶457. (CL-0202).

¹⁶⁸⁰ *Desert Line Projects LLC c. La República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008), ¶295-298 (CL-0216).

¹⁶⁸¹ Irmgard Marboe, ¶ 6.258.

¹⁶⁸² *Ver David Aven y otros c. La República de Costa Rica*, Caso UNCITRAL, Laudo final (18 de septiembre de 2018), ¶¶ 719-742 (RL-0031).

¹⁶⁸³ *Id.*, ¶ 732.

naturaleza ambiental “(i) necesarias para el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este Tratado; (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o (iii) relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables”.¹⁶⁸⁴ Por su parte, el artículo 10.11 establece que: “nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida (...) que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.¹⁶⁸⁵

932. El mismo tribunal agregó más adelante que un efecto lógico del referido artículo 10.11 del DR-CAFTA es que las medidas adoptadas por el Estado receptor para la protección del medio ambiente deben considerarse obligatorias para los inversionistas extranjeros. Por tanto, agregó el tribunal, bajo el DR-CAFTA, los inversionistas extranjeros tienen la obligación “de observar y cumplir las leyes y regulaciones en materia ambiental (...). Ningún inversionista puede ignorar o incumplir estas medidas y su incumplimiento constituye una violación tanto del derecho interno como del derecho internacional, de modo que no puede eximirse al autor de responsabilidad por los daños ocasionados”.¹⁶⁸⁶ Finalmente, ese tribunal llegó a la conclusión de que “[n]o existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, en particular, en materia de derecho ambiental”.¹⁶⁸⁷

933. En línea con lo anterior, el artículo 10.20.7 del DR-CAFTA establece también que “el demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados”.¹⁶⁸⁸ A *contrario sensu*, salvo las contrademandas basadas en las referidas excepciones del artículo 10.20.7, el DR-CAFTA prevé el derecho de Guatemala a interponer una reconvencción, que se encontrará entonces sometida a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral.

934. Lo anterior coincide con lo establecido por el tribunal de *Urbaser c. Argentina*, que basándose en el Convenio CIADI y al derecho internacional, concluyó que “pose[ía] jurisdicción para entender sobre la Demanda Reconvenccional de la Demandada de conformidad con los artículos 25 y 46 del Convenio CIADI (...)”.¹⁶⁸⁹¹⁶⁴² A similar conclusión llegó el tribunal de *Goetz c. Burundi*¹⁶⁹⁰¹⁶⁴³ que, a su vez, citó el voto disidente

¹⁶⁸⁴ DR-CAFTA, Art. 10.9.3.c (CL-0001).

¹⁶⁸⁵ DR-CAFTA, Art. 10.11 (CL-0001).

¹⁶⁸⁶ *David Aven y otros c. La República de Costa Rica*, ¶ 734 (RL-0031).

¹⁶⁸⁷ *Id.*, ¶ 739 (RL-0031).

¹⁶⁸⁸ DR-CAFTA, artículo 10.20.7 (CL-0001).

¹⁶⁸⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI Nro. ARB/07/26. Laudo (8 de diciembre de 2016), ¶ 1155 (RL-0129).

¹⁶⁹⁰ *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux c. República de Burundi*, Caso CIADI Nro. ARB/01/2. Laudo (21 de junio de 2012), ¶¶ 278-279 (CL- 0136).

del profesor Michael Reisman en *Roussalis c. Rumania*, quien señaló que “cuando los Estados Parte de un TBI contingentemente dan su consentimiento, entre otros, a la jurisdicción del CIADI, el componente de consentimiento [a las reconveniones] del artículo 46 del Convenio de Washington es *ipso facto* importado a cualquier arbitraje CIADI que un inversionista decida perseguir”.¹⁶⁹¹ En la misma línea se han pronunciado también diversos autores, haciendo énfasis, entre otras cosas, en las razones por las cuales se deben permitir reconveniones de los Estados (incluyendo razones de eficiencia y para evitar resultados inconsistentes en diferentes foros),¹⁶⁹² o comentando que “si puede encontrarse un principio general (...), ese es el principio según el cual la competencia *ratione materiae* de un tribunal internacional se extiende a las contrademandas, a menos que el instrumento constitutivo lo excluya expresamente”.¹⁶⁹³

935. En conclusión, tanto el Convenio CIADI como el DR-CAFTA establecen la jurisdicción de este Tribunal Arbitral para admitir la presente reconvenición de Guatemala.

B. Exmingua incumplió las leyes de Guatemala ocasionándole un daño

936. Mineras pequeñas, como los Demandantes, usualmente no tienen un marcado compromiso con las comunidades locales. Como sostiene Dougherty en su artículo sobre minería en Guatemala, el sector ha funcionado en una manera diferente que en otras jurisdicciones. Normalmente, las mineras pequeñas (*junior*) localizan los depósitos y venden el proyecto a una minera grande (*major*). En cambio, en Guatemala, las mineras grandes comenzaron a salir en 2008, vendiendo sus proyectos a las mineras pequeñas.¹⁶⁹⁴ Las nuevas mineras eran menos transparentes y tenían accionistas ocultos, al igual que Exmingua, cuyos dueños eran una sociedad panameña y Minerales KC. Las mineras pequeñas tampoco se preocupan por su reputación. Hay una prima de invisibilidad que les permite operar en una manera menos responsable. Dougherty apunta específicamente a uno de los demandantes, KCA, por su falta de experiencia y una de las empresas inescrupulosas que entraron en 2008,¹⁶⁹⁵ y cita entrevistas con personas con conocimiento del área que describen el trabajo en El Tambor como “un reguero total” y que KCA era la peor de las mineras extranjeras (que incluían también a Goldcorp y Tahoe).¹⁶⁹⁶

¹⁶⁹¹ *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI Nro. ARB/06/1. Declaración del Profesor Michael Reisman (28 de noviembre de 2011) (RL- 0228).

¹⁶⁹² Véase Jean Kalicky, Counterclaims by States in Investment Arbitration, International Institute for Sustainable Development (14 de enero de 2013), p. 2 (“Primero, ¿cuáles son las razones para permitir contrademandas por parte de los Estados? Hay varios. Puede conducir a la eficiencia, a la centralización de la investigación y a evitar duplicaciones (...). Puede evitar resultados inconsistentes en diferentes formas que pueden generar confusión para las partes y crear amenazas a la legitimidad del sistema. Puede evitar el tipo de impasses que resultan de las medidas cautelares anti-demandantes y las medidas cautelares anti-demandantes contra procedimientos paralelos, como los que han plagado (por ejemplo) los muchos capítulos de Chevron c. Ecuador.”) (CL-0175).

¹⁶⁹³ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (CUP, 2009), pp. 255, 256 (RL-0007)

¹⁶⁹⁴ Dougherty, p. 8 (R-0172).

¹⁶⁹⁵ Dougherty, p. 8 (R-0172).

¹⁶⁹⁶ Dougherty, p. 10 (R-0172).

937. Los Demandantes merecen esta reputación. Exmingua tergiversó y omitió información clave en su EIA e incumplió con la ley guatemalteca. De manera general, el EIA presentado por Exmingua no incluye una línea de base adecuada para evaluar adecuadamente los impactos del Proyecto y no incluye los efectos predictivos o la importancia de la evaluación de impacto. Asimismo, el EIA no cuenta con la información necesaria para implementar un plan de remediación y clausura de la mina. Peor aún, como se ha visto en abundancia en secciones anteriores, Exmingua en forma flagrante incumplió los compromisos realizados en materia medioambiental.

938. Lo cierto es que, en varios escenarios, pero especialmente en el muy probable escenario de que el Tribunal acepte las objeciones y defensas planteadas por Guatemala, una posibilidad cierta es que los Demandantes abandonen el proyecto minero. Hay muy poca relación con las comunidades – a modo de ejemplo, empleados de la empresa fueron condenados penalmente por su accionar violento y un trato agresivo a periodistas independientes, durante una de las protestas de la comunidad–. Exmingua inflamó las tensiones locales y buscó crear división entre los comunitarios. Los Demandantes tampoco tienen la capacidad técnica o financiera para volver a trabajar. Su reclamo arbitral está siendo financiado por un fondo de inversión que no tiene ningún interés en explotar la mina, cualquiera sea el resultado de la disputa.

939. Todo lo anterior presenta un escenario muy injusto para el Estado, las comunidades afectadas y el medioambiente. El Estado no debe quedar en la posición de no sólo tener que abonar los costos de este procedimiento arbitral, sino también remediar el daño ambiental causado por los Demandantes. Por ello, Guatemala solicita que en cualquier caso, incluido en la negada situación en que el Tribunal decida que ha existido una expropiación, el Tribunal Arbitral condene a los Demandantes a pagar el monto establecido en el EIA, actualizado conforme al criterio de los propios expertos mineros de los Demandantes, es decir en la suma USD 2 millones,¹⁶⁹⁷ los cuales se destinarán al pago de los gastos de remediación y restitución de la situación del área afectada por las actividades de los Demandantes.

X. COSTOS

940. Respecto a los costos, los Demandantes solicitan en su apartado de conclusión una reclamación por “[c]ostos asociados con estos procedimientos, incluyendo costos de arbitraje, honorarios profesionales, honorarios de abogados y desembolsos”.¹⁶⁹⁸

941. El Tribunal, en su Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada manifestó que “[s]e reserva la decisión sobre las solicitudes respectivas de costas de las Partes para determinarlas en conjunto con cualquier solicitud posterior de ese tipo al término de este procedimiento. Aquí se describiría el reclamo de

¹⁶⁹⁷ Informe SLR, ¶ 81 (“Los Demandantes estiman...costo de cierre de USD 2 millones”).

¹⁶⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 401 (iii).

costos y gastos de Guatemala, y se rechazaría la pretensión de costos y gastos de los Demandantes.”¹⁶⁹⁹

942. En consecuencia, Guatemala se limita a solicitar que se condene a los Demandantes al pago de todos los costos del procedimiento, honorarios de abogados y demás gastos que Guatemala haya desembolsado con ocasión de este procedimiento incluyendo la fase preliminar; y se reserva a presentar sus argumentos y prueba sustentando su solicitud, en el momento en que el Tribunal así lo solicite.

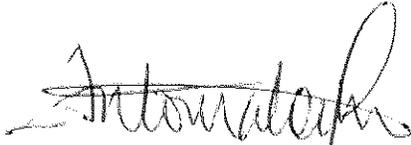
XI. PETITORIO

943. Por todo lo expuesto, Guatemala RESPETUOSAMENTE solicita:

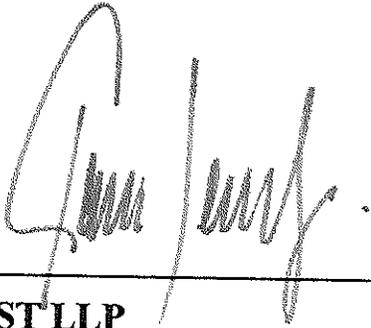
- (1) Haga lugar a las Objeciones resolviendo que el tribunal carece de jurisdicción para conocer el presente caso,
- (2) Ha lugar a las Defensas planteadas, rechazando la Demanda planteada en todas sus partes,
- (3) Haga lugar a la Reconvención planteada, condenando a los Demandantes al pago de la suma de USD 2,000,000.00 en concepto de reparación ambiental para reparar los daños causados por los Demandantes.
- (4) Oportunamente, imponga a los Demandantes todos los costos y costas generados por la presente disputa.

Presentado respetuosamente en nombre de la República de Guatemala el 7 de diciembre de 2020,

Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala
Lic. Jorge Luis Donado Vivar
Lcda. Lilian Nájera
Lic. Mario Mérida

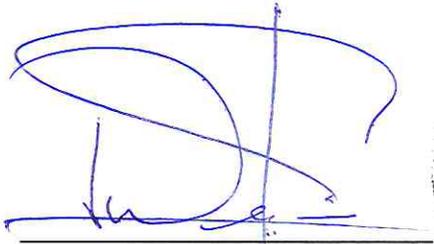


Ministerio de Economía
República de Guatemala
Ing. Roberto Antonio Malouf Morales
Lic. Alba Edith Flores Ponce de Molina
Lic. Alexander Cutz Calderón
Lic. Karla E. Liquez Aldana



GST LLP
Ignacio Torterola
Diego B. Gosis
Quinn Smith
Katherine Sanoja
Carmine Pascuzzo
Pablo Mori
Gary Shaw
Fabián Zetina
Bethel Kassa
Farhod Sharipov

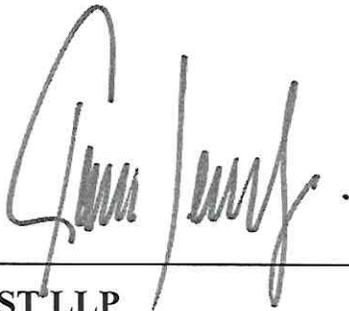
Presentado respetuosamente en nombre de la República de Guatemala el 7 de diciembre de 2020,



Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala
Lic. Jorge Luis Donado Vivar
Lcda. Lilian Nájera
Lic. Mario Mérida



Ministerio de Economía
República de Guatemala
Ing. Roberto Antonio Malouf Morales
Lic. Alba Edith Flores Ponce de Molina
Lic. Alexander Cutz Calderón
Lic. Karla E. Liquez Aldana



GST LLP
Ignacio Torterola
Diego B. Gosis
Quinn Smith
Katherine Sanoja
Carmine Pascuzzo
Pablo Mori
Gary Shaw
Fabian Zetina
Bethel Kassa
Farhod Sharipov
Jose Angelo David