

DERECHOS HUMANOS

Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Federico Chunga Fiestas



DERECHOS HUMANOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Federico Chunga Fiestas

Noviembre 2023

Red Peruana por una Globalización con Equidad - RedGE
CooperAcción

DERECHOS HUMANOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Federico Chunga Fiestas

© Red Peruana por una Globalización con Equidad - RedGE

Jirón Trujillo 678, Magdalena del Mar. Lima - Perú

Teléfono (511) 394 7212

redge@redge.org.pe / www.redge.org.pe

© CooperAcción

Jirón Trujillo 678, Magdalena del Mar. Lima - Perú

Teléfono (511) 394 7212

<https://cooperaccion.org.pe/>

Diseño, diagramación:

Rafael Nova.

Recavarren 1257, Surquillo

Teléfono (51) 990 718 636

Impreso por Gráfica Fénix S.R.L.

Av. Prolongación Arica 1827, Lima - Perú

Impreso en noviembre de 2023

Tiraje: 300 ejemplares

Las opiniones vertidas en este documento son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

N° 2023-11654

ISBN N°978-612-48904-9-9



 **LICENCIA CREATIVE COMMONS**
Algunos derechos reservados

Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente esta obra bajo las condiciones siguientes:

- Debe reconocer los créditos de la obra.
- No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- Debe ser usada solo para propósitos no comerciales.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I Estándares internacionales sobre el libre comercio internacional	17
CAPÍTULO II La política de acuerdos internacionales de inversión de Perú: situación actual, un análisis desde el enfoque de derechos humanos	49
CAPÍTULO III Algunas recomendaciones para incorporar el enfoque de conducta empresarial responsable en la política nacional de libre comercio internacional	75
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUCCIÓN

Perú ha ratificado la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos e informa periódicamente a los sistemas universal e interamericano sobre sus esfuerzos para cumplir con sus obligaciones allí adquiridas. En varios ámbitos el Estado peruano ha avanzado en el fortalecimiento de su normativa y de sus políticas públicas para adecuarse a esas obligaciones. Sin embargo, la grave vulneración de una multiplicidad de derechos humanos sigue siendo una realidad cotidiana, como lo demuestran los bajos niveles de cobertura de servicios de educación, salud, seguridad y vivienda; así como la discriminación estructural que históricamente siguen sufriendo amplios sectores de la ciudadanía, especialmente los grupos más vulnerables, entre ellos, mujeres, pueblos indígenas, el pueblo afroperuano, personas en situación de pobreza y extrema pobreza, niños, niñas y adolescentes, personas LGBTIQ+, personas con discapacidad y personas adultas mayores.

También persisten graves brechas en cuanto al trabajo digno, tanto en el sector formal (donde la informalidad se calcula en un 15%) como en el informal, cercano al 80% de la actividad económica en la post pandemia, así como graves afectaciones al medio ambiente producidas por la actividad extractiva formal, informal e ilegal, que en no pocos casos ha ocasionado conflictos de graves repercusiones económicas, políticas y sociales, incluyendo graves afectaciones a la vida, la integridad y la salud de personas defensoras de derechos humanos y de otros grupos en situación de vulnerabilidad.

Esta problemática tiene un impacto directo y notable en el funcionamiento mismo del sistema democrático. Como lo demuestra el Latinobarómetro 2023, la incapacidad del Estado para superarla, sumada a la crisis de representación, han ahondado el desencanto de la ciudadanía respecto de sus políticos y su Estado, percibidos como defensores de los intereses de unos pocos que concentran la riqueza, abusan de su poder y privilegios, y restringen la pluralidad, según lo percibe el 86%¹ de peruanos y peruanas. Así, Perú tiene un bajo índice de

¹ Corporación Latinobarómetro, Informe 2023, Santiago de Chile, Latinobarómetro, 2023

apoyo a la democracia como régimen de gobierno (50 %) y un altísimo índice de insatisfacción respecto de ella, el más alto de Latinoamérica (91 %), lo que guarda directa relación con la abrumadora percepción ciudadana, sostenida durante décadas, e incrementada en los últimos años², de desconfianza en el gobierno (82 %), el Poder Judicial (84 %) el Congreso (93 %) y los partidos políticos (93 %). En todos los casos, nos encontramos en el segmento de países con peores niveles de Latinoamérica³.

La conexión entre una sistemática vulneración de derechos humanos y el desencanto de la ciudadanía con el régimen democrático se explica en gran parte porque el Estado no ha incorporado de manera efectiva el espíritu de los tratados internacionales de derechos humanos en su funcionamiento, más allá de ratificarlos y hacerlos parte de su ordenamiento interno. Dicho de otro modo, el Estado no ha logrado implementar aún en su labor, de modo efectivo, uno de los pilares del enfoque de derechos humanos, reconocido como una “herramienta para incorporar la normativa internacional sobre derechos humanos en las estrategias de desarrollo y como un modelo de análisis y de intervención social que concibe los individuos como entes de derechos humanos, no como insatisfacción de necesidades básicas”⁴.

Implementar efectivamente el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas representa, en la práctica, un cambio de paradigma en la forma en que estas han sido formuladas, implementadas y evaluadas en nuestro país en los últimos treinta años. Así, este enfoque obliga al Estado a poner en el centro de su actuación a la persona humana y a la protección de su dignidad como fin supremo. Este mandato forma parte, explícitamente, de todas las constituciones políticas modernas, incluida la nuestra, que lo desarrolla en su primer artículo⁵. Ello exige la aplicación práctica de una serie de herramientas que garanticen la efectividad de la actuación estatal y privada para, según les corresponda, proteger, defender y hacer vigente y real el goce y disfrute de los derechos humanos de todas las personas. Significa, entre otras acciones, que el Estado debe orientar (o reorientar) toda su actuación, incluidas sus políticas de acuerdos internacionales de inversión, a cumplir con su fin último.

² Los siguientes datos corresponden al Informe 2021 del Latinobarómetro.

³ Ídem, p. 71.

⁴ Para un concepto operativo sobre el enfoque de derechos humanos, seguimos a Sañudo & Sánchez (2014, p. 15).

⁵ Constitución Política de 1993, artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De ese modo el enfoque de derechos humanos cuestiona abiertamente, sin olvidar su importancia, aquel sentido común instalado en las últimas décadas de que la mejora de las cifras macroeconómicas es el principal —o el único— criterio para determinar el éxito de las políticas públicas, y que el desarrollo “únicamente se obtiene a partir del libre comercio, que el papel del Estado se debe reducir a promover la existencia de un régimen neutral legal, a promover las exportaciones y a consolidar tratados de libre comercio que mejoren las relaciones comerciales entre los países”⁶.

La importancia de los acuerdos internacionales de inversión en el desarrollo de los países

Esta disociación entre cifras macroeconómicas positivas, por un lado y profundas brechas en el goce efectivo de derechos humanos, especialmente de los más vulnerables, por el otro, ha planteado tres grandes discursos en relación con la importancia del comercio y la inversión internacionales en el desarrollo de los países.

Los dos primeros se contraponen. El primero defiende que “la globalización y el libre comercio son causantes de un enorme aumento de la eficiencia y, por tanto, de ganancias de bienestar para la mayoría de los habitantes en todo el mundo”; que los países que se abrieron al libre comercio “han mejorado como nunca en la historia sus condiciones de amplios estratos en la sociedad”, y que si estos beneficios no han llegado a todos por igual, ha sido a causa de factores nacionales específicos como “las diferentes dotaciones en los factores de producción”, que requieren de una mejor gobernanza mediante políticas educativas, estructurales y sociales, así como la lucha contra la corrupción”, que gran parte de los Estados no han implementado adecuadamente⁷. En términos generales, esta posición planteó, con cierta “euforia”, especialmente en los años 80 y 90 del siglo pasado, que “el libre comercio ha contribuido decisivamente en el enorme crecimiento de la prosperidad mundial durante los dos últimos siglos, [lo que ha beneficiado también a la población pobre, puesto que] “nunca antes en la edad contemporánea un grupo tan bajo de personas había tenido

⁶ En este concepto seguimos a Paul, Joel R. (2006), p. 30 y ss.

⁷ Al respecto, véase: Konrad Adenauer Stiftung, *Un alegato a favor del libre comercio. Argumentos racionales para un debate dirigido de forma emocional*, KAS, Berlín, 2021, p. 21.

que luchar por la supervivencia material como hoy. Esta evolución no solo tiene que ver sino que es precisamente por el aumento de la circulación de bienes, servicios, personas e ideas”⁸.

Por el contrario, otro sector plantea que el balance de los mecanismos del libre comercio internacional “es obviamente negativo”, ya que han generado el “[aumento] del poder de las empresas transnacionales, [la reducción] de aranceles, [la restricción] de la política comercial de los países, [la apertura de] mercados, [el blindaje de] la privatización de los servicios públicos, [el encarecimiento de] los medicamentos y [la restricción de] la fabricación de genéricos, [la facilitación de] la introducción de los agrotóxicos en los campos, [el favorecimiento] del desmonte, [la profundización del] daño ambiental, [la precarización del] empleo, atacando especialmente a mujeres y migrantes, [la disminución de la] soberanía de los países y [el otorgamiento de] privilegios legales extraordinarios a los inversores extranjeros.”⁹

Este discurso plantearía, a decir de autores que enfatizan en sus beneficios, un “énfasis excesivo en los riesgos del libre comercio y la ignorancia generalizada de los beneficios asociados al mismo, [y se lamenta que ello sea] aceptado de forma relativamente incuestionable [por el sector contrario], a pesar de que el empresariado de hoy en día difícilmente podría pensar y actuar de forma diferente que en un mundo globalizado”¹⁰.

Un tercer discurso es el que comparten los organismos internacionales especializados. En un informe reciente, el Banco Mundial reiteró que a pesar de la “evidencia creciente que respalda que la apertura comercial fomenta el crecimiento económico, mayor acceso a nuevas tecnologías e inversión externa, el aprovechamiento de la economía de escala y los beneficios estimulantes

⁸ Véase Rebaggiani (2022, p. 25). Si bien el autor reconoce que la correlación no implica causalidad, cita estudios que demostrarían que “el propio comercio internacional, aislado de muchas otras posibles influencias, afecta positivamente la prosperidad de las naciones” (p. 14) “y aumenta significativamente la productividad laboral de un país”, “la formación de capital o la calidad del producto”, así como “la influencia que ejercen los TLC en la mayoría de los países involucrados, ya sean pequeños o grandes” (p. 15). Si bien reconoce que “no todos los grupos de población se han beneficiado por igual del aumento de la prosperidad inducido por el libre comercio”, ello ocurre porque “el libre comercio no puede compensar las deficiencias regulatorias, es decir, la mala gobernanza, la corrupción, el descuido de los instrumentos de las políticas de redistribución de la riqueza, la falta de una política educativa estructural bien pensada” (p. 25).

⁹ Al respecto, véase: Alarco & Sanchium (2022, pp. 90-91).

¹⁰ Rebaggiani (2022, p. 12).

de la competencia”, América Latina “sigue estando poco diversificada y es vulnerable frente a shocks en los precios de las materias primas”. Además, que su crecimiento económico es “insuficiente para reducir la pobreza y mitigar las tensiones sociales” y que “la región sigue siendo una de las menos integradas y —con algunas excepciones— la apertura comercial y los flujos de [inversiones extranjeras directas] permanecen estancadas o han disminuido en los últimos veinte años”¹¹.

En una línea similar, la OCDE destaca que el libre mercado “históricamente ha ido de la mano con un mejor desempeño económico en los países de todos los niveles de desarrollo, creando nuevas oportunidades para las y los trabajadores, consumidores y empresas en todo el mundo y ayudando a sacar a millones de personas de la pobreza”. Por ello, asegura que “[l]as economías relativamente abiertas crecen más rápido que las relativamente cerradas, y los salarios y las condiciones de trabajo son generalmente mejores en las empresas que exportan que en las que no lo hacen. Más prosperidad y oportunidades en todo el mundo también ayudan a promover una mayor estabilidad y seguridad para todos”¹². Sin embargo, la OCDE también reconoce que el libre comercio genera la preocupación de la ciudadanía debido a problemas que esta advierte como “genuinos”, al punto que “[m]uchas personas, especialmente en algunas economías avanzadas, están expresando su enojo y frustración con un sistema que [...] creen [...] es injusto y no está funcionando para ellos”. El bajo crecimiento económico global desde la crisis económica de 2008-2010, ha significado “no solo menos recursos para satisfacer las necesidades económicas, sociales, ambientales y de seguridad actuales, sino que también amenaza las promesas hechas a los trabajadores de hoy sobre los beneficios futuros de jubilación y pensiones”¹³.

Esta situación “[no solo aumenta la desigualdad de ingresos en muchas economías, sino que también aumenta la desigualdad de oportunidades: los hogares de bajos ingresos a menudo son incapaces de invertir adecuadamente en la educación para sus hijos, lo que puede tener fuertes efectos perjudiciales para las personas y limitar la movilidad social.” Asimismo, también identifica grandes disparidades entre las regiones: las menos desarrolladas “sufren una menor productividad, crecimiento y oportunidades de empleo”, con la

¹¹ Banco Mundial (2023, p. 45).

¹² Al respecto, véase: <https://www.oecd.org/trade/entendiendo-el-sistema-de-comercio-global/por-que-son-importantes-los-libres-mercados/>

¹³ Véase: <https://www.oecd.org/trade/entendiendo-el-sistema-de-comercio-global/hacer-que-el-comercio-beneficie-a-todos/>

necesidad de que “más empresas compartan los beneficios de los mercados integrados globalmente”, en un contexto en que las “PYMEs tienden a estar poco representadas en el comercio internacional” y con el riesgo de que la digitalización y la automatización termine desplazando a algunos trabajadores” y los perjuicios, que pueden ser agudos, se concentren en los individuos con “la menor capacidad para ajustarse por su cuenta”¹⁴.

Frente a ello, la OCDE aboga por un acercamiento holístico del problema, bajo la convicción de que, por sí solo, el comercio no ha causado los problemas que preocupan al público ni, por sí solo, los resolverá, sino que su abordaje depende “tanto de la configuración de las políticas nacionales [...] como de la naturaleza y el grado de cooperación económica internacional”, lo que implica “adoptar un enfoque de políticas mucho más integrado, tanto a nivel nacional como internacional, para hacer que todo el sistema funcione mejor y para más personas”. En ese sentido, sugiere enfocarse en tres temas:

- 1) Corregir las políticas públicas para que sus costos innecesarios no les sean impuestos involuntariamente a los comerciantes, invertir en la infraestructura física para conectar a las personas con los puestos de trabajo y los mercados, e invertir en las personas (desde la primera infancia hasta el aprendizaje a lo largo de vida) para permitirles aprovechar nuevas oportunidades.
- 2) “No dejar a nadie atrás”, lo que supone colocar “en el centro un mejor bienestar y un crecimiento más sólido e inclusivo, [...] que permita a los ciudadanos, las empresas y las comunidades adaptarse a los cambios rápidos y beneficiarse de las oportunidades creadas por la tecnología, la globalización y el comercio” y garantizar la igualdad de oportunidades para todos y todas.
- 3) Fortalecer la cooperación económica internacional para hacer que el sistema funcione mejor, “para que sea más libre, justo y abierto”, lo que exige corregir los “vacíos y asuntos pendientes” y “todos, desde las empresas a los países, cumplan con las reglas acordadas”. En ese sentido, “la formulación de políticas comerciales también debe convertirse en una conversación más abierta, donde más personas puedan debatir los problemas, evaluar los pros y contras y tener una mayor sensación de confianza de que las concesiones inherentes a los acuerdos tienen sentido”. “Un debate público informado

¹⁴ Ibídem

puede ayudar a construir una mejor comprensión del papel del comercio en la economía”¹⁵.

Sin entrar a discutir aquellas posiciones que sostienen que el libre comercio mundial es absolutamente positivo o absolutamente negativo, lo cierto es que, al día de hoy, es una realidad inevitable y que sus efectos están presentes y afectan, especialmente los negativos, a los grupos más vulnerables. Tal como señalan el Banco Mundial y la OCDE, que estos efectos sean controlados y que sus beneficios sean maximizados, depende del Estado y de su capacidad para implementar políticas públicas que vayan más allá de la simpleza de un planteamiento maniqueo. Ello supone un proceso de formulación, implementación y evaluación de estas políticas centrado en evidencia, bajo un enfoque de derechos humanos, es decir, que evalúe su eficacia, no solo para hacer crecer la economía del país sino para que este crecimiento mejore la calidad de vida de las personas, mejore la efectiva vigencia de sus derechos humanos y proteja su dignidad, especialmente de aquellas en especial situación de vulnerabilidad.

Si bien esta ligazón entre política pública y derechos humanos podría parecer una obviedad, lo cierto es que la data con la que se cuenta permite aseverar que, por lo menos desde la última década del siglo XX, el Estado peruano ha carecido de un claro enfoque de derechos humanos en buena parte de sus políticas públicas, pero especialmente en sus políticas relacionadas con el desarrollo económico. Ello ha generado que pese al aumento del producto bruto interno y de las exportaciones, el control de la inflación, y otros indicadores de base macroeconómica, el crecimiento económico no haya servido para el real fortalecimiento del sistema democrático y la efectiva vigencia de los derechos humanos de todos y todas por igual.

En Perú, la implementación del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas ha logrado algunos avances a partir de la aprobación de planes nacionales de derechos humanos, el primero en 2006. A partir del 2018, con la aprobación del tercer Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2025-PNDH, y, específicamente, de su Lineamiento N° 5, por primera vez la política pública de derechos humanos incorporó formalmente al sector empresarial como un actor relevante en el marco de los esfuerzos dirigidos desde el Estado en esta materia. El cambio fue muy significativo en la medida que dicho sector fue incorporado

¹⁵ Ibídem.

con personalidad propia y obligaciones concretas de respeto de los derechos humanos, asumidas voluntariamente por sus principales gremios en un ámbito, el de las políticas públicas, en el que, por lo menos en los últimos treinta años, había sido, y él mismo se consideraba, ajeno.

También ha sido significativo porque permite, al menos incipientemente, que desde el propio Estado y su política pública de derechos humanos, los pilares y sentidos comunes de un modelo de crecimiento centrado en la macroeconomía sean confrontados. Este cambio de perspectiva ha permitido un diálogo multiactor ampliamente participativo en el que estuvieron incluidos, además del sector empresarial, la sociedad civil, los pueblos indígenas y los sindicatos y, por primera vez en una política pública de derechos humanos, instituciones estatales con competencias en materias económicas, de promoción de la inversión, comercio exterior, entre otras, varias de las cuales participaban por primera vez en una política pública de este tipo.

La herramienta de derecho internacional que ha tenido una influencia significativa para empezar a concretar este cambio de paradigma son los denominados Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, aprobados en 2011 por la Asamblea General de la ONU, e incorporados en la política pública nacional, primero, desde los inicios del acercamiento del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), y ya de modo explícito, desde la aprobación del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, aprobado en junio de 2021, atendiendo al mandato previsto en el mencionado Lineamiento N° 5 del PNDH 2018-2021.

El PNA compromete en su implementación a todos los ministerios, organismos ejecutores y organismos técnicos especializados del Poder Ejecutivo y es, por tanto, un importante punto de apoyo para lograr una progresiva incorporación del enfoque de derechos humanos y, en particular, del enfoque de empresas y derechos humanos en todas las políticas públicas. De hecho, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ente rector del mencionado plan, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con medidas de política pública del Sector Trabajo y Promoción del Empleo, para respaldar la mejora reglamentaria que garantice los derechos humanos laborales a la sindicalización y la negociación colectiva, en tanto concordante con los Principios Rectores. Esta posición institucional es importante porque grafica el potencial de esta política pública para impulsar la coherencia de las otras respecto de su adecuación

a los estándares internacionales de derechos humanos y para introducir este componente en debates de interés público donde antes el énfasis era puesto en términos tales como “competitividad, productividad, lucha contra la informalidad”, desprovistos del enfoque de derechos humanos y centrados solo en la eficiencia económica y en el crecimiento macroeconómico¹⁶.

Sin embargo, también debe señalarse que el PNA, aun cuando representa un importante avance en ese sentido, no logró incorporar acciones para establecer una hoja de ruta ad hoc para que la política pública de acuerdos internacionales de inversión incorpore también el enfoque de empresas y derechos humanos. A pesar de que los primeros tres borradores del PNA previeron —a propuesta del MINJUSDH, y siguiendo una recomendación de la OCDE¹⁷—, una acción específica dirigida a este fin, el diálogo con el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Economía y Finanzas no fructificó en el logro de ese objetivo. Ello no quiere decir que el Estado no esté obligado a hacerlo, sino que, al menos de modo explícito, dicho objetivo no forma parte de la política pública sobre empresas y derechos humanos. Que así sea no impide que, cumpliendo el mandato de los Principios Rectores, el tema sea incorporado en el diálogo multiactor o, como el PNA prevé explícitamente, este sea actualizado para atender necesidades relevantes como esta. Para lograr estos objetivos, la incidencia de la sociedad civil es fundamental y por ello el presente documento pretende también brindar algunas herramientas que coadyuven en esa dirección.

Por otro lado, no hay que perder de vista que la construcción e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos enfrenta otros problemas estructurales como la “sobre-burocratización estructural” y, a la vez, una “sub-burocratización de la conducta”, “un sistema presidencial burocratizado y regulatorio de toma de decisiones y, por otro, un comportamiento administrativo

¹⁶ La coherencia de las políticas públicas sigue siendo un enorme reto para el Estado, como lo demuestra el hecho de que, sobre este caso, y pese al informe emitido por el MINJUSDH, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI haya determinado que la norma reglamentaria que regula la tercerización para garantizar derechos laborales es una barrera burocrática. El caso se encuentra en revisión en instancias judiciales.

¹⁷ En el informe denominado Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable en Perú, de junio de 2020, la OCDE recomendó al Estado peruano: “Tomar medidas para adoptar un papel más proactivo respecto de la inclusión de consideraciones de CER en los acuerdos comerciales y de inversión de Perú, con el fin de incluir sistemáticamente disposiciones relacionadas con la CER y/o cláusulas sobre CER en los acuerdos comerciales y los tratados de inversión”. Véase el informe mencionado, p. 77.

incoherente y poco predecible” que “hace relativamente fácil formular una política o aprobar una regulación” pero “difícil aplicarla o sostenerla”¹⁸. Así, son rasgos permanentes del Estado el escaso grado de profesionalización del servicio público o el hecho de que “las instituciones y sus principios básicos son más fácilmente afectadas por las coyunturas político-económicas o los liderazgos personales”¹⁹, varias de ellas traducidas en profundas crisis de representación política, como en el Perú de los últimos seis años.

Pero los esfuerzos por fortalecer políticas públicas desde el enfoque de derechos humanos no deben cesar, pese a estos difíciles contextos. Más bien, tal como lo señaló el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos con ocasión del inicio de la pandemia de COVID-19²⁰, estas situaciones de crisis hacen mucho más relevante que los Estados incorporen los estándares internacionales de derechos humanos, en particular los Principios Rectores, para poner a las personas en el centro, como debiera ser norma en todas las políticas públicas, especialmente en el caso de un país con grandes brechas estructurales como el nuestro.

El presente documento, desarrollado gracias a la gentil invitación de la Red por una Globalización con Equidad —RedGE— tiene por objetivo contribuir en ese esfuerzo colectivo, sistematizando y puntualizando algunos argumentos de los Órganos de las Naciones Unidas y de la OCDE, con base en el enfoque de derechos humanos, a fin de que puedan ser usados en un diálogo inclusivo y participativo sobre la política pública de libre comercio internacional peruana. De acuerdo con ello, consta de tres capítulos. El primero está dedicado a identificar los estándares internacionales de derechos humanos más relevantes en materia de acuerdos internacionales de inversión. El segundo hace una breve referencia al desarrollo de la política pública nacional sobre estos acuerdos y un balance general sobre su situación desde el enfoque de derechos humanos y de conducta empresarial responsable. El tercer capítulo, con el que concluye el documento, intenta desarrollar una hoja de ruta para las labores de incidencia de la sociedad civil para incorporar el enfoque de empresas y derechos humanos en la política pública nacional de acuerdos internacionales de inversión.

¹⁸ Al respecto, véase: José Luis Méndez Martínez, Políticas públicas op. cit., p. 35 y ss.

¹⁹ Ídem, pp. 35 y ss.

²⁰ Pronunciamiento disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2020/04/ensuring-business-respects-human-rights-during-covid-19-crisis-and-beyond-relevance-un?Langl-D=S&NewsID=2583>

CAPÍTULO I

Estándares internacionales
sobre el libre comercio
internacional

Estándares construidos a partir de pronunciamientos de procedimientos especiales de Naciones Unidas distintos al de empresas y derechos humanos

Las inversiones internacionales suelen gestionarse mediante disposiciones de derecho internacional en el marco de un tratado. Existen diferentes mecanismos, conocidos como acuerdos internacionales de inversión (AII), cuyo objetivo central fue en sus orígenes (y lo sigue siendo, al menos preponderantemente), proteger a los inversores extranjeros y sus intereses en los Estados receptores. Los tres principales tipos de AII son:²¹

- a) Tratados bilaterales de inversión (TBI), firmados entre dos Estados y centrados en la inversión;
- b) Tratados regionales de inversión, firmados entre varios países de una región y centrados también en la inversión;
- c) Disposiciones contenidas en acuerdos multilaterales y plurilaterales comerciales y de inversión, que contienen cláusulas relativas al libre comercio y la inversión.

Los AII se han centrado históricamente en asegurar para los inversores derechos sustantivos que los protegen frente a la actuación expropiatoria, injusta o discriminatoria de los Estados receptores de sus inversiones, utilizando cláusulas estándar como las que se señalan a continuación:²²

- a) Las disposiciones sobre estabilización, es decir, cláusulas “de derecho aplicable” que, por lo general, estipulan qué leyes del país regirán los parámetros de los proyectos de inversión. Normalmente, las disposiciones incluyen también la indicación de que los cambios futuros en dichas leyes

²¹ En el presente apartado se sigue el concepto, tipología y caracterización sobre AII presentada por la Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su informe ante la Asamblea General de las Naciones Unidas N° A/70/301.

²² Ibidem.

no podrán aplicarse con efectos retroactivos de forma perjudicial para el inversor. En el caso peruano esta disposición tiene rango constitucional (el artículo 62 de la Constitución Política de 1993²³);

Las cláusulas sobre expropiación suelen especificar que toda expropiación de proyectos de inversión tiene que justificarse en el interés público y ser decidida sin ninguna discriminación, y ser compensada con arreglo al valor de mercado;

Las cláusulas sobre un trato justo y equitativo especifican que los inversores extranjeros del país de origen deben tener garantizado un trato igual al que reciben los nacionales del Estado receptor y los nacionales de terceros países. En el caso peruano esta condición también tiene reconocimiento constitucional (el artículo 63 de la Constitución Política²⁴). En ese sentido, estos acuerdos prevén mecanismos de solución de controversias que permiten a los inversores oponerse a los Estados cuando consideren infringidos sus derechos en el marco de mecanismos vinculantes de arbitraje, por lo que pueden recurrir a foros arbitrales internacionales, tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Cámara de Comercio Internacional. En el caso peruano, esta condición también tiene reconocimiento constitucional (el artículo 63 de la Constitución Política²⁵).

Para acceder a estas instancias los inversores no están obligados a agotar los recursos jurídicos nacionales, pudiendo obtener una indemnización, que no tiene límites y a la que puede imputársele intereses compuestos al tipo comercial aplicable, con carácter retroactivo desde la demanda, si se determina que el Estado ha infringido las cláusulas del tratado. Estas decisiones, no susceptibles de recurso, son directamente vinculantes.

Diversos procedimientos especiales de Naciones Unidas han tenido oportunidad de evaluar el contenido de los AII en relación con las normas de los tratados

²³ Constitución Política, artículo 62.- [...] Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

²⁴ Constitución Política, artículo 63.- (...) La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones.

²⁵ Constitución Política, artículo 63.- El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley.

internacionales de derechos humanos y, en ese sentido, han venido señalando un conjunto de advertencias y preocupaciones. Así, por ejemplo, la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas ha señalado en varios de sus informes que las cláusulas de no discriminación y expropiación pueden fácilmente ir en detrimento de la protección de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y de los derechos culturales estrechamente conexos, debido a que, al otorgar a los inversores extranjeros el mismo trato que a los nacionales, en la práctica, cualquier protección especial a las tierras indígenas podría quedar obsoleta en el ámbito de las inversiones si dichos derechos no están expresamente incluidos como excepciones a dichas disposiciones²⁶.

Así mismo, la Relatora ha señalado que las cláusulas anti expropiación pueden ser también un grave obstáculo para las reclamaciones sobre las tierras indígenas, por ejemplo, si en cumplimiento del marco internacional de derechos humanos, los gobiernos receptores adoptan medidas positivas para devolver tierras de propiedad indígena afectadas por estas inversiones. En estos casos, los Estados podrían ser obligados a pagar una compensación a los inversores a valores de mercado, incluso si la expropiación fue realizada con base en un fin público legítimo o para remediar una apropiación injusta de tierras y territorios de los pueblos indígenas.²⁷

²⁶ Véase por ejemplo el informe de 2016 sobre pueblos indígenas y acuerdos internacionales de inversión: A/HRC/33/42

²⁷ En uno de sus informes, la Relatora Especial puso como ejemplo emblemático de afectación a pueblos indígenas que en 2007 el Gobierno del Perú autorizó a la minera canadiense Bear Creek Mining Corporation, a explotar la mina de plata de Santa Ana. En este caso, después de una serie de huelgas y bloqueos en contra de los impactos negativos de la mina sobre el Lago Titicaca, que cobró la vida de seis personas indígenas a causa del uso de la fuerza policial, en 2011 el Gobierno se vio obligado a anular la autorización a la empresa minera y reconoció a las comunidades indígenas el poder de aprobar o denegar operaciones mineras o de perforación en la zona. En respuesta, el inversor presentó una demanda contra el gobierno con base en el capítulo sobre inversiones del AII entre Canadá y Perú. Véase: Informe A/70/301, p. 12 y ss. Respecto del resultado de este arbitraje, emitido en 2017, la OCDE también considera que este caso es emblemático porque demuestra la importancia de las disposiciones relacionadas con la CER en los AII para preservar el espacio estatal para regular de manera no discriminatoria y, a la vez, garantizar una indemnización en caso de expropiación (el ALC Perú Canadá incluyó una excepción para preservar los derechos de los signatarios a adoptar medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal). También porque demuestra que no abordar las cuestiones sociales y ambientales adecuadamente puede resultar costoso para el Estado y los inversionistas (en este caso el Estado fue obligado a indemnizar y a la empresa se le reconoció un monto limitado de indemnización debido a su incapacidad para asegurar un diálogo constructivo con las comunidades). Al respecto, véase: OCDE, Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable, Perú, OCDE, París, 2020, pp. 72-73. En otro informe, la Relatora Especial

Igualmente, la Relatora destaca que en muchos proyectos no se ha obtenido el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos y el artículo 6, párrafo 2, del Convenio 169 de la OIT, pese a que esta normativa ofrece la oportunidad de incluir las perspectivas y necesidades de estos pueblos en los AI, pudiendo evitar futuras violaciones de sus derechos humanos. “Cuando se pierde esa oportunidad, aumentan las posibilidades de que se produzcan conflictos, se suspendan proyectos y se pierdan beneficios”, señaló²⁸.

También ha identificado muchas formas en que los posibles efectos de los AI podrían socavar las tierras, territorios y aguas, componentes inherentes de la cultura e identidad indígenas, así como poner en peligro los esfuerzos de estos pueblos por combatir las prácticas de apropiación cultural. Así, concluye la Relatora Especial, el impacto de los AI agrava las violaciones del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y de otros derechos económicos y sociales están estrechamente vinculados a las experiencias de marginación, desposesión y destrucción ambiental de sus tierras ancestrales, y a la falta de libre determinación sobre las vías de desarrollo. Además, sus efectos sistémicos contribuyen también a las causas de la pobreza y a la negación del derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas²⁹.

En ese sentido, existe una visión, bastante extendida en los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como el ya señalado, pero también de otros como el experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo³⁰, de que los procesos que rigen los AI y de libre comercio contradicen de muchas maneras un enfoque basado en los derechos humanos. A continuación desarrollaremos algunos de estos aspectos.

señala que el acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Perú fue utilizado como pretexto para promulgar una serie de decretos legislativos, diez de los cuales tuvieron consecuencias graves para los derechos territoriales de los pueblos indígenas del Amazonas. La negativa del Gobierno del Perú a aceptar las propuestas formuladas por los pueblos indígenas, señala, provocó una movilización que se saldó con la trágica muerte de 30 personas cuando, en respuesta, se desplegó a las fuerzas armadas. Al respecto, véase el Informe N° A/HRC/33/42

²⁸ A/70/301, p. 12

²⁹ Ibidem.

³⁰ Véase, entre otros, el informe del experto independiente sobre acuerdos internacionales de inversión A/HRC/33/40

► Asimetría entre el Estado y los agentes privados³¹

Diferentes procedimientos especiales de Naciones Unidas han advertido que los AIJ otorgan a los inversores extranjeros y a las empresas transnacionales poderosos derechos y mecanismos de ejecución y, por el contrario, las normas que regulan las obligaciones de los agentes privados suelen estar enmarcadas en el llamado derecho internacional “no vinculante”. Así, mientras que los inversores pueden acceder a fuertes y hasta desproporcionadas vías de recurso, los Estados y/o los grupos afectados no pueden muchas veces impugnar legalmente las prácticas empresariales que socavan gravemente el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Ello contribuye a una peligrosa acumulación de poder en las empresas internacionales, lo que dificulta la capacidad estatal de actuar como eficaz regulador y protector de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas³².

► Limitación del marco normativo y legislativo de los Estados

Asimismo, las disposiciones incluidas en los AIJ pueden limitar el marco normativo y legislativo en el que operan los Estados, lo que ha sido denominado como un “efecto disuasorio” que limita la capacidad estatal de regular a favor del interés público, a fin de evitar costos de arbitraje. Este efecto podría agravarse por el impacto práctico de la pérdida de fondos públicos, así como por los costos de defensa: “Los laudos arbitrales son vinculantes y en última instancia deben ser afrontados con los fondos de los contribuyentes. La pérdida de fondos públicos a gran escala a favor de los agentes privados disminuye el monto de los fondos públicos disponibles para promover el bien público en general y los derechos humanos e indígenas en particular”³³.

Como señaló el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los AIJ “y los sistemas de solución de controversias entre inversores y Estados benefician a las empresas transnacionales a expensas de las funciones soberanas de legislación y adjudicación de los Estados”.³⁴ En una gran proporción de los casos ganados por

³¹ Respecto de este punto y los siguientes, véase los informes del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, entre ellos, el A/HRC/33/40.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Al respecto, véase el Informe N° A/HRC/19/59/Add.5 del mencionado Relator.

los inversores (81% según algunas fuentes) se ha invocado las cláusulas sobre un trato justo y equitativo.³⁵

► Falta de transparencia en la negociación de los AI

Durante el proceso de negociación y redacción de los AI, señalan diferentes procedimientos especiales de Naciones Unidas, hay falta de transparencia, diálogo social y control legislativo. No existe representación oficial y los grupos afectados no participan normalmente, o casi nunca, en los procesos de negociación y redacción de dichos acuerdos, a pesar de que los acuerdos finales son jurídicamente vinculantes en sus jurisdicciones³⁶.

► Los Estados se encuentran muy limitados para controlar judicialmente los AI, también en casos de vulneración de derechos humanos

Varios procedimientos especiales de la ONU consideran que el control judicial sobre los AI no existe, lo que socava el Estado de Derecho. Además, preocupa gravemente a los procedimientos especiales, la parcialidad y los conflictos de intereses entre los profesionales que intervienen en los casos. Como manifestó el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “la solución de controversias está controlada por un pequeño grupo de árbitros y abogados, y la misma persona puede ser letrado, árbitro y asesor de un inversor o un Estado en diferentes momentos. Muchos árbitros comparten estrechos vínculos con comunidades comerciales y pueden tender a proteger los beneficios de los inversores”³⁷.

Los procedimientos especiales de la ONU, por tanto, consideran indefendible esta falta de control judicial, habida cuenta del interés público y la preocupación que en materia de derechos humanos suscitan los AI y su aplicación, así como de las enormes sumas de dinero público en juego, lo que socava de forma sistemática los principios democráticos y el estado de derecho, y limitan la capacidad de los Estados y las autoridades locales para proteger los derechos humanos.

► Perpetuación de los desequilibrios internacionales de poder

Los regímenes de AI pueden aumentar las desigualdades entre los distintos países, afectando de forma más drástica a los países en desarrollo, más aún

³⁵ Ibidem.

³⁶ Entre otro, véase el Informe N° A/HRC/19/59/Add.

³⁷ Al respecto, véase el Informe N° A/69/299, párr. 62 y ss.

si se tiene en cuenta que la mayoría de los AII se suscriben entre países en desarrollo y países desarrollados, la mayoría de los casos llevados a arbitraje son interpuesto contra países menos adelantados, y los inversores proceden normalmente de Estados desarrollados³⁸.

Mediante la perpetuación de estos desequilibrios, los regímenes de inversión y de libre comercio agravan las desigualdades en los recursos de que disponen los países, lo que afecta la capacidad de los países menos adelantados para proteger a los grupos más vulnerables³⁹.

► Crecimiento económico nacional

Los procedimientos especiales de la ONU coinciden en que las inversiones internacionales y el libre comercio pueden promover el crecimiento económico nacional mediante el fomento de la inversión extranjera directa y, se espera, el incremento del producto bruto interno. Sin embargo, enfatizan que ello no suele tratarse de un crecimiento que facilita la reducción de la pobreza de los grupos más vulnerables. Por el contrario, informan que la experiencia demuestra que el crecimiento impulsado únicamente por estos factores, la austeridad de las políticas públicas y una débil regulación, agrava las desigualdades y, a menudo, se logra a expensas de una destrucción ambiental a gran escala⁴⁰. Esos efectos secundarios negativos socavan a menudo una amplia gama de derechos humanos⁴¹.

► Hacia una nueva generación de acuerdos internacionales en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): el balance de seis décadas de negociación de AII de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).⁴²

En un documento de 2018⁴³, que profundiza otro de 2015, la Conferencia de las

³⁸ Véase los informes del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, entre ellos, el A/HRC/33/40

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² La UNCTAD plantea que la evolución del régimen de los AII ha pasado por cuatro etapas, la primera (1950-1964), que denomina “era de la infancia”; la segunda (1965-1989), “era de la dicotomía”; la tercera (1990-2007), “era de la proliferación”, y la cuarta y actual, iniciada en 2008, a la que denomina “era de la reorientación”. Al respecto, véase: “UNCTAD’s reform package for the International Investment Regime”, UNCTAD, 2018, p. 14

⁴³ Ibidem.

Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) planteó que las políticas de inversión y lo AI han evolucionado desde su nacimiento en un contexto en que “la conservación de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y el bienestar social no ocupaban un lugar destacado en la agenda pública internacional hace 50 años” y, por lo tanto, en los tiempos actuales “deben armonizarse con el objetivo más amplio del desarrollo sostenible” de conformidad con los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁴⁴ y otros estándares internacionales, entre los que cita como protagónicos a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y a las Líneas Directrices de la OCDE.

En el informe citado, la UNCTAD concluye que “ahora ya no basta con que la inversión cree empleo, contribuya al crecimiento económico o genera divisas”, sino que los países buscan cada vez más “inversiones que no sean dañinas para el medio ambiente, que traigan beneficios sociales, promuevan la igualdad de género y les ayuden a ascender en la cadena de valor global”⁴⁵. Enfatiza también en que, tras la crisis financiera global de 2008, el enfoque de desregulación estatal del crecimiento económico, promovido en la década de los noventa, empieza a ser dejado de lado por los gobiernos a favor de un papel más fuerte de la regulación estatal para garantizar el desarrollo sostenible⁴⁶.

En ese sentido, la UNCTAD señala que la función de los AI de “contribuir a la previsibilidad, la estabilidad y la transparencia de las relaciones de inversión, y ayudar a trasladar las disputas de inversión, del ámbito de la acción diplomática de Estado a Estado, al ámbito de la Ley” puede, en el contexto actual, ser útil para “contribuir a mejorar los marcos regulatorios institucionales de los países, incluso añadiéndoles una dimensión internacional y promoviendo el Estado de Derecho y mejorando la buena gobernanza”. Así, los AI “pueden reducir los riesgos para los inversores extranjeros [...] y de manera más general, contribuir a mejorar el clima de inversión”, “facilitar la inversión transfronteriza y convertirse en parte de las agendas de integración económica más amplias que, si se gestionan adecuadamente, pueden ayudar a alcanzar los” ODS⁴⁷.

Como puede advertirse, en el estándar internacional de los derechos humanos, inclusive en el desarrollado por órganos especializados de Naciones Unidas

⁴⁴ *Ibidem*, p. 15, traducción propia.

⁴⁵ *Ibidem*, traducción propia.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 15-16, traducción propia.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 16, traducción propia.

como la UNCTAD, existe una clara convicción de que los AII, tal como fueron formulados, representan un serio riesgo para la vigencia de algunos derechos humanos y para el logro de los ODS. Por ello, como parte de un balance de seis décadas de elaboración de AII, la UNCTAD, en el informe que reseñamos, plantea a los Estados las siguientes recomendaciones⁴⁸:

- i) Tomar precauciones porque los AII, que tienen la calidad de instrumentos jurídicamente vinculantes, “muerden” y pueden generar riesgos imprevistos, tal como lo ha demostrado el aumento de los casos de ISDS durante los quince años previos al informe. Así, “la formulación amplia y vaga de las disposiciones de los AII ha permitido a los inversionistas cuestionar decisiones políticas nacionales fundamentales, por ejemplo, en el área de las políticas ambientales, energéticas y de salud”. Esta vaguedad de las disposiciones de los AII, señala la UNCTAD, “ha generado interpretaciones imprevistas (y en ocasiones inconsistentes) por parte de los tribunales arbitrales, lo que ha generado una falta de previsibilidad en cuanto a las obligaciones que los AII generan para los Estados”. Frente a ello, destaca que hoy existe “un consenso amplio de que las disposiciones de los tratados deben ser claras y detalladas, y su redacción debe ser producto de un análisis jurídico exhaustivo sobre sus implicaciones reales y potenciales.”⁴⁹
- ii) Los AII tienen limitaciones como herramientas de promoción y facilitación de inversiones, y no son una panacea para el logro de estos objetivos. De ese modo, los “AII son solo uno de los muchos factores determinantes de la toma de decisiones sobre IED, y su importancia depende de otras variables”, “no pueden sustituir políticas nacionales y marcos regulatorios e instituciones sólidas”, y “por sí solos, no pueden convertir un clima de inversión nacional débil en fuerte”. En ese sentido, la UNCTAD recomienda que la elaboración de los AII debe basarse en un riguroso análisis costo-beneficio⁵⁰.

Asimismo, la UNCTAD visibiliza el potencial infrautilizado de los AII como instrumentos que deben contribuir al logro de los ODS, en tanto “hoy, aumentar la cantidad de inversión no es suficiente”, sino que “lo que importa es su calidad, es decir, la medida en la que la inversión genera

⁴⁸ Ibídem, p. 16, traducción propia.

⁴⁹ Ibídem, p. 16 (traducción propia).

⁵⁰ Ibídem, p. 17 (traducción propia).

- beneficios concretos al desarrollo sostenible”. En esa misma línea, y dado que se ha verificado que los AIIs pueden generar impactos negativos sobre el medio ambiente, la salud y el disfrute de otros derechos humanos, es importante que, a la par que los “AIIs continúen brindando una base sólida para la protección de las inversiones, también deben abordar de manera más directa” sus responsabilidades”.
- iii) Los Estados deben tener en cuenta que las negociaciones sobre AIIs no afectan solo las políticas de inversión sino que tienen implicancias para muchas áreas de la política pública en todos los niveles, tanto nacional como regional y local, principalmente en el ámbito laboral, social, tributario, de propiedad intelectual, derechos territoriales, seguridad nacional, cultura, salud, protección del medio ambiente, entre muchos otros. Ello debiera obligar a los Estados a una amplia coordinación con todos sus sectores para “tener cuidado de garantizar la coherencia entre las obligaciones de los AIIs y las políticas nacionales [...] y las obligaciones internacionales de las partes contratantes”. Coordinar para lograr coherencia, reconoce la UNCTAD, puede ser un desafío abrumador, especialmente para los países en desarrollo, pero “sin un conocimiento profundo del derecho internacional de inversiones y las decisiones arbitrales pertinentes, los países corren el riesgo de concluir acuerdos que no reflejen adecuadamente sus intereses y objetivos”, y “de contraer compromisos que no pueden implementar a nivel nacional o subnacional o que, sin darse cuenta (e innecesariamente), limitan la aplicación de políticas gubernamentales”.⁵¹

Estas recomendaciones están dirigidas a contribuir con los Estados en la adopción de políticas públicas sobre inversiones internacionales basadas en evidencia, que generen un impacto positivo en los ODS y, al final de cuentas, en el desarrollo sostenible del país y en los derechos humanos de su ciudadanía. Contrario a cierto consenso neoliberal que apuesta sin dudas ni objeciones por los AIIs como vehículos de desarrollo económico, la UNCTAD reconoce que el estudio riguroso de las ventajas e impactos negativos de los AIIs puede llevar a los Estados a tomar la decisión estratégica de no tener un AII, desvincularse de uno ya existente, o de reformarlo para asegurar la minimización de sus impactos negativos y la maximización de los positivos⁵².

⁵¹ Ibídem, p. 18 (traducción propia).

⁵² Ibídem, p. 20 (traducción propia).

Para lograr una evaluación enfocada en el cumplimiento de los ODS y la coherencia estatal en torno a la protección y defensa de los derechos humanos, la UNCTAD recomienda tener en cuenta diez principios básicos al momento de formular o revisar una política de inversión⁵³:

- 1) Verificar que sea útil para el crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible (coherencia de la política pública).
- 2) Que se formule e implemente involucrando a todas las partes interesadas e integrarse en un marco institucional basado en el Estado de Derecho, altos estándares de gobernanza pública y que garantice procedimientos predecibles, eficientes y transparentes para los inversores (gobernanza pública e institucionalidad).
- 3) Que sea revisada periódicamente para comprobar su eficacia y pertinencia y adaptarse a las dinámicas cambiantes del desarrollo (formulación dinámica de la política).
- 4) Que tanto los derechos como las obligaciones de los Estados y de los inversores estén equilibrados con base en el interés público de lograr el desarrollo sostenible y que sea beneficioso para todos y todas (derechos y obligaciones equilibrados).
- 5) Que no se pierda de vista que cada país tiene el derecho soberano a establecer condiciones de entrada y operación para la inversión extranjera, sujeto a compromisos internacionales, en interés del bien público y para minimizar posibles efectos negativos en los derechos humanos y el desarrollo sostenible (derecho estatal a regular).
- 6) Que los países establezcan condiciones de entrada estables y predecibles para la inversión (apertura a la inversión).
- 7) Que la política de inversión brinde una protección adecuada a los inversionistas establecidos, asegurándose un trato no discriminatorio (protección e igualdad de trato a los inversores).
- 8) Que los acuerdos se alineen con los objetivos de desarrollo sostenible para minimizar el riesgo de efectos negativos para dichos objetivos y para los derechos humanos vinculados (promoción y facilitación de inversiones en armonía con el desarrollo sostenible).

⁵³ *Ibidem*, p. 20 (traducción propia)

- 9) Que se promueva y facilite la adopción y el cumplimiento de mejores prácticas internacionales de responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo (gobierno corporativo responsable).
- 10) Que la comunidad internacional coopere para abordar los desafíos de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible, particularmente en los países menos desarrollados (cooperación internacional).

Con base en estos principios, la UNCTAD plantea seis directrices para la reforma de las AI⁵⁴:

- a) Aprovechar los AI para el desarrollo sostenible, al tiempo que con ellos se busca proteger y promover la inversión internacional.
- b) Centrarse en áreas críticas de reforma, tales como i) salvaguardar el derecho estatal a regular con base en el interés público, ii) reformar la resolución de disputas de inversión, iii) fortalecer la función de promoción y facilitación de inversiones de los AI, iv) garantizar la responsabilidad del inversor, y v) mejorar la coherencia sistémica
- c) Actuar a todos los niveles (nacional, bilateral, regional y multilateral), con acciones apropiadas y de apoyo mutuo.
- d) El proceso de reforma debe ser gradual, con acciones apropiadamente secuenciadas y programadas, basadas en la identificación de los hechos y problemas, con base en un plan estratégico y gestión por resultados.
- e) Garantizar un proceso de reforma inclusivo y transparente, en el que todas las partes interesadas expresen su opinión y aporten.
- f) Fortalecer la estructura de apoyo multilateral, a fin de que la reforma esté respaldada por estructuras universales e inclusivas que ayuden a coordinar las acciones de reforma, a través de la cooperación técnica y una plataforma para el intercambio de experiencias y la creación de consensos.

⁵⁴ Ibídem, pp. 22-30 (traducción propia)

Los principios de contratación responsable de las Naciones Unidas

En 2011, la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó los denominados “Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores”, producto de una amplia consulta global. El documento fue presentado por John Ruggie, el padre de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, como un documento adicional y complementario a estos⁵⁵. Los Principios de Contratación plantean las siguientes diez orientaciones⁵⁶:

- 1) Las partes deben prepararse adecuadamente y estar en condiciones de abordar durante las negociaciones los efectos de los proyectos en los derechos humanos.
- 2) Antes de la firma del contrato, es necesario esclarecer y establecer un acuerdo sobre la responsabilidad de prevenir y mitigar los riesgos relacionados con los derechos humanos asociados al proyecto y sus actividades.
- 3) Las leyes, los reglamentos y las normas que rigen la ejecución del proyecto deben facilitar que se prevengan, mitiguen y subsanen los efectos negativos sobre los derechos humanos a lo largo de la vida del proyecto.
- 4) Si se utilizan cláusulas contractuales de estabilización, estas deben redactarse cuidadosamente de manera que ninguna medida de protección de los inversores contra futuras modificaciones de la ley interfiera con la que haga de buena fe el Estado para aplicar las leyes, los reglamentos y las políticas en forma no discriminatoria a fin de cumplir sus obligaciones de derechos humanos.
- 5) Cuando en el contrato se prevea que los inversores presten servicios adicionales, que vayan más allá del alcance del proyecto, estos deberán prestarse de manera compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado y las responsabilidades de derechos humanos de los inversores.
- 6) La seguridad física de los locales, las instalaciones o el personal del proyecto

⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Principios de contratación responsable. Integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores, 2015. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf

⁵⁶ Ibidem.

debe garantizarse de manera compatible con los principios y las normas de derechos humanos.

- 7) El proyecto debe incluir un plan eficaz de participación de la comunidad durante todo su ciclo vital y desde sus comienzos.
- 8) El Estado debería estar en condiciones de vigilar que el proyecto cumpla con las normas pertinentes de protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, dar a los inversores las garantías necesarias de que no habrá injerencias arbitrarias en el proyecto.
- 9) Los particulares y las comunidades que sufran los efectos de actividades del proyecto, pero no sean partes en el contrato, deben poder recurrir a un mecanismo no judicial de reparación de agravios que sea eficaz.
- 10) Las condiciones del contrato deben publicarse y el alcance y duración de las excepciones a esa publicación deben obedecer a razones convincentes.

Estos principios han servido como precedente y base para el informe que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, el Grupo de Trabajo) dedicó a los AIJ en 2021, y que desarrolla con mucha más precisión el estado situacional de los AIJ en relación con la protección y respeto de los derechos humanos.

Estándares internacionales desde los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos

El Grupo de Trabajo ha destacado en sus informes que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos estipulan, en los principios 8 y 9, respectivamente, que “los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado”⁵⁷ y que “los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o

⁵⁷ Informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos A/HRC/29/28

contratos de inversión”⁵⁸.

Así, de conformidad con los Principios Rectores, todos los AIJ deben incluir claras disposiciones que garanticen que respetarán los derechos humanos de personas y grupos que sean afectados por las inversiones. Incluso en el borrador del tratado internacional sobre las empresas y los derechos humanos se llegó a considerar una cláusula⁵⁹ que especifica que los tratados de derechos humanos tienen prevalencia sobre los tratados de inversión. Esto, por supuesto, ha sido uno de los puntos más discutidos y resistidos por Estados y sector empresarial en el proceso de diálogo sobre dicho tratado internacional.

1. En un informe reciente sobre la implicancia de los derechos humanos en los AIJ desde el punto de vista de los Principios Rectores, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, siguiendo los informes de la UNCTAD, ha dado cuenta de que los AIJ, especialmente los de primera generación celebrados antes de 2010, son una “encarnación de tres “i”: (*imbalance, inconsistency, and irresponsibility*)”; desequilibrio, inconsistencia e irresponsabilidad, en español.

Desequilibrio, porque como ya ha sido desarrollado por otros procedimientos especiales, la mayoría de los acuerdos confieren derechos legalmente exigibles a los inversionistas, pero casi ninguna obligación o responsabilidad con respecto a los derechos humanos y el medio ambiente. También, porque a pesar de ser terceros en los acuerdos, los inversionistas pueden basarse en los AIJ para iniciar juicios arbitrales contra los Estados por un presunto incumplimiento de las normas de protección de inversiones, incluso mediante el uso de “financiación de terceros”. Sin embargo, los Estados u otros terceros, como las personas y comunidades afectadas por proyectos de inversión, no disponen de esa opción.

La *inconsistencia*, otro elemento integrado en la estructura de los AIJ, se manifiesta, según el Grupo de Trabajo, en el hecho de que los inversionistas y proponentes de AIJ justifican la necesidad del proceso de la solución de controversias entre inversionistas y Estados en su desconfianza en el sistema legal de los Estados anfitriones. Sin embargo, al mismo tiempo, cuando las comunidades afectadas presentan denuncias contra empresas inversionistas, estos abogan porque los casos sean atendidos por el mismo sistema legal que etiquetan como poco fiable

⁵⁸ Informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos A/76/238

⁵⁹ Para este acápite, véase el Informe N° A/276/238.

e inadecuado. Además, mientras que el mecanismo de solución de controversias permite a los inversionistas matrices, como accionistas, reclamar al Estado una indemnización por daños y perjuicios como “pérdida reflectante”, las empresas matrices invocan el principio de personalidad jurídica separada cuando se les demanda por la conducta de sus filiales. La inconsistencia, precisa, también se observa en los laudos arbitrales emitidos por un grupo específico de árbitros designados por las partes que no están sujetos a ningún sistema de precedentes.

El Grupo de Trabajo señala que el desequilibrio y la inconsistencia señalados, profundamente arraigados en los AI, contribuyen al tercer defecto, la *irresponsabilidad* de los inversionistas. Así, la protección asimétrica que ofrecen los AI y la falta de transparencia general en los procesos inversionista-Estado crean incentivos para que los inversionistas se concentren en la protección de su inversión y presten una atención inadecuada a sus responsabilidades en materia de derechos humanos, derivadas de leyes locales y normas internacionales. En algunos casos, indica, los inversionistas invocan la protección en virtud de los AI para frustrar los intentos de las comunidades afectadas de hacerlas responsables de los abusos de los derechos humanos. Además, dada la falta de obligaciones explícitas para los inversionistas en relación con los derechos humanos y el medio ambiente en los acuerdos, los árbitros tienden a abordar a los AI como un régimen autónomo que prevalece sobre otros regímenes regulatorios.

En ese sentido, el Grupo de Trabajo coincide con el Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo cuando señala que tal vez, “la parte más odiosa —y más deshonestá— de los AI” son las disposiciones de protección a los inversores. En ese sentido, el Grupo de Trabajo advierte que las disposiciones de protección poco tienen que ver con el resguardo del inversionista contra gobiernos defraudadores, puesto que han existido muy pocas expropiaciones en las últimas décadas, y los inversores que quieren protegerse pueden comprar un seguro del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, una filial del Banco Mundial, o del gobierno estadounidense y otros gobiernos que proporcionan seguros similares. En realidad, sostiene el Grupo de Trabajo, la verdadera intención de estas disposiciones es impedir, en favor de la seguridad de la inversión, la protección del derecho a la salud, el cuidado del medio ambiente, la seguridad y, ciertamente, incluso “tienen la intención de impedir que actúen las regulaciones financieras”.

El experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo resalta, además, que el problema reside en parte en

un compromiso anacrónico y acrítico con la filosofía del fundamentalismo del mercado, poniendo énfasis en que “El libre comercio no es un fin en sí mismo”. Economistas como Stiglitz, señala, han advertido que no hay pruebas empíricas de que la liberalización del comercio haya hecho aumentar significativamente el PIB y el empleo, pese a las afirmaciones dogmáticas que se hacen en este sentido y las previsiones sorprendentemente optimistas sobre los acuerdos que se están estudiando.

En ese mismo sentido, el Grupo de Trabajo pone como ejemplo de la ruptura de ese dogma el hecho de que algunos Estados hayan comenzado a rescindir los All antiguos para liberarse de sus limitaciones reglamentarias, como Pakistán, que se unió a Ecuador, India, Indonesia y Sudáfrica, en la rescisión unilateral de sus acuerdos internacionales de inversión desequilibrados. Además, recoge el ejemplo de 23 Estados miembros de la Unión Europea que en mayo de 2020 firmaron un acuerdo para rescindir los All celebrados entre ellos, a raíz de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de marzo de 2018 en el caso La República Eslovaca c. Achmea BV (caso C-284/16), en el cual el Tribunal sostuvo que las cláusulas de solución de controversias entre inversores y Estados incluidas en los All de la Unión Europea tenían un efecto adverso en la autonomía de la Unión Europea y, por tanto, eran incompatibles con el derecho de la Unión Europea.

Asimismo, el Grupo de Trabajo recoge las críticas formuladas por los procedimientos especiales antes mencionados, en el sentido de que la mayoría de los All no contienen disposiciones que impongan responsabilidades u obligaciones en materia de derechos humanos a los inversionistas, al punto de que no todos los All de nueva generación posteriores a 2010 incluyen disposiciones específicas de este tipo o ponen las obligaciones de los inversionistas a la par con sus derechos. También llama la atención por el acceso privilegiado a recursos de los inversionistas, lo que perjudica directamente a los grupos afectados y a los propios Estados.

Así, advierte que las comunidades locales son “invisibles” en virtud del actual sistema de All, a pesar de que tienen mucho en juego en los proyectos de inversión extranjera y las disputas relacionadas con estos proyectos. El Grupo de Trabajo considera como injusto e indefendible que los Estados en virtud de los All otorguen a los inversionistas, que son terceros en estos acuerdos entre Estados, el privilegio de eludir todos los mecanismos de reparación normales y buscar un recurso rápido contra los Estados mediante un arbitraje vinculante. Además,

considera desproporcionado que los inversionistas también pueden invocar los AI como escudos contra las denuncias por abusos contra los derechos humanos. Por otro lado, indica que las comunidades afectadas permanecen excluidas de los acuerdos internacionales de inversión y del mecanismo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados. A lo más se les permite estar en la periferia, como en aquellas ocasiones en que se les admite la presentación de un informe de *amicus curiae*.

Este modelo de acceso privilegiado a la reparación, sostiene el Grupo de Trabajo, que podría haber sido racionalizado, para los Estados en desarrollo, como una vía para atraer inversiones, debe ser concordado con los actuales estándares internacionales de derechos humanos, entre ellos los Principios Rectores. En ese sentido, propone que se cree algún mecanismo especializado para resolver controversias que no sea unidireccional, sino que permita que los Estados y las comunidades afectadas resuelvan sus controversias “en pie de igualdad”, esto es, un mecanismo que busque, más bien, fortalecer el estado de derecho nacional para todas las partes afectadas y no solo para unas pocas privilegiadas.

Para enfrentar este grave desequilibrio el Grupo de Trabajo recoge algunos estándares desarrollados en la última década por órganos especializados del Sistema de Naciones Unidas o vinculados con éste. En primer lugar, pone en relieve las recomendaciones de la hoja de ruta de tres fases publicada en 2018 por la UNCTAD, al que nos hemos referido en este documento: diseño de acuerdos orientados al desarrollo sostenible (fase 1), modernización del acervo existente de acuerdos (fase 2) y promoción de la coherencia entre los acuerdos y otros sitios de formulación de políticas de inversión (fase 3).

Es de destacar que ya desde ese año, como se ha desarrollado previamente, la UNCTAD propuso diez principios para reformar los AI de antigua generación, que incluyen la interpretación conjunta de las disposiciones de los tratados para reformar sus disposiciones, reemplazar los tratados obsoletos, hacer referencia a las normas mundiales, abandonar los tratados antiguos no ratificados y rescindir los tratados antiguos existentes⁶⁰. Posteriormente, en 2020, la UNCTAD puso en marcha el denominado “Acelerador de reformas” para ayudar a los Estados a modernizar los AI de antigua generación, enfocado en ocho aspectos: definición de inversión, definición de inversionista, trato nacional, trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, expropiación indirecta y excepciones de política pública.

⁶⁰ Ibidem

Asimismo, destaca la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) para promover la solución de controversias entre inversores y Estados, centrada en diversas reformas procesales o institucionales relativas a: a) los tribunales *ad hoc* y el mecanismo multilateral permanente; b) métodos y ética de designación de árbitros y jueces; c) mecanismos de participación y control de las partes del tratado sobre su interpretación; d) la prevención y mitigación de controversias; e) gestión de gastos y f) financiación de terceros. El Grupo de Trabajo destaca que la CNUDMI y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, también están desarrollando un código de conducta para los jueces con el fin de mejorar su independencia e imparcialidad, incluso mediante la divulgación de conflictos de intereses.

Un tercer mecanismo que el Grupo de Trabajo pone en agenda son los planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos (PNA), documentos de política pública mediante los cuales los Estados “describen estrategias e instrumentos para cumplir con su deber de prevenir y reparar los abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas, tal como se establece en el derecho internacional de los derechos humanos y se reitera en el primero y en el tercer pilar de los Principios Rectores”. De la revisión realizada por el Grupo de Trabajo a los 25 planes aprobados hasta junio de 2021, encontró que solo cuatro (Chile, Eslovenia, Estados Unidos de América y Perú) carecen de disposiciones específicas sobre AI y derechos humanos. Esta situación no ha cambiado significativamente a la fecha.

En contraste, considera como buenas prácticas el plan danés, en el que se señala que los principios y las normas sobre conducta empresarial responsable, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, se “reflejan en las negociaciones de acuerdos de libre comercio que incluyen el área de la inversión”. Del mismo modo, destaca que el plan italiano considera prioritario promover la aplicación de las normas internacionales existentes “en lo que respecta a la negociación de tratados y acuerdos internacionales”.

Algunos otros planes incluyen ese compromiso en términos más concretos. Así, el de Suecia prevé que el país actuará para garantizar que la Unión Europea incluya referencias a los Principios Rectores “en los capítulos de sostenibilidad de sus acuerdos comerciales bilaterales y regionales, acuerdos de inversión y acuerdos de asociación y cooperación”. Por su parte, Noruega también busca “asegurar que las disposiciones sobre el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos fundamentales de los trabajadores, y el medio ambiente

se incluyan en los acuerdos bilaterales de libre comercio e inversión”. En el PNA de Francia se compromete a promover los Principios Rectores “en sus relaciones comerciales con otros Estados y confirma su compromiso con la jerarquía de normas al firmar acuerdos de comercio e inversión”. Por su parte, el Gobierno de Japón se comprometió a seguir esforzándose por concluir acuerdos de inversión “que beneficien no solo a la industria, sino también a una amplia gama de personas, incluidos los trabajadores”.

El Grupo de Trabajo considera importante que los PNA incluyan acciones para incorporar el enfoque de derechos humanos en los AI, como una condición para lograr la coherencia de las políticas, lo que es explícito, por ejemplo, en el caso de Suiza, cuyo plan “aboga por la inclusión de disposiciones de coherencia al negociar acuerdos de protección de inversiones” y señala que “el Gobierno federal debe garantizar que estos acuerdos brinden un alcance de política nacional suficiente para cumplir con las obligaciones de derechos humanos tanto de Suiza como del socio contratante”. En esa misma línea, Dinamarca reconoce la práctica existente de preservar el espacio “para adoptar y hacer cumplir las medidas necesarias para perseguir objetivos legítimos de política pública”.

Finalmente, se destaca algunos planes en los que los Estados se comprometen a revisar sus AI para adecuarlos al derecho internacional de los derechos humanos. Así, el plan de Kenya se compromete a revisar “los acuerdos vigentes de promoción del comercio y las inversiones y hacerlos cumplir con la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos”. Del mismo modo, Francia también se compromete a comprobar “que todos los acuerdos comerciales y de inversión cumplen con el derecho internacional de los derechos humanos”.

Una nueva generación de AI⁶¹

El GT destaca la existencia de una nueva generación de AI, pasando revista a un conjunto de AI de nueva generación más equilibrados, algunos de los cuales incluyen disposiciones sobre derechos humanos, responsabilidad social de las empresas o desarrollo sostenible en el texto principal, pero sobre todo en términos exhortadores en lugar de jurídicamente vinculantes. Por ejemplo, “la importancia de que cada parte aliente a las empresas que operan dentro de su área a incorporar voluntariamente en sus políticas internas aquellas normas,

⁶¹ Para este acápite, véase el Informe N° A/276/238.

directrices y principios de responsabilidad social empresarial internacionalmente reconocidos que hayan sido respaldados o sean apoyados por esa parte” se reafirma en el artículo 16 del tratado bilateral de inversión entre Chile y la Región Administrativa Especial de Hong Kong. Algunas variantes de esta cláusula, señala, se encuentran en otros acuerdos recientes como el tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Francia, el tratado bilateral de inversiones entre Brasil y México, el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Georgia y el tratado bilateral de inversiones entre el Canadá y Mongolia. Sin embargo, el incumplimiento de dicha cláusula a menudo se excluye del ámbito del arbitraje vinculante.

Algunos AIIs recientes también se centraron en preservar el espacio regulatorio para los Estados. Por ejemplo, el artículo 4.2) del tratado internacional de inversión entre Bangladesh y Turquía otorga a cada parte contratante “el derecho a ejercer todas las medidas legales en caso de pérdida, destrucción o daños con respecto a su salud pública o vida o el medio ambiente por inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante”. De manera similar, el artículo 18.1) del tratado internacional de inversión entre Burkina Faso y el Canadá establece que una parte puede adoptar o hacer cumplir una medida necesaria “para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal”. Aunque el tratado internacional de inversión entre el Brasil y la India aún no ha entrado en vigor, los artículos 22 y 23 contienen amplios fundamentos de política pública para hacer valer el derecho a regular las inversiones y los inversionistas. El artículo 14 del Código Panafricano de Inversiones también enumera las excepciones generales que permiten a los Estados adoptar medidas reglamentarias no discriminatorias.

Sin embargo, el Grupo de Trabajo señala que tales cláusulas de derecho a regular no serán efectivas a menos que los acuerdos internacionales de inversión también limiten los estándares generales de protección del inversionista. Hace notar que los modelos de TBI recientes también apuntan hacia un enfoque más holístico de la formulación de políticas de inversión. Así, desde la aprobación de los Principios Rectores en 2011, más de 20 Estados han adoptado un modelo de TBI —como Canadá (2021), Países Bajos (2019) y Noruega (2015)—, que refieren expresamente a los Principios Rectores como punto de referencia para la conducta empresarial responsable o la responsabilidad social empresarial. Si bien, advierte, esto no siempre se traduce en disposiciones reales en los AIIs negociados por los Estados, significa un punto de inicio para que dichas disposiciones se habiliten progresivamente. Cabe señalar que en el caso peruano, ninguno de los AIIs ha incluido una referencia a los Principios Rectores, principalmente porque son

anteriores al 2011 o porque, siendo posteriores, el Perú no se había adherido a ellos, como lo hizo explícitamente desde la aprobación del PNDH en 2018.

Una breve revisión de la nueva generación de AII y modelos de TBI, revela, a juicio del Grupo de Trabajo, que, si bien es posible que todavía no “parezcan avanzar hacia la inclusión de obligaciones vinculantes claras y precisas en materia de derechos humanos para los inversionistas”, es visible alguna evidencia de reequilibrio entre los derechos y responsabilidades de los inversionistas. Sin embargo, es claro, señala, que se necesitan urgentemente reformas más ambiciosas y holísticas de los AII.

El Grupo de Trabajo invoca a no desaprovechar el empuje de los Principios Rectores para generar una nueva tendencia en los AII que busca garantizar la protección de los derechos humanos en su ámbito de acción, incluidos los mecanismos arbitrales. Mencionando un estudio de 2014 de la OCDE (que identificó que 287 de los 1.113 laudos encuestados mencionaron al menos una vez uno de los problemas de conducta empresarial responsable, como los derechos humanos, el medio ambiente, la corrupción y el trabajo), advierte que las consideraciones de derechos humanos no necesariamente vienen recibiendo el peso adecuado por parte de los árbitros.

Al interpretar los AII, señala el Grupo de Trabajo, los tribunales de arbitraje, especialmente si incluyen a expertos en derechos humanos, podrían articular las obligaciones de derechos humanos de los inversionistas de tres maneras: a) al utilizar el gancho de “otras leyes aplicables” de tales acuerdos para incorporar obligaciones en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, b) al interpretar determinadas disposiciones de los acuerdos para incorporar los derechos humanos en ellos y c) al basarse en disposiciones explícitas de derechos humanos de los acuerdos. De estas vías, considera que es probable que la tercera opción sea la más eficaz para garantizar que los derechos humanos se incorporen en las decisiones de arbitraje de inversión. Las disposiciones explícitas en los AII que “obligan al tribunal a examinar cuestiones de derechos humanos en el curso de las reclamaciones realizadas en virtud del acuerdo” deberían poder despejar el actual obstáculo al recibir argumentos, cuestiones y normas de derechos humanos en los arbitrajes de inversión⁶².

⁶² Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales de la OCDE, primera consideración, OCDE, 1976.

La relación entre AII y derechos humanos también ha sido un tema clave en las negociaciones del “instrumento internacional jurídicamente vinculante propuesto para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. Los tres borradores publicados hasta el momento tenían disposiciones destinadas a alguna forma de armonización de los acuerdos con el instrumento propuesto. Por ejemplo, el artículo 14.5) a) del segundo borrador revisado publicado en agosto de 2020 establece que los Estados “se asegurarán de que los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes, incluidos los acuerdos de comercio e inversión, se interpreten y apliquen de manera que no socavará ni limitará su capacidad para cumplir con sus obligaciones en virtud de este (instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como de otras convenciones e instrumentos de derechos humanos pertinentes”. La cláusula b) establece además que “todo nuevo acuerdo bilateral o multilateral de comercio e inversión será compatible con las obligaciones de derechos humanos de los Estados parte en virtud de este (instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como con otras convenciones e instrumentos de derechos humanos pertinentes”⁶³.

El marco de conducta empresarial responsable de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

La Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales de la OCDE —que establece sus Líneas Directrices sobre Empresas Multinacionales— destacan la importancia fundamental de la inversión internacional “para la economía mundial” y su considerable contribución “al desarrollo de los países”⁶⁴. Por su parte, la reciente Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la inversión extranjera directa, enfatiza en la trascendencia de la inversión internacional para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como fuente clave de financiamiento para el desarrollo inclusivo y sostenible, al “aumentar la innovación, crear empleos de calidad, desarrollar el capital humano, promover la igualdad de género y avanzar en la descarbonización”⁶⁵.

⁶³ Véase la resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/9

⁶⁴ Véase Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, actualizada 2023.

⁶⁵ OCDE, Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la inversión extranjera directa. Estándares para el Desarrollo, OCDE, 2022.

OCDE reconoce también que “estos beneficios no siempre se materializan y sus impactos pueden diferir entre países y regiones y entre áreas de desarrollo sostenible”, por lo que, para revertir dichas situaciones, es imprescindible la implementación de políticas públicas y mejoras institucionales estatales⁶⁶.

La adhesión de los países a los estándares de la OCDE, como es el caso de Perú, expresa un compromiso político del más alto nivel para garantizar condiciones básicas para un marco de inversión extranjera abierto, transparente, alineado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y con los estándares de la conducta empresarial responsable, a fin de que la inversión internacional, como en general toda actividad empresarial, minimice sus impactos negativos sobre los derechos humanos de personas y grupos y maximice sus beneficios. En el caso de la inversión internacional, la OCDE es clara en señalar que más importante que la cantidad de inversión internacional que atraigan los países, es fundamental garantizar que dicha inversión sea de calidad⁶⁷.

En ese sentido, a través de sus Líneas Directrices, alineadas desde 2011 a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la OCDE promueve que los Estados garanticen condiciones mínimas de la inversión internacional, para lo cual ha formulado, entre otras, las siguientes recomendaciones que quisiéramos destacar:⁶⁸

Promover políticas públicas y planes de desarrollo e inversión internacional alineados con los ODS, guardando la coherencia de todas ellas a través de la coordinación entre ministerios y diferentes niveles de gobierno para su implementación efectiva y continuidad. Incluir en estas políticas a las partes interesadas (sector empresarial, sindicatos y sociedad civil) a través de procesos de toma de decisiones inclusivos, a fin de generar consensos sobre estas políticas, y evaluarlas para identificar las brechas de implementación, así como el impacto de los principales proyectos de inversión.

Fomentar un clima de inversión basado en políticas de inversión abiertas, transparentes y no discriminatorias, el Estado de Derecho y la integridad, la prevención de la corrupción, la promoción de una conducta empresarial responsable y una regulación de calidad, de acuerdo con los estándares de la OCDE. Para ello, se recomienda alinear los marcos legales y políticos nacionales,

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

así como los AII a los ODS, garantizando un espacio político nacional y un diálogo social apropiados para lograr estos objetivos.

Sensibilizar a todas las partes interesadas sobre los efectos de la inversión sostenible; mejorar el vínculo entre la promoción de inversiones y los ODS, en todas las áreas; mejorar el vínculo entre las actividades de facilitación de inversiones y los ODS; promover una conducta empresarial responsable y la debida diligencia empresarial, incluso tomando medidas para apoyar a empresas para la aplicación de los estándares internacionales.

El marco de conducta empresarial responsable de la Organización Internacional del Trabajo

La “Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también enfatiza en la “importancia del comercio y la inversión internacionales como una manera de promover el empleo productivo y el trabajo decente y de contribuir a la consecución de los [ODS]”⁶⁹. La propia declaración subraya “los posibles beneficios sustanciales que tiene [el libre comercio internacional] para los países tanto de origen como anfitriones, incluidas las contribuciones a la utilización más eficiente del capital, la tecnología y el trabajo”. Al mismo tiempo, “subraya [...] la importancia de medidas adecuadas para garantizar que la inversión extranjera directa contribuya al logro del [Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 8] sobre el crecimiento económico inclusivo y el trabajo decente, en particular para los grupos de ingresos más bajos y las zonas menos desarrolladas”.

En ese sentido, al igual que la OCDE, y en la misma línea que sigue el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la OIT recomienda a los Estados a adoptar políticas públicas de libre comercio internacional alineados con objetivos de derechos humanos, tales como promover el trabajo decente, y entre ellas, especialmente, las de conducta empresarial responsable, bajo el mandato de coherencia de todas estas políticas con los tratados internacionales de derechos humanos para “maximizar

⁶⁹ Véase: https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/WCMS_861683/lang--es/index.htm Si bien esta mención no es expresa en la Declaración, sí está contenida en la Agenda de Acción de Addis Abeba (2015), a la que la Declaración menciona como una de sus fuentes en su preámbulo,

la contribución de la IED al trabajo decente y a impulsar el comercio en pos del trabajo decente”⁷⁰.

La Declaración fue alineada también, desde 2017, con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, por lo que respecto de estos estándares contienen las mismas orientaciones seguidos, como se ha mencionado anteriormente, también por la OCDE en sus Líneas Directrices.

La evaluación del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: Una hoja de ruta de transformación de la política de libre comercio que armonice con los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos⁷¹.

El Grupo de Trabajo plantea un conjunto de sugerencias, tanto para negociar nuevos acuerdos como para reformar los antiguos, de conformidad con los principios rectores 8 y 9 antes mencionados. A continuación, presentamos un breve resumen de ellas:

- a) Reorientación del propósito de la inversión, bajo un enfoque de derechos humanos: para que los derechos humanos sean el objetivo central para atraer inversiones extranjeras, en lugar de que se conviertan simplemente en una excepción en los AIIs para justificar la regulación de las inversiones y los inversionistas por parte del Estado anfitrión. En ese sentido, los Estados deben garantizar que la inversión contribuya al desarrollo inclusivo y sostenible y que las disposiciones de los acuerdos estén diseñadas para lograr este objetivo.

Atraer inversión extranjera que facilite el desarrollo sostenible requeriría asegurar la coherencia vertical y horizontal y desarrollar una política de inversión de abajo hacia arriba con una participación significativa de todas las partes interesadas, incluidas las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones de mujeres y los sindicatos. El actual modelo de inversión de arriba hacia abajo no considera especialmente las necesidades y preferencias de las comunidades marginadas como los

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Para este acápite, véase el Informe N° A/276/238.

pueblos indígenas. En consecuencia, los pueblos indígenas sufren, como lo ha señalado ya la Relatora Especial de este grupo vulnerable, de manera desproporcionada debido a los proyectos de desarrollo relacionados con la inversión extranjera⁷².

Así, la idea de que atraer inversión extranjera es un fin en sí mismo debe ser contrarrestada desde los Estados a través del enfoque de derechos humanos, de modo que la inversión extranjera sea utilizada, como ya señalaba el UNCTAD, para contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los AI, en ese sentido, deben promover los derechos humanos de todos y todas, contribuir a erradicar la desigualdad económica en lugar de afianzarla, contribuir a lograr una igualdad de género sustantiva y otros objetivos sociales comunes, como la mitigación del cambio climático.

- b) Conservación del espacio para ejercer el deber de regular: de conformidad con los Principios Rectores, en particular el Pilar 1, y el enfoque de derechos humanos, los Estados deben asegurarse de que los AI no socaven su capacidad para ejercer su deber de regular. De este modo, los acuerdos solo deben conferir la protección mínima necesaria para disuadir la conducta oportunista de los Estados anfitriones y no imponer restricciones a los Estados para que introduzcan cambios legales y de política legítimos. Con el fin de minimizar los impactos adversos derivados de la colisión entre los AI y el derecho internacional de los derechos humanos, se sugiere a los Estados que negocien acuerdos bajo la sombra de este último marco internacional. Así, las expectativas legítimas de los inversionistas deben equilibrarse e interpretarse a la luz de los derechos humanos de las personas y las comunidades.

Eso significa también precisar algunos conceptos, en armonía con el marco internacional de los derechos humanos, como el de “nación más favorecida”, “trato justo y equitativo”. Además, señala, las inversiones que infrinjan las leyes nacionales o las normas internacionales de derechos humanos deben quedar excluidas de la protección en virtud de tales acuerdos. Los Estados pueden incorporar explícitamente la “doctrina de manos limpias” en los acuerdos: los inversionistas que no realicen una debida diligencia significativa en materia de derechos humanos o que estén involucrados en abusos de derechos humanos podrían tener prohibido presentar

⁷² Al respecto, véanse los informes N° A/70/301 y A/HRC/33/42.

demandas de arbitraje contra los Estados para hacer cumplir sus derechos en virtud de los acuerdos. Además, los acuerdos pueden disponer que el monto de los daños otorgados por los tribunales de arbitraje se reducirá por la pérdida sufrida debido a los abusos de los derechos humanos o la contaminación ambiental causada por el inversionista.

También se considera necesario calibrar adecuadamente la definición de inversionista para evitar el riesgo de que los beneficiarios no intencionales aprovechen los AI en su beneficio recurriendo a la práctica de la “compra de tratados”. En general, la mera incorporación en el estado de origen no debería ser suficiente para que un inversionista reclame la nacionalidad y, a su vez, la protección en virtud de un acuerdo. Por el contrario, considera el GT, se debería exigir a los inversionistas que tengan la “sede real” en el Estado de origen, demostrando un vínculo genuino y actividades sustanciales, para reclamar los beneficios de un acuerdo.

La inclusión explícita de excepciones de política pública en los AI también ayudará a los Estados a tomar medidas legales y de políticas para regular la inversión a fin de promover los derechos humanos, proteger el medio ambiente o hacer realidad los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Además, el umbral para invocar estas excepciones no debería ser excesivamente alto: si determinadas medidas se consideran apropiadas, eso debería ser suficiente.

- c) Inclusión de las obligaciones de los inversionistas en materia de derechos humanos: los AI, de conformidad con los Principios Rectores, deben mantener la paridad entre los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros. Teniendo en cuenta que los acuerdos confieren derechos legalmente exigibles a los inversionistas, también deberían incluir obligaciones legalmente exigibles en relación con los derechos humanos y el medio ambiente. La idea de incluir las obligaciones de los inversionistas en materia de derechos humanos en los acuerdos podría respaldarse en un contexto histórico, a nivel normativo y como una cuestión de práctica emergente. A nivel normativo, señala el GT, se puede argumentar que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica a los inversionistas al menos de forma implícita, ya que sería una anomalía sostener que los agentes no estatales podrían hacer lo que los Estados no pueden. Además, las responsabilidades de los inversionistas en materia de derechos humanos en virtud de los AI deben estar a la

altura de sus derechos. Por lo tanto, si los acuerdos confieren derechos legalmente exigibles a los inversionistas, también deberían imponer obligaciones de derechos humanos legalmente exigibles, no simplemente responsabilidades blandas que carecen de fuerza, a los inversionistas.

Esto es concordante con el hecho de que, en la práctica, la idea de que las empresas tengan obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos está ganando terreno en varios entornos, como lo prueba la aparición de leyes obligatorias de debida diligencia en Europa e, incluso en Perú, donde una acción (la N° 30) de su PNA prevé una propuesta legislativa en esa dirección”.

- d) Acceso a vías de reparación para las comunidades afectadas: en atención a los Principios Rectores, incluir obligaciones de los inversionistas en materia de derechos humanos en los AIIs no será suficiente, sino que también es necesario crear un mecanismo eficaz para hacer cumplir estas obligaciones. Los Principios Rectores son relevantes para enfrentar la naturaleza asimétrica de los acuerdos internacionales de inversión con respecto al acceso a la reparación. Los estados podrían enfrentar esta asimetría creando acceso a vías de reparación para las comunidades afectadas dentro de los AIIs. Por ejemplo, pueden negociar acuerdos que permitan expresamente a las comunidades afectadas por proyectos relacionados con la inversión que, al igual que los inversionistas son terceros en los acuerdos, puedan presentar demandas de arbitraje internacional contra inversionistas por abusos de derechos humanos. Otra opción para las partes contratantes de un AII puede ser incorporar una cláusula “para otorgar jurisdicción ante sus tribunales a los demandantes de las otras partes que alegan haber sufrido daños causados por una subsidiaria que es propiedad o está controlada por una empresa bajo su jurisdicción”.
- e) Reemplazo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados por un mecanismo más justo para todos: tal como se ha señalado, diversos procedimientos especiales de Naciones Unidas consideran que el “sistema de designación de árbitros crea incentivos perversos” y “no existe un mecanismo de apelación que garantice la coherencia y controle las malas decisiones”. La práctica de una “puerta giratoria” también genera preocupaciones sobre la integridad y la independencia de los árbitros. Los tribunales de arbitraje no parecen prestar la debida atención a la conducta irresponsable de los inversionistas extranjeros

en clara violación de las normas internacionales, además de que el mecanismo no ofrece ningún acceso directo a la reparación para las comunidades afectadas por proyectos relacionados con la inversión. El arbitraje de inversión tampoco es asequible para todos los Estados partes. Los Estados, por lo tanto, deberían reemplazar el mecanismo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados por un sistema alternativo. Un proceso de solución de controversias entre Estados o el establecimiento de un tribunal internacional de inversiones son dos de las alternativas que se están considerando actualmente, según informa el GT. Sin embargo, sería fundamental asegurarse de que el nuevo mecanismo no herede los defectos del sistema antiguo sino que satisfaga varios principios clave: debe ser capaz de manejar todas las disputas relacionadas con la inversión, contar con jueces independientes, ser accesible para las comunidades marginadas o vulnerables, contribuir a la coherencia de las políticas mediante la adopción de una visión holística de las disputas, entregar decisiones consistentes y tener un sistema de apelación incorporado. Los criterios de eficacia descritos en el principio 31 de los Principios Rectores también podrían proporcionar una guía útil para desarrollar un mecanismo de resolución de disputas compatible con los derechos humanos.

Como puede advertirse del desarrollo del estándar internacional sobre AI, derechos humanos y conducta empresarial responsable, existe un sólido marco internacional que sirve como guía para un proceso de reformulación de la política pública nacional sobre AI, que se alinee con los tratados internacionales de derechos humanos, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, es decir, que a la par que proteja las inversiones extranjeras, promueva el desarrollo sostenible y proteja y defienda los derechos humanos de todas las personas afectadas por dichas inversiones. Corresponde al Estado peruano, en atención a los compromisos internacionales asumidos en el marco de Naciones Unidas, la OCDE y el Sistema Interamericano, entre otros espacios, usar esas herramientas para garantizar un desarrollo sostenible, con equidad y justicia para todos y todas.

CAPÍTULO II

La política de acuerdos internacionales de inversión de Perú: Situación actual, un análisis desde el enfoque de derechos humanos

La política de acuerdos internacionales de inversión de Perú: Situación actual, un análisis desde el enfoque de derechos humanos

En nuestro país el artículo 63 de la Constitución vigente prevé que la inversión extranjera recibe el mismo trato que la nacional, aunque se agrega que “si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. El texto completo es el siguiente:

“Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.”

Un sector de la doctrina nacional no encuentra una razón de peso que justifique que el constituyente haya adoptado esta regla. Baldo Kresalja y César Ochoa⁷³, por ejemplo, citan el diario de debates para indicar que este tema tan relevante se trató superficial y únicamente en la Comisión de Constitución y Reglamento, y consideran difícil encontrar justificación, no solo por no ser un tema importante desde el punto de vista constitucional sino porque obliga al Estado a actuar “de manera encasillada en un terreno cuya delimitación nunca es definitiva y limita las posibles alternativas que puede manejar en una situación concreta”, y además está basada en un prejuicio favorable hacia el capital extranjero en detrimento del nacional, lo que no tiene evidencia. Cabe señalar que este artículo es uno de los puntos más polémicos del régimen económico constitucional, con el que el constituyente, a decir de estos autores, “se rindió a los intereses extranjeros y transnacionales en demostración inequívoca de su mayoritaria ideología neoliberal”.

Esta opción del constituyente peruano forma parte de una tendencia latinoamericana iniciada a fines de los ochenta, que asocia la idea de crecimiento con la obtención, por parte del Estado, de inversión extranjera directa, idea que,

⁷³ Véase: Kresalja, Baldo y César Ochoa (2022), p. 49 y ss.

como señala Rasovksy⁷⁴, no era nueva, pero a partir de esa década estuvo unida a una específica tecnología económico-política (el neoliberalismo) y contó con una particular técnica jurídica: la legislación y los tratados de inversión. Para lograr atraer inversiones, señala el autor, en los países en vías de desarrollo se consideró que la estrategia adecuada era la ampliación de los derechos de los inversionistas extranjeros a fin de garantizar la estabilidad y previsibilidad de las reglas de juego.

Este artículo es desarrollado legalmente a través de, primero, una ley preconstitucional, de 1992, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por el decreto legislativo 757, que establece el marco jurídico que rige y garantiza la inversión privada nacional y extranjera; y en segundo lugar, por el decreto legislativo 662, que aprobó el régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera, que la define como "aquella proveniente del exterior que se realice en actividades económicas generadoras de renta". Este último decreto legislativo fue modificado y complementado en 2000 por la Ley 27342, que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los decretos antes mencionados, los cuales prevén que inversionistas extranjeros pueden acceder a determinados beneficios mediante la celebración de convenios de estabilidad jurídica. Asimismo, establecen expresamente la viabilidad de dilucidar en la vía arbitral controversias entre el inversionista privado y una entidad estatal.

Por su parte, la ley 26702, Ley general del sistema financiero y de seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prevé (artículo 5) que la inversión extranjera en las empresas bajo su supervisión tienen igual trato que el capital nacional, con sujeción, en su caso, a los convenios internacionales sobre la materia. Asimismo, prevé que "De ser pertinente, la Superintendencia toma en cuenta criterios inspirados en el principio de reciprocidad cuando se vea afectado el interés público, según lo dispuesto por el Título III del Régimen Económico de la Constitución Política".

El Tribunal Constitucional, en la STC0013-2007-AI (demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión), entendió que "la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales".

⁷⁴ Véase: Rasovsky, Rodrigo (2020), p. 156-157.

El artículo 62 de la Constitución establece que “los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionarán en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. Este artículo es el que habilita la aplicación del arbitraje para la resolución de controversias con inversionistas. En esa misma dirección, el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución vigente establece que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual en virtud de tratados en vigor. Además, agrega que pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

De este modo, el régimen económico de la Constitución de 1993 fue diseñado para establecer un ordenamiento jurídico que refuerce la seguridad jurídica de los inversores extranjeros.

Este marco constitucional permitió que en la década de los 90 del siglo pasado, el Perú se fuera insertando dentro del marco del derecho internacional de las inversiones, a través de la ratificación de diferentes tratados comerciales, en los cuales el país aceptaba, entre otras cesiones, excluir a la jurisdicción nacional para resolver conflictos, optando por la vía arbitral internacional. El más importante de esos tratados fue el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados, ratificado mediante resolución legislativa 26210, de 1993, que viabilizó el sometimiento de controversias relativas a inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al amparo de la gran mayoría de los TBI celebrados por el Perú o en caso resulten de aplicación las disposiciones de los convenios relacionados con la Agencia Multilateral de Garantías a las Inversiones (MIGA, por sus siglas en inglés). Los laudos arbitrales del CIADI se han caracterizado, como señalan varios autores, por el predominio en el derecho internacional de las inversiones de una minimización de la soberanía económica de los Estados.⁷⁵

⁷⁵ Al respecto, véase: Kresalja, Baldo y César Ochoa (2022), p. 58.

La necesidad de superar un debate público sobre los AI basados en discursos sin evidencia

Como bien señala Alarco en una reciente publicación de RedGE⁷⁶, “durante varias décadas el comercio internacional ha funcionado bajo el paradigma de la economía ortodoxa, donde primó el racionalismo económico individual, la maximización de la utilidad, es decir, el libre mercado”. Este sentido común extendido, y poco discutido en la agenda pública, tiene eco en publicaciones recientes como la del exministro Waldo Mendoza⁷⁷, que afirma que el desarrollo económico del país de los últimos treinta años se sostiene en la constitución económica de 1993.

Así, señala Mendoza que el régimen económico de la Constitución de 1993, “una institución jurídica, ha contribuido al buen desempeño macroeconómico del país”, debido a que la Constitución “contiene artículos que [...] moldean un modelo de crecimiento promotor de la inversión privada”. El autor resume así este éxito: “Cuando la economía crece, crece el empleo, y esos trabajadores pagarán el impuesto a la renta. Cuando la economía crece, aumentan las utilidades de las empresas existentes, o se crean más empresas, con lo que aumentará el impuesto a la renta empresarial. Cuando la economía crece, aumentan los ingresos de los trabajadores y los empresarios, quienes comprarán más, y al hacerlo (pagarán más impuestos). El crecimiento económico es la fábrica de recursos para el Estado”.

Este relacionamiento causal y acríptico entre crecimiento de las inversiones, crecimiento de la economía y desarrollo económico, ha sido ampliamente superado desde el enfoque de derechos humanos, tal como hemos visto en el capítulo anterior. Ello no quiere decir que el crecimiento económico sea perjudicial, sino que a estas alturas no puede sostenerse que es positivo en sí mismo ni que es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas.

Como lo han demostrado instituciones internacionales especializadas como el Banco Mundial, la OCDE, la OIT, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y otros procedimientos especiales de las Naciones Unidas, entre otros, sin políticas públicas con enfoque de derechos

⁷⁶ Alarco, Germán, p. 88 y ss.

⁷⁷ Mendoza, Waldo, p. 17 y ss.

humanos, alineados a los estándares internacionales, el crecimiento económico, en determinados casos, sobre todo en países en vías de desarrollado, con Estados débiles, puede lograrse a costa de la violación de derechos humanos de grupos vulnerables, afectar negativamente el medio ambiente, la identidad cultural u otros derechos humanos colectivos, profundizar las brechas de desigualdad y los privilegios de élites que se benefician irrazonable e injustificadamente del mismo, ser contraproducente con el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, al fin de cuentas, debilitar el sistema democrático.

Para evitar los efectos negativos de este crecimiento y maximizar los positivos, es imprescindible que la política nacional de libre comercio internacional cuente con un enfoque de derechos humanos. No se trata solamente de reclamar al Estado que utilice los recursos generados por el crecimiento económico para brindar mejores servicios y cerrar brechas. Esa obligación es cierta e inobjetable. Lo que debe ocurrir también es que la política de libre comercio sea elaborada e implementada a través de un proceso democrático que garantice que es el interés público el que se prioriza y no el de un sector económicamente hegemónico. En ese sentido, es fundamental democratizar la política pública y eso significa también fortalecer el proceso a lo largo de todo su ciclo.

Tal como señalan Kresalja y Ochoa⁷⁸ la necesidad de cautelar el interés público generará, por impulso de la sociedad civil organizada y de los Estados receptores de la inversión, por ejemplo, “el replanteamiento de algunos principios del derecho internacional en procura de que el arbitraje internacional de las inversiones sea un instrumento más equilibrado entre los intereses colectivos, las potestades de regulación de los Estados y los legítimos intereses de los inversionistas”.

Asimismo, durante los últimos años Perú ha celebrado un conjunto de acuerdos internacionales de inversión —los más importantes de ellos los firmados con Estados Unidos en 2006, con China en 2009 y con la Unión Europea en 2012—. Todos ellos promovidos sin un riguroso análisis basado en evidencia por el Estado, con una escasa participación ciudadana debido a que sus negociaciones fueron establecidas como reservadas. En todos ellos, como han denunciado consistentemente organizaciones de la sociedad civil, existió una gran asimetría en la negociación..

⁷⁸ Ídem, p. 62-63.

En el caso del acuerdo con Estados Unidos se menciona expresamente en su preámbulo el artículo 63 de la Constitución peruana:

- Acordar que, por medio del presente, no se concederá a los inversionistas extranjeros derechos sustantivos más amplios en relación con las protecciones a las inversiones que a los inversionistas nacionales en virtud de la legislación nacional equivalen o exceden las establecidas en el presente Acuerdo.
- Reconocer que en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú se dispone que “las inversiones nacionales y extranjeras están sujetas a las mismas condiciones”.

La sección A del capítulo 10 del Acuerdo está dedicado al régimen jurídico de la inversión. En el artículo 10.28 se define en términos muy amplios el concepto de inversión como “todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo las características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades; o la asunción de riesgo”. Asimismo, este Acuerdo establece un régimen jurídico de derechos económicos internacionales para los inversionistas bajo lo estándares de trato nacional (artículo 10.3), trato de la Nación más favorecida (10.4) y norma mínima de trato a favor del inversionista (10.5).

Como lo señalan Pedraglio y Mormontoy⁷⁹ existió en la negociación del TLC con Estados Unidos una clara asimetría entre ambos países, que redujo el margen de negociación que podía plantear Perú. De hecho, señalan, en ninguna etapa de la negociación hubo evidencia de que el equipo negociador peruano pudiera imponer una cláusula contraria a los intereses de Estados Unidos. Más aún, los grupos afectados no tuvieron mayor margen de acción para bloquear el proceso, no solo debido al claro objetivo del gobierno de llevarlo adelante, sino también por la fortaleza de la coalición entre este y los grupos de interés económico con mayores recursos comprometidos en la negociación.

En suma, como señalan Kresalja y Ochoa⁸⁰, los acuerdos han significado para el Estado peruano el costo de profundización de un modelo económico que, desde la Constitución de 1993, minimiza las potestades regulatorias de tutela del interés general de la sociedad. Igualmente, Perú ha tenido que aceptar en la negociación

⁷⁹ Véase: Pedraglio, Santiago y Erick Mormontoy (2019), p. 52.

⁸⁰ Al respecto, véase: Kresalja, Baldo y César Ochoa (2022), p. 71.

una agenda temática que incluye aspectos no comerciales (propiedad intelectual, medio ambiente y derechos laborales) que no necesariamente son ventajosos para el país.

Perú cuenta con 27 tratados bilaterales de inversión (TBI) y 13 tratados de libre comercio (TLC) vigentes, todos los cuales incluyen una amplia protección para los inversores y la cláusula de solución de disputas que habilita a los inversores extranjeros a demandar al gobierno ante tribunales de arbitraje internacional cuando sienten que las medidas tomadas por el poder ejecutivo, legislativo o judicial, así como por gobiernos locales, afectaron negativamente las ganancias del inversor.⁸¹

Hasta junio de 2021, el país acumuló 25 demandas de inversores con base en tratados de protección de inversiones, y fue el país más demandado de América Latina y El Caribe (50% de ellas se encuentran en trámite), y del resto, ha sido condenado a pagar a inversores 19 millones de dólares⁸².

De acuerdo con la Red Peruana por una Globalización con Equidad (RedGE)⁸³, los AII, no vienen teniendo gran impacto en nuestro país, puesto que ni las exportaciones ni las importaciones han crecido de manera continua, y hasta han decrecido en los últimos años, salvo el caso de las exportaciones no tradicionales, en particular las de bienes del sector agropecuario. En este último caso, dicho crecimiento no ha ido de la mano con el respeto de los derechos laborales sino que, por el contrario, se ha dado a partir de su flexibilización. RedGE también verifica una desmesurada flexibilización de la normativa ambiental que ya viene teniendo impactos negativos a partir de normas que modificaron la gestión

⁸¹ La mayoría de los TBI firmados son con países europeos (15 TBI que abarcan 16 países). Más del 80% de los TBI entraron en vigor en los años 90, solo 5 entre 2000 y 2010 y desde entonces, ninguno. Esto se debe a un aparente cambio de estrategia, ya que a partir de los años 2000 empezó a firmar múltiples Tratados de Libre Comercio (TLC) con capítulo de protección de inversiones. De los 27 TBI de Perú, 18 ya pasaron la fase inicial de vigencia (entre 10 a 15 años) que estipula el tratado, con lo cual Perú tiene la oportunidad de denunciar unilateralmente 2/3 de todos sus TBI. Al respecto, véase: Red para una Globalización con Equidad (2021), 4.

⁸² 3 La mayoría de los TBI firmados son con países europeos (15 TBI que abarcan 16 países). Más del 80% de los TBI entraron en vigor en los años 90, solo 5 entre 2000 y 2010 y desde entonces, ninguno. Esto se debe a un aparente cambio de estrategia, ya que a partir de los años 2000 empezó a firmar múltiples Tratados de Libre Comercio (TLC) con capítulo de protección de inversiones. De los 27 TBI de Perú, 18 ya pasaron la fase inicial de vigencia (entre 10 a 15 años) que estipula el tratado, con lo cual Perú tiene la oportunidad de denunciar unilateralmente 2/3 de todos sus TBI.

⁸³ Véase: Red por una Globalización con Equidad, Impactos del TLC entre Perú y la UE, 2020..

ambiental y debilitaron la protección al medio social y ambiental; y que han generado efectos permisivos en las empresas, vicios en el proceso de evaluación ambiental por parte del funcionario evaluador y vulneración de derechos de territorio de los Pueblos Indígenas.

Sostiene RedGE que, por ejemplo, el TLC con la Unión Europea, “blinda a la gran empresa y facilita a que nuestro Estado se ponga de lado del sector empresarial flexibilizando las normas en aras de la atracción de las inversiones”⁸⁴. Asimismo, que el mecanismo de participación no garantiza una participación efectiva y de calidad de la sociedad civil y esta, al final, tampoco es vinculante.

Por su parte, la misma organización da cuenta de que el TLC con Estados Unidos ha generado una serie de impactos negativos en diversos sectores de la sociedad, entre ellos el de los trabajadores y trabajadoras, puesto que su capítulo laboral, pese a que incorpora acciones de protección de los mismos, no se ha logrado consolidar su implementación dadas limitaciones ligadas a la voluntad política de las partes involucradas y a las trabas impuestas por algunos sectores del empresariado. En ese sentido, señala, aparece reforzada la asociación entre el fomento del libre comercio con un marco laboral marcadamente flexible no obstante la oposición sindical e incluso de las marcas que son compradores de la oferta exportable local en dichos rubros.⁸⁵

Asimismo, la incorporación de capítulos de propiedad intelectual en los AII (y que, como se ha sostenido, son ajenos al contenido de los AII) solo se encuentra en los TLC con EE.UU., la UE y el Acuerdo Trans Pacífico (TPP por sus siglas en inglés). Ello conlleva un conjunto de problemas y riesgos que afectan negativamente la capacidad del Estado para garantizar la salud pública, y a los y las pacientes y usuarios. Así, el TLC Perú-EE.UU. ofrecía mejorar el acceso de los pacientes a las medicinas importadas de ese país, que cuenta con una industria importante en el ramo, pese a lo cual los medicamentos exonerados de aranceles por el AII no bajaron sus precios, e incluso se identificó casos en los que los precios de algunas medicinas han aumentado. Las empresas que importaron medicamentos ampliaron su margen comercial, sin trasladar la disminución de los costos de internamiento al precio final del producto, priorizando los márgenes de ganancia por sobre la salud pública.⁸⁶

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Véase: Alarco, Germán y otros (2015), pp. 111-112.

⁸⁶ Al respecto, véase: Fernández Maldonado, Enrique (2016), p. 7.

Por lo demás, existen consistentes denuncias de las organizaciones de la sociedad civil en el sentido de que los AIJ han permitido la vulneración de derechos de los pueblos indígenas, la afectación del medio ambiente, entre otros, además de no contribuir al cambio del modelo productivo del país ni a incrementar la recaudación tributaria, ni a crear más trabajo digno o a disminuir las altas tasas de informalidad del sector económico.

Tampoco existe información de calidad que evalúe la alineación de los AIJ a los estándares internacionales de derechos humanos o de la incorporación del enfoque de derechos humanos o de Conducta Empresarial Responsable (CER) en la política pública nacional de AIJ. Sin embargo, en este rubro debe destacarse la evaluación sobre las políticas públicas de CER en el Perú realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), publicada en 2020, a solicitud del Estado peruano en el marco del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025.

El mencionado estudio de la OCDE concluye que los primeros TBI suscritos por Perú en los años noventa no incluían ninguna disposición relacionada con la CER o cláusula sobre CER, y que estas disposiciones aparecieron por primera vez en el TBI Perú-El Salvador concluido en 1996, pero no comenzó a generalizarse hasta los TBI más recientes de Perú concluidos a finales de la década de 2000, y siguió avanzando con la conclusión de acuerdos comerciales de gran alcance con capítulos sobre inversión, que empezaron a sustituir a los TBI a mediados de la década del 2000.⁸⁷

La OCDE señala que todos los capítulos sobre inversión contenidos en los acuerdos comerciales de gran alcance firmados por Perú recientemente contienen algún tipo de disposiciones relacionadas con la CER, así como cláusulas sobre CER en algunos casos, y que solo aquellos capítulos sobre inversión en los acuerdos de libre comercio firmados más recientemente por Perú contienen, además, disposiciones más elaboradas relacionadas con la CER y cláusulas sobre CER. Por ejemplo, los capítulos sobre inversión del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de 2014, el TPP de 2016, el CPTPP de 2018, el Acuerdo de Profundización Económico Comercial (APEC) de 2016 entre Perú y Brasil y el ALC Perú-Australia de 2018 contienen todas cláusulas sobre CER.

Sin embargo, aclara la OCDE, estas cláusulas varían en cuanto a su alcance y

⁸⁷ Al respecto, véase: OCDE (2020), pp. 70 y ss.

carácter vinculante. Las cláusulas sobre CER del TPP y del ALC Perú-Australia son generales y simplemente reflejan el compromiso de los signatarios de alentar a las empresas a cumplir con estándares de CER. Por el contrario, las cláusulas sobre CER del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico y del APEC Perú-Brasil son mucho más amplias, pero están explícitamente excluidas de los mecanismos de solución de controversias. En el capítulo sobre inversión del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, los signatarios se comprometen a identificar y compartir las mejores prácticas para aplicar los compromisos de las Líneas Directrices y fomentar la contribución de las empresas al desarrollo sostenible. Sin embargo, esta cláusula figura en una sección del capítulo sobre inversión que los tribunales arbitrales no pueden tener en cuenta al emitir un laudo en un arbitraje de inversión (y que también está excluida del mecanismo general de solución de controversias del ALC). En cuanto a la cláusula de CER contenida en el capítulo sobre inversión del APEC Perú-Brasil, la misma dispone que los inversionistas y sus inversiones deben hacer sus mejores esfuerzos por cumplir con una larga lista de principios de CER en ella detallados. Sin embargo, esta cláusula también está excluida de los mecanismos de solución de controversias⁸⁸.

Por su parte, los capítulos sobre inversión del APEC Perú-Brasil de 2016 y del ALC Perú-Australia de 2018 contienen disposiciones relacionadas con la CER que pueden promover la adopción de prácticas de CER por parte de las empresas, ya que condicionan el acceso a los beneficios del tratado al respeto de los requisitos relacionados con la CER. El Artículo 2.14 del APEC Perú-Brasil, por ejemplo, especifica que los signatarios no estarán obligados a proteger una inversión cuyo establecimiento u operación esté viciado por la corrupción o actos ilegales. Sin embargo, esta disposición está explícitamente excluida de los mecanismos de solución de controversias. En cuanto al Artículo 8.20 del ALC Perú-Australia, el mismo excluye la posibilidad de que un inversionista presente una demanda ante un tribunal arbitral (y, por tanto, que solicite una compensación) si su inversión se estableció a través de la corrupción o de una conducta ilegal.

De acuerdo con este análisis, la OCDE concluye que, aunque existen disposiciones relacionadas con la CER en varios de los acuerdos comerciales de Perú y en la mayoría de los tratados de inversión celebrados por el país después de 2008, algunos acuerdos incluyen disposiciones relacionadas con la CER más sofisticadas y hasta cláusulas sobre CER, mientras que otros no lo hacen.

⁸⁸ Ibidem.

Además, señala, existen importantes diferencias entre los acuerdos en cuanto a las consecuencias que pueden tener las disposiciones relacionadas con la CER y las cláusulas sobre CER, ya que algunos las excluyen explícitamente de la solución de controversias y otros no proveen ninguna indicación al respecto. El resultado más probable de esto, advierte la OCDE, es que muchas de las disposiciones relacionadas con la CER, así como las cláusulas sobre CER, no se apliquen plenamente⁸⁹.

De hecho, la OCDE da cuenta de que hasta la fecha solo se ha registrado un número reducido de casos relativos a la aplicación de compromisos relacionados con la CER contenidos en los acuerdos comerciales de Perú o a la aplicación de disposiciones relacionadas con la CER incluidas en sus tratados de inversión, y ninguno a las cláusulas sobre CER. Esta situación puede ser el resultado de diferentes factores. Puede deberse al hecho de que, por el momento (el informe fue presentado en junio de 2020), Perú no ha desarrollado una estrategia nacional exhaustiva sobre CER que abarque diferentes ámbitos de política pública, lo que se refleja, por ejemplo, en el hecho de que no incluye consideraciones de CER en los criterios de priorización de su política de promoción de la inversión⁹⁰.

La incorporación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en la política pública sobre AIJ y el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos fueron incorporados dentro de todas las políticas públicas nacionales, de modo amplio y explícito, a través del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 (en adelante, PNA)⁹¹, que establece como tal su objetivo principal, así como ejecutar acciones para promover que las empresas públicas y privadas implementen operativamente mecanismos de debida diligencia empresarial⁹².

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 09-2021-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de junio de 2021.

⁹² El compromiso estatal inicial de elaborar un PNA con el objetivo de incorporar los Principios Rectores en todas las políticas públicas nacionales fue adoptado en el Lineamiento N° 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 02-2018-JUS (cf. MINJUS, 2018, pp. 17-18).

Sin embargo, el marco de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, afín a los Principios Rectores, ya formaba parte de nuestro ordenamiento interno antes de la aprobación del PNA. Este fue asumido como parte de la política pública nacional desde la adhesión formal de Perú, en 2008, a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (en adelante, las Líneas Directrices de la OCDE), y posteriormente (2014) en el marco del Programa País de incorporación del Perú a esta organización. Las directrices, que desde 2000 ya consideraban aspectos de derechos humanos, incluyeron un capítulo dedicado expresamente a estos desde 2011, en alineación directa con los Principios Rectores⁹³. Así, la promoción de la debida diligencia empresarial fue encargada en nuestro país, en el marco de la OCDE, al denominado Punto Nacional de Contacto (PNC) de las Líneas Directrices de la OCDE, establecido en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Asimismo, en 2018 el Perú se adhirió a la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la Guía de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable⁹⁴, un marco general al que resultaba natural que el país se incorpore luego de haberse adherido a las Recomendaciones del Consejo sobre las Guías de Debida Diligencia para el sector minero (2011)⁹⁵ y para el sector textil y del calzado (2017)⁹⁶. La incidencia de los estándares de la OCDE fue central, además, en el proceso de elaboración del PNA, por el hecho de que, en julio de 2019, el gobierno peruano solicitó al Centro de Conducta Empresarial Responsable de esta organización la elaboración de un estudio sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable, convirtiéndose en el primer país adherente a las Líneas Directrices en realizar dicho ejercicio⁹⁷.

⁹³ OCDE. (2020). Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable: Perú. París: OCDE

⁹⁴ Guía de la OCDE de debida diligencia para una Conducta Empresarial Responsable. Recuperado de: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

⁹⁵ Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas en el sector extractivo. Recuperado de: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Guidance-Extractives-Sector-Stakeholder-Engagement-ESP.pdf>

⁹⁶ Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado. Recuperado de: <https://www.oecd.org/publications/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado-59ec2bd3-es.htm>

⁹⁷ Cf. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025. pág. 24. Además, “[l]a disposición de Perú para convertirse en el primer país adherente a las Líneas Directrices en someterse a

El estudio incorporó los aportes de múltiples entidades y partes interesadas involucradas en la elaboración del PNA, e incluyó entre sus principales recomendaciones la siguiente: “[e]l proceso de desarrollo del PNA debería garantizar que la participación de todos los actores gubernamentales sea lo más efectiva posible, que las opiniones de las partes interesadas se reflejen equitativamente” y que se asegure que “el PNA se base en el compromiso de Perú con las Líneas Directrices”⁹⁸. Este informe también incorporó una recomendación expresa para que el gobierno peruano “tome medidas para adoptar un papel más proactivo respecto de la inclusión de consideraciones de CER en los acuerdos comerciales y de inversión de Perú, con el fin de incluir sistemáticamente disposiciones relacionadas con la CER y/o cláusulas sobre CER en los acuerdos comerciales y los tratados de inversión”.⁹⁹ Esta recomendación, sin embargo, no produjo una acción concreta en el PNA peruano, pese a que las primeras versiones de este incluían una a cargo del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Economía y Finanzas.

En relación con el marco de las Naciones Unidas, a invitación del gobierno peruano, entre el 10 y el 19 de julio de 2017, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de empresas y derechos humanos visitó el Perú para evaluar la situación de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales. Como consecuencia, publicó en junio de 2018 un informe sobre las conclusiones de su visita, en el que, partiendo de reconocer la voluntad política del Estado para aplicar los Principios Rectores, advirtió que el principal problema público en este ámbito era que “en general los vínculos entre las diferentes esferas normativas y la cuestión de las empresas y los derechos humanos no se entendían ni se examinaban suficientemente, lo que subrayaba la necesidad de que las políticas de los ministerios y departamentos gubernamentales fueran más coherentes, en particular las políticas de aquellos que se ocupan de temas relacionados con los derechos humanos y las de los que configuran las prácticas empresariales”¹⁰⁰. Con el fin de contribuir a superar las brechas identificadas, el Grupo de Trabajo recomendó que un “proceso de elaboración de un plan de acción nacional debería contribuir a aumentar la coherencia de las políticas y, en particular, asegurar la vinculación entre las iniciativas en el ámbito de las empresas y los

un Estudio sobre políticas públicas de CER refleja su firme voluntad de hacer frente a estos desafíos y consolidar su camino hacia el desarrollo sostenible” (OCDE, 2020, pág. 11).

⁹⁸ OCDE. (2020). Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable: Perú. París: OCDE, pág. 29.

⁹⁹ Véase: OCDE (2020), p. 74.

¹⁰⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2018). A/HRC/38/48/Add.2., párr. 17.

derechos humanos, la competitividad y la inversión sostenible”¹⁰¹.

La visita del grupo de trabajo se produjo durante el proceso de elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (PNDH)¹⁰², lo que explica que, a sugerencia del citado grupo de trabajo, dicho plan incorporase un lineamiento estratégico dirigido a la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos con el objetivo de: “Garantizar que las empresas públicas y privadas respeten los derechos humanos en su ámbito de acción” (Lineamiento N° 5), “en el marco de las obligaciones internacionales del Estado peruano, la Constitución Política, la legislación interna y las diferentes políticas sectoriales vinculadas.” De este modo, el Poder Ejecutivo se propuso promover la implementación progresiva de los Principios Rectores y de otros instrumentos internacionales vinculados, a través de la elaboración de un PNA sobre Empresas y Derechos Humanos.

Pero inclusive antes de los Principios Rectores y de las Líneas Directrices de la OCDE, Perú ya contaba con normativa interna vinculada con la responsabilidad empresarial y la debida diligencia en materia de derechos humanos, aunque no de modo explícito y, además, escasamente desarrollada a nivel administrativo o jurisprudencial en ese sentido.

En primer lugar, a nivel constitucional, el artículo 1 de la Constitución de 1993 (y de modo similar su antecedente en la Constitución de 1979) es muy preciso en señalar que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo” del Estado y de la sociedad, dentro de la cual se encuentra, sin ninguna duda, el sector empresarial. Este artículo fundacional de la organización del Estado y de la sociedad peruanos, claro y directo en adjudicar a todos los integrantes de la sociedad responsabilidades en derechos humanos, es el parámetro de interpretación de todos los demás artículos constitucionales, entre ellos los artículos 58 y 59, que definen el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que de ese modo no pueden ser entendidas sino como una libertad limitada por el respeto de la dignidad de la persona humana y los derechos humanos que derivan de ella. O, para decirlo de otro modo, una libertad que no puede ser constitucionalmente ejercida sino con una debida diligencia en derechos humanos.

Esta perspectiva es reforzada por los tratados de derechos humanos de los que el

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 02-2018-JUS, publicado el 1 de febrero de 2018.

Perú es parte, que son parámetro de interpretación del derecho interno, tal como lo señala la IV Disposición Final y Transitoria¹⁰³ del actual texto constitucional. En ese sentido cabe mencionar al artículo XXIX¹⁰⁴ de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y el quinto párrafo¹⁰⁵ del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En consonancia con ellos, los Principios Rectores —que no crean nuevas obligaciones internacionales, sino que ordenan y clarifican las ya existentes— aportan a este bloque constitucional un contenido más preciso, desarrollando el concepto y características de la debida diligencia. Asimismo, desde hace algunos años han venido siendo adoptados por los órganos del derecho internacional de los derechos humanos como parámetros de interpretación para determinar la responsabilidad de los Estados.

Así ha ocurrido en el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH). El concepto de debida diligencia, circunscrita al ámbito estatal, fue construido por esta jurisprudencia desde su primera sentencia en un caso contencioso, el Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras¹⁰⁶, en relación con la desaparición forzada¹⁰⁷. Luego de ser desarrollado y precisado por varias otras sentencias, fue ampliado al caso de empresas extractivas y pueblos indígenas (siempre atribuida como una obligación estatal) en las sentencias del Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam¹⁰⁸ y del Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu contra Ecuador¹⁰⁹. Últimamente ha avanzado más hasta adoptar ya expresamente a los Principios Rectores como parámetro

¹⁰³ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹⁰⁴ “Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”

¹⁰⁵ “Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”.

¹⁰⁶ De acuerdo con la Corte IDH (1988): “[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado [...] puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (§ 172; énfasis añadidos)

¹⁰⁷ La evolución del concepto de debida diligencia en el Sistema Interamericano, hasta 2017, es abordado en un breve e interesante artículo de Cantú (2017, pp. 423-440).

¹⁰⁸ Cf. Corte IDH, 2007, §§ 129-130.

¹⁰⁹ Cf. Corte IDH 2012, §§ 180-184 & §§ 204-207

de interpretación, primero, en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam¹¹⁰, y luego, ya refiriéndose al concepto de debida diligencia, en el Caso Buzos Miskitos contra Honduras y el Caso Vera Rojas contra Chile, ambos del 2021. En estas dos últimas sentencias, la Corte IDH ha precisado que la debida diligencia debe ser adoptada “por cuenta” de las propias empresas, independientemente de la acción estatal, pero, a la vez, que dicha obligación “debe ser regulada por el Estado”¹¹¹.

Estos avances, siendo importantes y muy útiles para fortalecer progresivamente cierto nivel de obligatoriedad de los Principios Rectores en los ordenamientos nacionales, todavía son limitados, en la medida que la Corte IDH no ha llegado a establecer responsabilidades estatales concretas derivadas del marco de debida diligencia empresarial ni en temas de prevención ni de reparación de vulneraciones a derechos humanos en actividades empresariales. Es muy probable, sin embargo, que esta jurisprudencia siga evolucionando y que esto ocurra en breve. Por lo pronto, los intérpretes calificados de la normativa nacional peruana están obligados a incorporar la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de aplicarla en casos concretos, la referida a la debida diligencia, pero también los “Estándares interamericanos” sobre empresas y derechos humanos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019).

Desde su aprobación, en junio de 2021, el ordenamiento interno sobre debida diligencia empresarial incluye al PNA, que tiene como una de sus líneas de acción prioritaria la promoción, desde la política pública de conducta empresarial responsable, de la implementación de estos mecanismos de debida diligencia y la discusión, en 2024 a más tardar, en el marco de la mesa multiactor del PNA de una propuesta de ley de debida diligencia.

El proceso de elaboración del PNA

El PNA es un instrumento de gestión pública multisectorial y transversal, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 09-2021-JUS, basado en los estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos, que marca una ruta clara, tanto para el Estado como para el sector empresarial y la sociedad civil, respecto

¹¹⁰ Cf. Corte IDH, 2015, §§ 224-226

¹¹¹ Cf. Corte IDH, 2021a, § 51 & Corte IDH, 2021b, § 88

de cuáles son las responsabilidades de cada quien para garantizar la protección, respeto y reparación de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales. En ese sentido, expresa, al más alto nivel del Estado peruano, la voluntad política de este de garantizar la vigencia de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales, a través de la implementación de una política pública sobre conducta empresarial responsable basada en estándares internacionales.

La aprobación del PNA 2021-2025 ha marcado un hito en la historia de las políticas públicas de Perú, puesto que es el primer instrumento de la política pública de derechos humanos dedicado directamente a las actividades empresariales que, además, profundiza operativamente en la imbricación de los conceptos de desarrollo económico y enfoque de derechos humanos como centro de la labor estatal y de la actividad empresarial. Lo hace colocando un énfasis especial en la necesidad de desarrollar una política pública general comprometida con la idea de desarrollo sostenible y todo lo que ello implica no solo para el funcionamiento del Estado sino también para el cumplimiento de la función constitucional, ya mencionada, que le atañe al sector empresarial.

Este proceso da cuenta del esfuerzo, incipiente aún, del Estado peruano de pasar del discurso normativo y político a la ejecución de la política pública a través de indicadores y metas mensurables, tomados del estándar internacional de empresas y derechos humanos. Supone también un reenfoque respecto del modo de hacer gestión pública en Perú, que toma en cuenta la necesidad de profundizar en la articulación de todos los actores sociales y empresariales con el Estado a través de un diálogo multiactor permanente y entre iguales, durante todo el ciclo de la política pública, de modo que se garantice no solo el cumplimiento de dichas políticas sino también, bajo el enfoque de gestión por resultados, su efectividad para proteger cada vez mejor los derechos humanos de todas las personas, es decir, para garantizar el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo señala el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, ya mencionado.

Según lo antedicho, el diálogo multiactor entre iguales fue el centro de la metodología del proceso de elaboración del PNA, mecanismo previsto expresamente desde el Lineamiento N° 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. El PNA desarrolla los cinco lineamientos aprobados por el

Consejo Nacional de Derechos Humanos en noviembre de 2018¹¹², que desarrollan 13 objetivos, 97 acciones y más de 150 indicadores y metas a cargo, de modo indirecto, de todos los ministerios e instituciones del Poder Ejecutivo y de modo directo, de 12 sectores: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio del Interior, Ministerio de la Producción, Ministerio de Cultura, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, Ministerio del Ambiente, Ministerio de Energía y Minas. También han comprometido su participación directa en la ejecución de acciones la Academia de la Magistratura, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Cabe recalcar que, aunque la ejecución de estas 97 acciones está a cargo de organismos estatales, están dirigidas y requieren de la articulación con los sectores empresariales y sociales. De este modo, un 39.7% está efectivamente dirigido al Estado (principalmente, son acciones de protección de grupos en situación de vulnerabilidad, fortalecimiento institucional, y capacitación); un 23.2% está dirigido a las empresas (principalmente, son acciones relativas a debida diligencia empresarial, asesoría técnica y capacitación); un 28.1% está dirigido a la sociedad civil (principalmente, son acciones de protección de grupos en situación de vulnerabilidad, capacitación y mecanismos de reparación); y, por último, un 2.91% corresponde a acciones compartidas.

Características del PNA, y su proceso de elaboración, relevantes para la política pública sobre AI.

Por la aplicación de la metodología ya mencionada, el proceso de elaboración dio lugar a un PNA con especiales características:

- Se elaboró 23 diagnósticos sobre temas priorizados, que tienen la calidad de documentos oficiales, en tanto han sido elaborados por la mesa multiactor bajo la rectoría del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, como parte de la construcción de una de las áreas (la de empresas y derechos

¹¹² “En noviembre de 2018, a propuesta de la Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) del Minjusdh, el Consejo Nacional de Derechos Humanos aprobó los [cinco] lineamientos estratégicos que orientan el desarrollo del PNA sobre Empresas y Derechos Humanos” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021, p. 23).

humanos) de la política pública de derechos humanos del Estado peruano. Estos diagnósticos expresan los diferentes puntos de vista de los sectores participantes respecto de la problemática identificada, sus causas y las medidas adecuadas para su abordaje.

- En la mayor parte estas visiones han sido coincidentes, pero en buena parte se mantuvo discrepancias que fueron precisadas en los documentos. Estos diagnósticos incorporaron también, en lo que correspondía, las conclusiones y recomendaciones del informe “Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable – PERÚ” elaborado por la OCDE, a solicitud del Estado peruano, como contribución al diagnóstico del PNA. Este informe complementó el informe de la visita a Perú - 2017 que el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos publicó en junio de 2018. Los mencionados diagnósticos contienen también información de línea de base, con el objetivo de que la situación allí descrita pueda ser confrontada con la situación existente al momento de evaluarse, en el futuro, la efectividad de las acciones e indicadores del PNA.
- Debido a la metodología utilizada, centrada en un diálogo multiactor dirigido a la búsqueda de consensos, no a todas las conclusiones de los diagnósticos les correspondió una acción específica. Eso explica, por ejemplo, que varias conclusiones relacionadas con las actividades extractivas no tengan como correlato una acción puntual, enfocada en determinado problema identificado, a cargo de las entidades competentes, lo que no obsta a que este sea abordado, transversalmente, por una o varias acciones (por ejemplo, las referidas a la promoción de la debida diligencia) o, tal como lo señala el propio PNA, pueda proyectarse una nueva acción, vía actualización, en su etapa de implementación. Asimismo, explica, que a la recomendación de la OCDE para incorporar cláusulas de CER en los AII tampoco le haya correspondido una acción específica.
- Por lo demás, al tratarse de una política pública transversal, es claro que el PNA es aplicable y compromete, en línea con los Principios Rectores, a todas las entidades estatales, en particular a las del Poder Ejecutivo y a las vinculadas con la política pública de AII.

El PNA y los Principios Rectores en la política pública sobre AI.

El PNA prevé un conjunto de acciones dirigidas a promover la debida diligencia en las actividades empresariales, dentro de las cuales están incluidas, sin dudas, las relacionadas con los AI. Las 97 acciones del PNA, directa o indirectamente apuntan al mismo objetivo de promover una cultura de conducta empresarial responsable basada en la debida diligencia. Del total de acciones, 14 están expresamente dirigidas a cumplir con el objetivo de implementar mecanismos de debida diligencia en el sector empresarial privado y público, teniendo como parámetro a los Principios Rectores y otros estándares complementarios. Estas acciones conjugan la creación de un mecanismo de reporte obligatorio (para empresas públicas) y voluntario (para empresas privadas), la elaboración de un conjunto de 21 guías de temáticas específicas¹¹³, la asistencia técnica estatal al sector empresarial, lo que incluye programas de capacitación, y también la evaluación de una propuesta legal de debida diligencia, que tenga en cuenta lo avanzado hasta 2024 en la implementación del PNA¹¹⁴.

Específicamente, las siguientes acciones pueden ser consideradas en una política pública sobre AI:

- ▶ Acción Nº 37: Realizar el seguimiento de los compromisos sociales asumidos en procesos de diálogo durante la atención de conflictos sociales.
- ▶ Acción Nº 67: Crear e implementar, dentro de la Dirección General de Derechos Humanos, un programa que brinde asistencia técnica al sector empresarial, tanto del sector privado como público, en la implementación de mecanismos de debida diligencia para los PR-CER.
- ▶ Acción Nº 68: Producir, en coordinación con el sector empresarial, la sociedad civil organizada, el sector estatal competente, los pueblos indígenas u originarios y los sindicatos, guías específicas dirigidas al sector empresarial para la implementación de mecanismos de debida diligencia.
- ▶ Acción Nº 69: Producir, en coordinación con el sector empresarial, la sociedad civil organizada y el sector estatal competente, una guía dirigida al sector de micro y pequeña empresa para promover su formalización y, progresivamente, una cultura de debida diligencia.

¹¹³ Al respecto, pueden revisarse las acciones 68, 69, 71 y 73 y 87 del PNA.

¹¹⁴ Se hace referencia a la acción 30.

- ▶ Acción N° 70: Producir, en coordinación con el sector empresarial, la sociedad civil organizada y el sector estatal competente, una guía dirigida a unidades mineras en pequeña escala para promover su formalización y, progresivamente, una cultura de debida diligencia.
- ▶ Acción N° 71: Producir en coordinación con el sector empresarial, la sociedad civil organizada, el sector estatal competente, los pueblos indígenas u originarios y los sindicatos, guías específicas dirigidas al sector empresarial para la implementación de mecanismos de debida diligencia en temas de personas defensoras de derechos humanos.
- ▶ Acción N° 80: Formular e implementar un lineamiento para la implementación de mecanismos de gestión de debida diligencia para la CER, dirigido a las empresas públicas. Acción a cargo de FONAFE en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ▶ Acción N° 81: Formular e implementar un mecanismo de seguimiento, monitoreo y evaluación de la implementación de mecanismos de debida diligencia en las empresas públicas.
- ▶ Acción N° 87: Crear e implementar, progresivamente, un mecanismo de seguimiento, monitoreo y reporte voluntario de los mecanismos empresariales de debida diligencia que son implementados por los gremios y empresas del sector formal, en cuya formulación participen tanto el sector empresarial, como las organizaciones de la sociedad civil, los pueblos indígenas u originarios, los sindicatos y el sector estatal competente.
- ▶ Acción N° 88: Promover las modificaciones normativas que garanticen mecanismos de reparación idóneos, conforme a la normativa internacional. Para 2023, se contaría con un informe técnico que sustente la propuesta normativa.
- ▶ Acción N° 96: Producir, en coordinación con el sector empresarial, la sociedad civil organizada, el sector estatal competente, los pueblos indígenas u originarios, andinos y amazónicos y los sindicatos, guías específicas dirigidas al sector empresarial para la implementación de mecanismos de debida diligencia que procuren una reparación integral.
- ▶ Acción N° 97: Crear e implementar un mecanismo de seguimiento y monitoreo de los mecanismos empresariales de debida diligencia en materia de reparación, que son implementadas por los gremios y empresas del sector formal, en cuya formulación participen tanto el sector empresarial, como

las organizaciones de la sociedad civil, los pueblos indígenas u originarios, andinos y amazónicos, los sindicatos y el sector estatal competente.

En este conjunto de acciones, además del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, tienen responsabilidades específicas entidades como la Presidencia del Consejo de Ministros, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), así como, de modo transversal, todas las instituciones del Poder Ejecutivo, entre ellas el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Los retos de la implementación del PNA

Todo lo anteriormente descrito marca un camino claro para cumplir con los objetivos del PNA, también en el marco de la política pública sobre AI. El PNA aprobado no agota todos los problemas y, plantea más bien una serie de retos que deben ser asumidos progresivamente durante su implementación, entre ellos temas como la incorporación del enfoque de derechos humanos y Principios Rectores en los AI.

Así, es necesario alinear a todos los sectores estatales, empezando por los del Poder Ejecutivo, y a todas las políticas públicas, bajo el enfoque de derechos humanos y, en particular, el de empresas y derechos humanos y conducta empresarial responsable. Esto, que en el estándar de empresas y derechos humanos ha sido desarrollado bajo la denominación de “coherencia de las políticas públicas” requiere de diferentes acciones. Una de ellas es una intensa labor de capacitación que no se agota en la impartición de talleres o cursos sino que, como en toda política, requiere de una evaluación que garantice su utilidad para que funcionarios y funcionarias incorporen esta cultura en su trabajo diario. Esta estrategia tiene como debilidad la falta de una política de carrera pública que garantice que ellos y ellas permanezcan en sus puestos durante períodos mínimos que les permitan lograr un óptimo nivel de especialización, o que la función pública se encuentre sujeta a fenómenos indeseables como los de las puertas giratorias, que facilitan la existencia de un amplio margen de conflictos de intereses en el Estado. Es importante, también, que el Estado brinde los recursos necesarios para que la implementación sea oportuna y efectiva.

Como segunda parte, fundamental para avanzar el reto de la coherencia, encontramos el fortalecimiento de la normativa y la gestión pública en diferentes

áreas prioritizadas. Si bien la política pública de libre comercio internacional, como se dijo, no ha formado parte de las prioridades del PNA, lo cierto es que de cara a los estándares internacionales antes reseñados, resulta urgente incorporar este tópico en la agenda de la política pública de empresas y derechos humanos.

Un segundo reto está referido a la implementación efectiva de los mecanismos de debida diligencia en derechos humanos por parte del sector empresarial. Para ello es imprescindible articular con este sector a fin de identificar conjuntamente los indicadores y estrategias más adecuados para que la debida diligencia funcione ajustada a estándares internacionales y con un impacto real y verificable sobre la mejora de los derechos humanos de las personas afectadas por la actividad empresarial. Y una vez identificados los indicadores y construido el mecanismo, el siguiente paso es articular la labor empresarial con la política pública, de modo que estos cambios en la cultura organizacional sean progresivos y permanentes, y paulatinamente vayan expandiéndose desde la gran empresa hacia la mediana, pequeña y microempresa. El potencial de la gran empresa para coadyuvar en este esfuerzo desde la política pública es inmenso y representa una gran oportunidad, tanto para el Estado como para el sector empresarial.

Un tercer gran reto es seguir profundizando un diálogo multiactor cada vez de mayor calidad entre el Estado, el sector empresarial y los actores sociales. El diálogo es fundamental para la eficacia de cualquier política pública. En el caso del PNA, permitirá el fortalecimiento de la legitimidad de la política, la confianza en el Estado y entre los actores; reforzará la institucionalidad democrática y tendrá, si se realiza adecuadamente, un impacto significativo en la prevención de la conflictividad y la paz social, además de garantizar que la política sea efectiva y eficiente para resolver progresivamente los problemas identificados.

Este nivel de diálogo debe replicarse también en la política pública de libre comercio internacional, en la que por una falta de enfoque de derechos humanos, se ha asumido como regla la reserva de las negociaciones de AII. Ello, a pesar de que el resultado de esas negociaciones tendrá un impacto directo sobre los derechos humanos (laborales, ambientales, de los pueblos indígenas, entre otros) de la ciudadanía ubicada en los entornos directos e indirectos de la inversión. Pero también a pesar de que los AII impactan en asuntos de interés público, como el tipo de desarrollo económico que se está promoviendo a través de ellos. Desde el enfoque de derechos humanos y de la conducta empresarial responsable, la reserva de las negociaciones es, en principio, incompatible con un Estado democrático y constitucional de Derecho como el peruano.

Dicho eso, y a pesar de sus limitaciones, el PNA, especialmente por la vinculación que genera entre el Estado peruano y su obligación de implementar estándares internacionales de derechos humanos en sus políticas públicas, tiene el potencial de ser una herramienta con una importante capacidad de contribuir a la construcción de una política pública de todo el Estado, coherente en materia de derechos humanos, también respecto de los acuerdos internacionales de inversión.

CAPÍTULO III

Algunas recomendaciones
para incorporar el enfoque
de conducta empresarial
responsable en la política
nacional de libre comercio
internacional

Algunas recomendaciones para incorporar el enfoque de conducta empresarial responsable en la política nacional de libre comercio internacional

Aun cuando el PNA 2021-2025 no ha incorporado una acción específica en relación con la política pública sobre AII ni se ha elaborado un diagnóstico al respecto, este instrumento tiene un amplio potencial para que la sociedad civil, a través de la incidencia en la política pública y de su participación en los espacios multiactor del PNA, promueva la incorporación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en los AII. Esto puede lograrse a través de la implementación de las acciones del PNA relacionadas con la debida diligencia, y, a la vez, promoviéndose la incorporación expresa de una acción en esta materia, vía actualización del PNA o vía su incorporación en la política pública de libre comercio internacional.

Debe valorarse, en ese sentido, que de acuerdo con el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, el Principio Rector N° 9 habilita a los Estados a incorporar cláusulas de derechos humanos en los nuevos AII, pero también a renegociar los tratados existentes a fin de adecuarlos al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, siguiendo además estándares internacionales como los de la UNCATD, y compromisos asumidos por los principales grupos de inversión, por ejemplo, a través de los Principios para la Inversión Responsable del Pacto Global¹¹⁵.

Asimismo, no debe perderse de vista que la obligación de incorporar los Principios Rectores en las políticas públicas, asumidas por el Estado peruano a través del PNA, no se circunscribe solo a aquellas instituciones directamente a cargo de las 97 acciones y 149 indicadores del PNA sino que dicha obligación es transversal a todo el Poder Ejecutivo y a todas las políticas públicas, entre ellas las de los AII. De igual modo, debe tenerse en consideración que el PNA prevé procedimientos de actualización para incorporar acciones que no hayan sido consideradas inicialmente, pero que, por acuerdo de la mesa multiactor y a propuesta de cualquiera de los actores, deba ser incorporado por su relevancia y

¹¹⁵ Disponibles en: <https://www.unpri.org/download?ac=10970>

su impacto sobre la protección y defensa de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales.

En ese sentido, la labor de incidencia de la sociedad civil debería considerar las recomendaciones planteadas por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la UNCTAD y otros procedimientos especiales de Naciones Unidas, la OCDE y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁶, dirigidas a lo siguiente:

- a) Incorporar los estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos en los diálogos con el Poder Ejecutivo en relación con la política de AII y libre comercio internacional, en particular los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales, las recomendaciones de los informes de la UNCTAD, los Estándares Interamericanos sobre Empresas y Derechos Humanos de la CIDH, y el informe país sobre CER de la OCDE.

En ese sentido, se debe contribuir a superar el sentido común, desprovisto de evidencia contrastable, de que los AII y la inversión extranjera, por sí mismos, son beneficiosos. Se hace imprescindible promover desde la sociedad civil que los estamentos estatales competentes realicen diligentemente una evaluación, ex ante y ex post, del impacto de los AII en el desarrollo sostenible del país, a partir de indicadores basados en los Principios Rectores y otros estándares internacionales. En esa línea, dicha evaluación debe ser producto de un diálogo multiactor, de buena fe y altamente participativo.

- b) Aprovechar el potencial de los AII para hacer realidad los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como para promover una conducta empresarial responsable.
- c) Rescindir o reformar urgentemente todos los AII existentes de conformidad con las recomendaciones formuladas por la UNCTAD y el informe del GT ONU.

¹¹⁶ Es relevante a este respecto, además de las sentencias de la Corte IDH mencionadas, el informe sobre estándares interamericanos en empresas y derechos humanos, publicado en 2019 por la Relatoría Especial de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

- d) Negociar en el futuro solo aquellos AII que sean compatibles con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, así como con las necesidades y prioridades de desarrollo nacional.
- e) Fortalecer la capacidad de los funcionarios que negocian AII y facilitar el aprendizaje entre pares para que puedan adoptar un enfoque más holístico en la formulación de políticas de inversión.
- f) Definir estrictamente el significado de “inversión” e “inversionistas” protegidos en virtud de los acuerdos internacionales de inversión.
- g) Extender la protección de los AII solo a aquellos inversionistas que cumplan con las leyes aplicables y practiquen una CER de acuerdo con los Principios Rectores y otras normas nacionales, regionales e internacionales relevantes.
- h) Incluir explícitamente en los acuerdos internacionales de inversión excepciones detalladas de políticas públicas para justificar intervenciones regulatorias con el fin de proteger los derechos humanos o el interés público en general.
- i) Cuando corresponda, publicar borradores de textos de acuerdos internacionales de inversión e invitar a todas las partes interesadas, incluidas las organizaciones de la sociedad civil de todas las jurisdicciones pertinentes, a que brinden comentarios antes de celebrar tales acuerdos.
- j) Como parte de las renegociaciones de los AII, reemplazar la solución de controversias entre inversionistas y Estados por un mecanismo de resolución de disputas que sea justo, transparente, independiente, predecible y accesible a todas las partes en pie de igualdad y que opere de manera consistente.
- k) Designar jueces con conocimientos y experiencia en derecho internacional en materia de derechos humanos, derechos laborales y medio ambiente y considerar varias dimensiones de diversidad al realizar dichos nombramientos.
- l) Traducir a la práctica sus compromisos relacionados con la reforma de los acuerdos internacionales de inversión asumidos en los planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos.

- m) Promover que los jueces y árbitros interpreten los AIJ de manera integral, teniendo en cuenta en particular las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados, las responsabilidades y obligaciones de los inversionistas en materia de derechos humanos y los derechos humanos de las personas y las comunidades.
- n) Promover que las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil presenten informes amicus curiae sobre cualquier presunto impacto adverso de los proyectos relacionados con la inversión en los derechos humanos o el medio ambiente y a asistir a los juicios arbitrales, o permitir que lo soliciten.

La sociedad civil puede hacer uso de este marco de recomendaciones del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para utilizar el PNA 2021-2025 como una herramienta de política pública que refuerce su capacidad de incidencia sobre la política pública de AIJ. Debe también hacer suyas las recomendaciones dirigidas a este sector para que:

- 1) Se involucre activamente con los Estados en la negociación de AIJ que sean compatibles con sus obligaciones en materia de derechos humanos.
- 2) Continúe su labor de promoción para garantizar que los inversionistas se tomen en serio sus responsabilidades y obligaciones en materia de derechos humanos y que se los haga responsables de causar cualquier daño a las personas o al planeta.
- 3) En el contexto de los ODS, se replanteen los paradigmas de desarrollo que no conllevan un desarrollo inclusivo y sostenible y la reducción de la pobreza en todos los grupos, especialmente los pueblos indígenas, y, en su replanteamiento del desarrollo económico, garanticen el reconocimiento de los pueblos indígenas como agentes de desarrollo.

Para ello se sugiere algunas acciones como:

- 1) Producir información de calidad sobre el impacto de los AIJ en los objetivos de desarrollo sostenible y en los derechos humanos de las personas
- 2) Promover la investigación y la incidencia de otros actores, tales como las universidades, especialmente en las regiones del país.

- 3) Utilizar su capacidad de incidencia en la mesa multiactor del PNA 2021-2025 para poner en agenda la necesidad de que la política pública preste atención a los AI y a su correspondencia con los Principios Rectores.
- 4) Proponer a la mesa multiactor del PNA acciones específicas en esa dirección, tales como la elaboración de estudios, organización de reuniones de trabajo con funcionarios y funcionarias, capacitaciones y acciones de difusión y sensibilización.
- 5) Promover que el MINJUSDH, en articulación con la PCM y el Punto Nacional de Contacto de la OCDE en Perú (Proinversión) capacite a los funcionarios y funcionarias encargadas de los AI, en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Ministerio de Economía y Finanzas y otros órganos competentes, en el enfoque de derechos humanos y en el marco internacional sobre empresas y derechos humanos, y específicamente en los estándares internacionales relacionados con los AI, desarrollados por el GT, UNCTAD y el Sistema Interamericano.
- 6) Motivar el apoyo de las organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, UNCATD, Sistema Interamericano, OCDE, y otros) para la implementación de estas acciones, en el marco del proceso de implementación del PNA 2021-2025.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarco, Germán; Bedoya, Carlos; Gamero, Julio y Javier Llamoza, *Cuaderno Globalización con Equidad N° 7: A cinco años del TLC con Estados Unidos: ¿Quién va ganando?; s/e* – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2015.

Alarco, Germán y Toribio (Bíkuti) Sanchium, *Hacia una nueva política comercial inclusiva en la postpandemia: análisis tendencias y propuesta*. Cooperación y Red Peruana por Una Globalización con Equidad, 2022.

Alarco, Germán y César Castillo, *TLC UE, Perú, Colombia y Ecuador: ¿Dónde estamos y hacia dónde vamos?; Lima* – 1a. ed. – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2018.

Alarco, Germán; Castillo, César; Fernández-Maldonado, Enrique y Ana Romero Cano, *¿Qué pasó a cinco años del TLC entre Perú y la Unión Europea; Lima* – 1a. ed. – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2018.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*, 2011.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios de contratación responsable. Integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores. Orientación para los negociadores*, 2011 (A/HRC/17/31/Add.3.)

– Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, 2015 (A/70/301).

– Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice Sayas, 2015 (A/HRC/30/44)

- Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, 2015 (A/70/31)
- Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice Sayas, 2016 (A/HRC/33/40)
- Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, 2016 (A/HRC/33/42)
- Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice Sayas, 2017 (A/HRC/36/40)

Bedoya, Carlos Alonso, *Cuaderno Globalización con Equidad N° 8: Poder e inversión en el Perú 2011-2016, Actores, prioridades e intereses, s/e* – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2016.

Center for International Legal Cooperation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, The Hague, 2019.

Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos Perú Equidad, *Queja contra el gobierno peruano por falta de cumplimiento de sus compromisos laborales y ambientales previstos en el acuerdo comercial entre Perú y la Unión Europea; s/e* – Lima, 2017.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Reform package for the International Investment Regime*, 2018.

Espugues Mota, Carlos y Victor Sueiro Varhen. *Resolución de controversias en el comercio internacional – Tribunales estatales y ADR*. En: *Derecho del comercio internacional peruano* (Carlos Espugues Mota y Pierino Stucchi, Editores); Lima – 1a. ed. Lima – Tirant Lo Blanch y Palestra Editores, 2022; pp. 523-555.

Fernández-Maldonado Mujica, Enrique, *Cuaderno Globalización con Equidad N° 1: Derechos laborales y acuerdos de libre comercio: TLC con los Estados Unidos y Acuerdo de Asociación Unión Europea* – Comunidad Andina; 1a.

- ed. – Lima - Centro Peruano de Estudios Sociales y Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2008.
- Impactos de los acuerdos comerciales internacionales adoptados por el Estado peruano en el cumplimiento y promoción de los derechos humanos en el Perú; s/e – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2016
- Gamero Requena, Julio, *Empleo y trabajo decente a un año del TLC con EE.UU.*; s/e – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad y Centro Peruano de Estudios Sociales, 2010.
- Gervais, Stéphanie, *Tratados de libre comercio y protección de derechos humanos: los casos de explotación minera en El Salvador y Costa Rica*. En: “Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina”; 1a. ed. – San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017, pp. 231-248.
- Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Mejorar la coherencia de las políticas para el desarrollo inclusivo y sostenible*, 2015 (A/HRC/29/28).
- *Acuerdos internacionales de inversión compatibles con los derechos humanos*, 2021 (A/76/238)
- Guevara, Ernesto y Fabián Novak, *El Perú y el comercio internacional*; 1a. ed. – Lima – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
- Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*; 1a. ed. – Bogotá – Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- Kresalja, Baldo y César Ochoa, *Derecho constitucional económico. Tomo II: recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero*; 2a. ed. – Lima – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.
- Konrad Adenauer Stiftung, *Un alegato a favor del libre comercio. Argumentos racionales para un debate dirigido de forma emocional*, KAS, Berlín, 2021

Landa Arroyo, César, Los DESCA+ en el Perú. *Un enfoque desde la Constitución de la Tierra*; 1a. ed. – Lima – Palestra Editores, 2022.

– “Constitución y Economía en el Constitucionalismo peruano”. En: *Constitución y economía. Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Victor Bazán y Marie-Christine Fuchs, Editores); 1a. ed. – Bogotá – Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 191-209.

López Linares, Roberto y Lídice López Tocón, Perú y la OCDE: brechas laborales, sanitarias y ambientales; 1a. ed.- Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2020.

Martín Tirado, Richard James, Promoción de la inversión privada en el Perú: del contrato de concesión a las asociaciones público-privadas; 1a. ed. – Lima – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022.

Mejía Anaya, Jhon, *Extractivismo, empresas transnacionales y derechos humanos: en búsqueda de justicia*; 1a. ed. – Bogotá – Universidad Externado de Colombia, 2019.

Mendoza Nava, Armando, TLC: blindando la inversión extranjera. Tratamiento de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio y Acuerdo de Asociación Comunidad Andina – Unión Europea CAN-UE; s/e – Lima, Centro Peruano de Estudios Sociales y Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2009.

Las cartas sobre la mesa: similitudes y diferencias entre los compromisos del TLC con los Estados Unidos y del Acuerdo Comercial con la Unión Europea; s/e – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad y Centro Peruano de Estudios Sociales, 2009.

Mendoza, Waldo, Constitución y crecimiento económico: Perú 2021-2023, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima, 2023.

Meza Cornejo, Edson, *Efectos del TLC en el acceso a medicamentos: exoneraciones tributarias y propiedad intelectual*; s/e – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad y Centro Peruano de Estudios Sociales, 2010.

Impacto de las exoneraciones arancelarias y tributarias en los precios de los medicamentos; s/e – Lima – Red Peruana por una Globalización con Equidad y Centro Peruano de Estudios Sociales, 2011.

Novak, Fabián y Sandra Namihás, *La Alianza del Pacífico: situación, perspectivas y propuestas para su consolidación*; 1a. ed. – Lima – Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fundación Konrad Adenauer, 2018.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable en Perú*; 1a. ed. – París, OCDE, 2020.

Paul, Joel R., *¿Es realmente libre el libre comercio?*, 1a. ed. – Bogotá – Siglo del Hombre Editores, 2016.

Pedraglio Mendoza, Santiago y Erick Mormontoy Atauchí, *TLC Perú-China: el papel de los grupos de interés económico*; 1a. ed. – Lima – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Raskovsky, Rodrigo M, *Técnicas de neutralización y arbitraje internacional de inversiones*. En: *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina* (Kai Ambos y María Laura Böhm, Editores), 1a. ed. – Valencia – Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 75-114.

Red Peruana por una Globalización con Equidad, *Actualización de la queja contra el gobierno peruano por falta de cumplimiento de sus compromisos laborales y ambientales previstos en el Acuerdo comercial entre Perú y la Unión Europea; s/e* – Lima, 2018.

Robles Ustariz, Martha Isabel, *El impacto del derecho humano al medio ambiente sano en el derecho internacional de inversiones*; 1a. ed. – Bogotá – Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2020.

Sañudo Pazos, María Fernanda y Ricardo Sánchez Cárcamo, *Enfoque basado en derechos humanos. Guía para su uso en incidencia política y políticas públicas*; 1a. ed. – Bogotá – Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

Vidarte Arévalo, Oscar. *La Alianza del Pacífico y su impacto bilateral*, 1a. ed. – Lima – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

Weck, Winfried. Multilateralismo, perspectivas latinoamericanas. Fundación Konrad Adenauer – Programa Regional Alianzas para la Democracia y el Desarrollo con Latinoamérica – ADELA, Panamá, 2020.



ISBN: 978-612-48904-9-9



9 786124 890499