

ACADEMIA DIPLOMÁTICA DEL PERÚ
“JAVIER PÉREZ DE CUELLAR”



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DIPLOMACIA Y RELACIONES
INTERNACIONALES**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DIPLOMACIA Y RELACIONES INTERNACIONALES**

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**RECOMENDACIONES SOBRE LA POSICIÓN DEL ESTADO PERUANO
RESPECTO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL SOBRE
EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS**

PRESENTADO POR:

Bruno Castañeda Landi

Metodológico: Dra. Milagros Revilla Izquierdo

Tema de Fondo: Primera Secretaria SDR Maya Soto

Lima, 02 de noviembre de 2017

A Freddy Salas Laqui, gran amigo.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por apuntalar mi voluntad con su apoyo incondicional.

A ella, por hacer que todo sea más sencillo.

A la Primera Secretaria Maya Soto, asesora temática de esta tesis, por su apoyo decidido y confianza demostrada en la realización de este proyecto.

RESUMEN

En un contexto en el que el proceso globalizador tiende a confrontar paradigmas políticos, históricos y culturales a nivel mundial, la regulación internacional sobre empresas transnacionales y derechos humanos representa todo un reto para los Estados, los cuales deben conciliar sus intereses respecto del rol que desempeñan las empresas transnacionales en su vida económica y social.

En el presente trabajo, se analizan los dos enfoques con los que se pretende abordar la relación sobre empresas transnacionales y derechos humanos a nivel internacional (*soft law* o tratado vinculante). Para ello, se toma, como punto de partida, los objetivos estratégicos y líneas de acción de la política exterior peruana, de manera que podamos determinar cuál de estos procesos guarda mayor coherencia y consecuencia con los mismos. Las dimensiones elegidas para el análisis, y que han sido sistematizadas a partir de los lineamientos de nuestra política exterior, son las siguientes: la política nacional de protección de los derechos humanos; el trato favorable a la promoción de las inversiones, y; el posicionamiento internacional del Estado peruano, como causa y consecuencia de optar por uno u otro enfoque.

Los resultados de la investigación sugieren que, la tesis de la complementariedad (de los enfoques), es la que mejor se condice con los objetivos estratégicos de la política exterior peruana.

Finalmente, en línea con la tesis de la complementariedad, se identifican posibles espacios de acción, así como recomendaciones para implementar acciones concretas que correspondan a esta postura.

Palabras clave: derechos humanos, empresas transnacionales, inversiones, extraterritorialidad, inversión extranjera directa, posicionamiento internacional, cooperación internacional, jurídicamente vinculante, *soft law*, Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, OCDE.

ABSTRACT

In a context in which the globalization process tends to confront political, historical and cultural paradigms worldwide, the international regulation on transnational corporations and human rights represents a challenge for the States, which must reconcile their interests regarding the role that transnational companies play in their economic and social life.

In this work, we analyze the two approaches with which we intend to address the relationship on transnational corporations and human rights at the international level (*soft law* or binding treaty). To do this, the strategic objectives and lines of action of Peruvian foreign policy are taken as a starting point, so that we can determine which of these processes has the greatest coherence and consequence with them. The dimensions chosen for the analysis, and which have been systematized based on the guidelines of our foreign policy, are the following: the national policy for the protection of human rights; the favorable treatment for the promotion of investments, and; the international positioning of the Peruvian State, as a cause and consequence of opting for one or the other approach.

The results of the research, suggest that, the thesis of complementarity (of approaches) is the one that best matches the strategic objectives of Peruvian foreign policy.

Finally, in line with the thesis of complementarity, possible areas of action are identified, as well as recommendations for implementing concrete actions that correspond to this position.

Keywords: human rights, transnational corporations, investments, extraterritoriality, foreign direct investment, international positioning, international cooperation, legally binding, *soft law*, Guiding Principles on Business and Human Rights, OECD.

ÍNDICE GENERAL

• Acrónimos	10
• Introducción	12
• CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO	23
1. Marco Conceptual	
1.1 Derechos humanos	23
1.2 Empresa Transnacional (ETN)	23
1.2.1 Concepto y terminología.....	23
1.2.2 Evolución y alcance de las ETN: nuevas figuras jurídicas como consecuencia de la globalización.....	27
1.2.3 La subjetividad internacional de las ETN.....	30
1.3 Inversión	32
1.3.1 Concepto	32
1.3.2 Inversión Extranjera Directa (IED).....	35
1.3.3 Indicadores que direccionan la inversión.....	35
1.4 Derecho blando o “soft law”	38
2. Enfoques Teóricos	
2.1 Los derechos humanos a través de las teorías de relaciones internacionales	40
2.2 Las ETN a través de las teorías de relaciones internacionales	44
2.3 Liberalismo institucional y transnacionalismo	46
2.4 Neorrealismo vs neoliberalismo: la correlación de fuerzas	47
3. Antecedentes	
3.1 Regímenes de Derechos Humanos	49
3.1.1 Universales.....	49
3.1.2 Regionales.....	51

3.2 Instrumentos de “soft law”: desde el Proyecto de Código de Conducta de la ONU hasta los Principios Rectores.....	51
3.3 La Resolución A/HRC/RES/26/9 y el mandato para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante.....	56
• CAPÍTULO II. EL SECTOR MINERO EN EL PERÚ: TENSION SUBYACENTE.....	58
1. El sector minero como motor de la economía nacional	
1.1 Los recursos mineros del Perú y su posicionamiento a nivel internacional.....	58
1.2 El impacto del sector minero en los indicadores macroeconómicos.....	62
1.3 Inversiones y proyectos.....	64
1.4 Minería y empleo.....	66
2. El sector minero como referente de conflicto social	
2.1 El panorama de los conflictos sociales en el Perú y su relación con la minería.....	68
2.2 Algunos casos emblemáticos de conflictividad.....	71
2.3 Visita del GTEDH-PR al Perú: diagnóstico respecto del sector minero.....	75
3. La política institucional	
3.1 Los Estudios de Impacto Ambiental.....	81
3.2 La Consulta Previa.....	83
• CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS.....	86
1. El mandato del Representante Especial.....	86
2. Los Tres Pilares	
1.1 Proteger.....	89
1.2 Respetar.....	91

1.3 Remediar.....	95
3. Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos.....	104
3.1 Países que han elaborado un PAN sobre Empresas y Derechos Humanos.....	107
3.2 El caso peruano.....	110
4. Desafíos que representan los PR en el Perú.....	112
5. Acogida y reacciones a los PR.....	113
5.1 Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de NU.....	114
5.2 Críticas.....	115
• CAPÍTULO IV. EL FUTURO TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.....	118
1. Origen de la iniciativa.....	118
1.1 Justificación del Instrumento.....	118
1.2 La Resolución 26/9/CDH.....	120
1.3 El Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) y sus períodos de sesiones.....	121
2. Descripción y alcance de los puntos focales.....	122
2.1 Principios para el instrumento internacional.....	123
2.2 Posibles formas del tratado.....	128
2.3 Objeto y alcance del instrumento: la “nota a pie de página”.....	128
2.3.1 Buscando una definición de ETN.....	130
2.4 Tipos de responsabilidad y conductas punibles.....	130
2.5 Extraterritorialidad.....	131
2.6 Mecanismos de reparación.....	134
2.7 Mecanismos de supervisión y ejecución: ¿hacia un tribunal internacional?.....	136

2.8	Tratados de inversión vs tratados de derechos humanos: ¿una cuestión de subordinación?.....	137
2.8.1	Mecanismos internacionales para la protección de la IED: CIADI.....	138
3.	Posiciones en contra y críticas al tratado.....	143
4.	Complementariedad con los Principios Rectores: ¿hacia un tercer enfoque?.....	145
4.1	Apuntando al Tercer Pilar: “Remediar”.....	146
4.2	¿Re-posicionamiento de la UE?.....	147
5.	Lineamientos y coherencia de la política exterior peruana.....	148
5.1	En materia de derechos humanos.....	153
5.2	En materia de inversiones.....	156
5.3	En materia de posicionamiento internacional.....	157
•	Conclusiones.....	160
•	Recomendaciones.....	166
•	Bibliografía.....	169
•	Anexos.....	181
-	Lista de Tablas.....	182

ACRÓNIMOS

- AMRE-2016: Anuario Minero: Reporte Estadístico: Perú-2016
- AP: Alianza del Pacífico
- APP: Asociación Público – Privada
- BCRP: Banco Central de Reserva del Perú
- CADH: Convención Americana de Derechos Humanos
- CDH: Consejo de Derechos Humanos
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones
- CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja
- ComDH: Comisión de Derechos Humanos
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CPI: Corte Penal Internacional
- DDHH: Derechos Humanos
- DP: Defensoría del Pueblo
- ETN: Empresa Transnacional
- EIA: Estudio de Impacto Ambiental
- EITI: Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)
- GTEDH-PR: Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de los Principios Rectores
- GTI: Grupo de Trabajo Intergubernamental del Tratado
- IED: Inversión Extranjera Directa
- MEF: Ministerio de Economía y Finanzas
- MEM: Ministerio de Energía y Minas
- MINJUS: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- MRE: Ministerio de Relaciones Exteriores
- NU: Naciones Unidas
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- ONDS: Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- OMC: Organización Mundial del Comercio

- ONG: Organización(es) No Gubernamental(es)
- PAN: Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos
- PEI: Plan Estratégico Institucional
- PNC: Punto Nacional de Contacto
- PNDH: Plan Nacional de Derechos Humanos
- PR: Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos
- ProInversión: Agencia de Promoción de la Inversión Privada
- PYME: Pequeña y Micro Empresa
- RE: Representante Especial para Empresas y Derechos Humanos
- RSE: Responsabilidad Social Empresarial
- SENACE: Servicio Nacional de Certificación Ambiental
- TLC: Tratado(s) de Libre Comercio
- UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El debate multilateral sobre la regulación internacional de las empresas transnacionales (ETN) y los derechos humanos tiene más de cuarenta años en los foros internacionales. La dinámica propia del proceso globalizador¹ ha impulsado la liberalización de los flujos comerciales y financieros a escala mundial y, consecuentemente, en el deseo de captar la inversión extranjera, muchos Estados han optado por la desregulación a nivel doméstico, lo que ha significado -en algunos casos- establecer estándares menos rigurosos en materia de protección de los derechos humanos.

Las violaciones de los derechos humanos, en su sentido más amplio, no son exclusividad de las instituciones y aparatos estatales, sino que las cometen, además, actores privados y entidades corporativas. Estas, por ejemplo, encargan la fabricación de productos bajo condiciones inhumanas o comercializan las mercancías producidas bajo estas condiciones, apoyan conflictos armados o a dictaduras al pagar contribuciones legales (pago de impuestos) o ilegales (sobornos), o emplean recursos militares o policíacos de gobiernos o grupos opositores armados para garantizar la seguridad² de su actividad empresarial, en cuyo contexto se cometen graves crímenes contra los derechos humanos.³

Por otro lado, los derechos que se le asignan a las empresas transnacionales (ETN) para operar globalmente tienden a crecer de manera desproporcionada. Un ejemplo de ello, es el sólido marco normativo que protege la inversión privada.⁴ Y, aún, por fuera del mismo, la inversión extranjera desarrolla sus propios mecanismos de protección, a través de acciones concretas, como el

¹ Según el Banco Mundial, el término globalización se refiere a la “creciente interdependencia de los Estados, resultante de la creciente integración del comercio, las finanzas, la gente, y las ideas en un mercado global”. BANCO MUNDIAL. *Globalization and international Trade*. En: http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondco/beg_12.pdf, p. 2.

² Véase “Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos” (2000).

³ KALECK & Maab SAAGE. (2008). *Empresas transnacionales ante los tribunales*. En Documentos sobre la Democracia (1-93). Berlín, Alemania: Fundación Heinrich Boll.

⁴ John Gerard RUGGIE. (2013). *Just Business. Multinational Corporations and human rights*. NY: W.W. Norton & Company, Inc. p. xxv

desplazamiento de sus capitales a otro país; lo que le sirve como instrumento de presión frente al Estado que busca defender los derechos de las personas en su territorio. Adicionalmente, no se puede dejar de observar el empoderamiento que han tenido las transnacionales en las últimas décadas, llegando algunas incluso a poseer más ingresos que países enteros.⁵

Esta situación asimétrica entre el Estado y las ETN resulta particularmente relevante en países en donde la gobernanza es débil, o en donde las normas no existen, o simplemente existen, pero no hay voluntad política de ejecutarlas. Es precisamente en estos casos -en los que la institucionalidad es frágil y el poder económico es utilizado por empresas con prácticas inescrupulosas- en donde aflora la corrupción, y con ella, regulaciones más laxas y menor rigidez en la fiscalización de las actividades empresariales. Finalmente, todo ello se traduce en la consolidación de escenarios de impunidad, en donde las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas no resultan en sanciones ni encuentran responsables, no pudiendo entonces los Estados garantizar a las víctimas un acceso real a la justicia. Por el contrario, si el Estado es débil, lo que tiende a institucionalizarse es la impunidad.

En efecto, las debilidades estatales para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos son muchas y se evidencian en todas las latitudes, en mayor o menor medida. El problema cobra particular relevancia cuando nos enfocamos en las obligaciones estatales en relación a las conductas y actividades empresariales realizadas en su territorio. Bajo ese supuesto, cabe preguntarnos si, las ETN en relación a los derechos humanos, tienen algún tipo de obligación y en qué consistiría esta, de ser así.

La respuesta es afirmativa. Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Se trata de una obligación de no hacer; es decir, de no afectar los derechos humanos de terceros. No obstante, dicha obligación genera responsabilidades a nivel interno y no a nivel internacional, y, como tal, se

⁵ FORTUNE GLOBAL 500: The TOP 10. Fecha de consulta: 25/07/2017. En: <http://fortune.com/global500>

encuentra a la vez contenida dentro de las obligaciones estatales de protección y garantía de los derechos humanos, las cuales son obligaciones de hacer.

Bajo esa lógica, es el Estado quien debe fiscalizar y sancionar a nivel interno a quienes no respeten los derechos humanos de las personas que se encuentren en su territorio. De no hacerlo, sería el Estado quien estuviera incurriendo en responsabilidad internacional. En ese caso, las personas afectadas por las actividades empresariales, y que no hubiesen encontrado protección a través de su propio Estado⁶, podrán recurrir a foros y tribunales internacionales; no para demandar a las empresas, sino a los Estados, por no haber cumplido con sus obligaciones de protección y garantía. Las cuales suponen tener un aparato de justicia efectivo y que contemple los principios básicos del derecho.

Hemos descrito el panorama de la aplicación de la normativa internacional a nivel interno, y las obligaciones que se desprenden de la misma para los Estados y las empresas, así como los foros pertinentes en donde se gestionan las denuncias y contra quién deben de realizarse. Sin embargo, a nivel internacional no se puede afirmar que exista un control más estricto o punitivo sobre las actividades empresariales. En la actualidad, no existe un instrumento internacional que contemple de manera macro y obligatoria la relación de las empresas con los derechos humanos; tampoco existe a nivel sectorial -es decir, por rubro empresarial- un instrumento vinculante que genere obligaciones internacionales a las ETN.

Como ya lo ha señalado John Ruggie⁷ (RE):

“la idea de que las empresas transnacionales deben tener responsabilidad sobre los derechos humanos independientemente de los requerimientos legales que le

⁶ La falta de protección a los derechos humanos por parte de los Estados genera responsabilidad internacional siempre que los Estados se hayan obligado a ella. Esta falta de protección se evidencia cuando el aparato estatal no cuenta con un sistema de justicia que brinde recursos judiciales efectivos, independencia de poderes, imparcialidad, plazos apropiados y respeto a las garantías del debido proceso.

⁷ Representante Especial (RE) del Secretario General de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Empresas durante el período 2005-2011. Ruggie ha sido profesor de la Universidad de Harvard, asistente consejero del Secretario General Kofi Annan y Director de Planificación Estratégica de las Naciones Unidas.

exigen los países en donde realizan sus operaciones es relativamente nueva y no es universalmente aceptada.”⁸

En efecto, el derecho internacional vigente está estructurado de manera tal que las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos recaen propiamente sobre los Estados, y no directamente sobre las empresas. Esto resulta coherente con el derecho internacional⁹, puesto que tales obligaciones solo pueden ser internacionalmente exigibles a los Estados que hayan ratificado tratados en materia de derechos humanos. Es decir, que previamente se hayan comprometido a ello. En esa línea, las empresas están sujetas a las normas que los Estados aplican en sus países de origen y de acogida; es decir, donde está constituida su casa matriz o donde realizan sus operaciones, respectivamente.

Bajo el contexto señalado, existe entonces un amplio rango de estándares en materia de protección de los derechos humanos, ajustándose estos a la regulación interna de cada Estado, cuyo resultado legislativo, en última instancia, responde a la coyuntura propia de cada entidad estatal. Como resultado de ello, las ETN están sometidas a distintos regímenes normativos, algunas veces incluso contradictorios. Esto ha generado que, en el derecho comparado, no se distinga de manera precisa cuáles son las responsabilidades de los Estados y cuáles son las de las empresas en el marco del desarrollo de sus actividades y sus posibles efectos en la vida -los derechos- de las personas y comunidades.

En ese sentido, y tomando en consideración la galopante expansión de las ETN alrededor del mundo, así como la versatilidad de sus operaciones y la enorme cantidad de personas y comunidades que se encuentran involucradas y afectadas por sus actividades (ya sea directa o indirectamente), la comunidad internacional, ha decidido abordar la problemática descrita a través de dos enfoques distintos, cuyas iniciativas se encuentran ya en ejecución y vienen desarrollándose de manera paralela.

⁸ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxv

⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Artículo 26° (Principio de *pacta sunt servanda*): “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

El primero de estos enfoques intenta acercarse a la relación de las empresas con los derechos humanos a través de un instrumento marco de *soft law*, que distribuya de manera clara las responsabilidades en materia de derechos humanos entre los Estados y las empresas. Este instrumento son los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas” (PR); el cual contiene un conjunto de lineamientos que las empresas y los Estados deben seguir si es que deciden comprometerse a ello. No obstante, el efecto de su adopción no resultará vinculante para los Estados que decidan participar de esta iniciativa. Es decir, no generaría obligaciones internacionales.

Sin embargo, y pese a lo anterior, los PR se han ido fortaleciendo a partir del año de su adopción -2011- por parte de NU, y, actualmente, se difunde y promueve la utilización del instrumento a nivel internacional a través de un “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”¹⁰ (GTEDH-PR), con la finalidad de que fomente la aplicación efectiva de tales Principios entre los países.

Por otro lado, el 26 de junio de 2014, se adoptó, con votación en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas, la resolución 26/9¹¹, mediante la cual se decidió establecer un “Grupo de Trabajo Intergubernamental” (GTI) cuyo mandato sería elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y su impacto en los derechos humanos.

La elaboración de dicho instrumento -propiamente un tratado- representaría un cambio de paradigma respecto de la relación de los Estados con las ETN, y de estas últimas con los derechos humanos. No obstante, el ámbito de aplicación del futuro instrumento, dada la naturaleza y alcance de las ETN, resultaría ser

¹⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/resolucion-consejo-derechos-humanos-empresas-derechos-humanos-6-julio-2011.pdf>

¹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. En: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>

sumamente complejo: tocando de manera transversal una variedad de escenarios; generando obligaciones; distribuyendo responsabilidades; asignando competencias; e, incluso, promoviendo la creación de entidades reguladoras, fiscalizadoras y sancionadoras a nivel internacional.

En definitiva -y bajo el contexto descrito- lo que se tiene son dos procesos paralelos; con objetivos similares, pero procedimientos y enfoques distintos. Por un lado, desde el GTEDH-PR, que se encarga de fortalecer la aplicación de los Principios Rectores a nivel estatal; por otro lado, desde el GTI, dedicado a la elaboración de un tratado sobre las ETN y los derechos humanos.

El Estado peruano, si bien no ha rechazado la resolución a favor de la elaboración del tratado (26/9) -ya que se abstuvo de votar a favor o en contra-, tampoco la ha respaldado, y ha mantenido una posición expectante respecto de este proceso. Adicionalmente, cabe señalar que la mayoría de las ETN que desarrollan sus actividades en el sector minero peruano, pertenecen a países que no respaldan la iniciativa del tratado; sino que, por el contrario, se alinean con los PR.

En ese sentido, la presente investigación, haciendo uso del marco descriptivo desarrollado líneas arriba, intenta responder a las siguientes interrogantes:

- i) ¿cómo, en el marco de una política exterior que promueve la protección de los derechos humanos y la atracción de la IED, se debe regular la conducta corporativa transnacional?;
- ii) ¿cómo pueden incorporarse más efectivamente los derechos humanos en la práctica estatal y corporativa para cambiar la conducta empresarial sin generar resistencias a la IED?;
- iii) ¿cuál debe de ser la posición peruana respecto de los enfoques que se vienen desarrollando sobre la regulación de las empresas transnacionales y los derechos humanos, considerando los lineamientos y objetivos estratégicos de su política exterior?; y, por extensión,

- iv) ¿cuál debería de ser la posición peruana respecto del proceso de elaboración del instrumento internacional jurídicamente vinculante para mantener una política exterior coherente con sus objetivos e intereses?

En función de este último cuestionamiento, la investigación pretende identificar cuáles serían los factores relevantes para perfilar el posicionamiento peruano respecto de iniciativas que busquen generar responsabilidad internacional a las ETN.

Con el propósito de responder a las preguntas planteadas, se tomará como punto de referencia -y contraste, respecto de las iniciativas de *soft law*- los informes¹² que se han elaborado durante los dos primeros períodos de sesiones del GTI.

A medida que se intente responder a las interrogantes planteadas, para efectos prácticos, el presente trabajo identificará cuáles son los lineamientos que el Estado Peruano mantiene en política exterior en los ámbitos de derechos humanos, inversiones y posicionamiento internacional, y, consecuentemente, contrastará la proyección de dichos lineamientos frente a los alcances y limitaciones del futuro instrumento internacional, de manera que permita identificar espacios de convergencia/divergencia entre la política exterior peruana y el desarrollo de la iniciativa del tratado.

Para poder llevar a cabo lo anterior, se explicará en qué etapa se encuentra el proceso de elaboración del instrumento jurídicamente vinculante, identificando a qué riesgos se enfrenta en el proceso y qué desafíos traería su elaboración. De igual manera, los informes del GTI, nos permitirán tener un primer panorama de cuáles serán los alcances y límites relevantes de la futura elaboración del texto del tratado, y de qué manera, dichos lineamientos, deberían ser considerados por el

¹² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informes 31/50 y 34/47. *Informes del primer y segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, del 5 de febrero de 2016 y 4 de enero de 2017, respectivamente.

Estado peruano en la medida en que se encuentren contenidos en la proyección de sus intereses.

Adicionalmente, se determinará cuál es el actual estado de la relación entre los PR y el futuro instrumento jurídicamente vinculante, identificando cuáles son las posturas y tendencias que se desprenden del debate respecto de cómo es que se debe abordar dicha relación. El marco fáctico de la investigación, sin embargo, se centrará en los efectos y el impacto que tendría uno u otro enfoque (PR o Tratado) en materia de regulación internacional, particularmente en el ámbito del sector minero peruano.

Se ha elegido este sector, pues representa de manera cuantitativa y simbólica la tensión entre los beneficios y los perjuicios propios de las operaciones llevadas a cabo por las ETN en el territorio nacional. Consiguientemente, para desarrollar el análisis, la investigación toma en cuenta tres dimensiones centrales, que son precisamente aquellas sobre las cuales recae la tensión en este sector: 1) política exterior en materia de inversiones; 2) obligaciones internacionales de protección y garantía de los derechos humanos, y; 3) posicionamiento internacional.

De igual manera, para tener un fundamento sólido, la investigación ha tomado como punto de partida cuatro insumos principales: en primer lugar, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en segundo lugar, los dos Informes del GTI dedicado a la elaboración del tratado sobre empresas y derechos humanos (como se ha mencionado, ambos informes contienen los temas propuestos y futuros puntos focales que han sido debatidos por la comunidad internacional con miras a definir el alcance de un futuro instrumento); en tercer lugar, el libro titulado “*Just Business*” de John Ruggie (RE), el cual narra el proceso de elaboración de su Informe Final presentado en el año 2011 a las Naciones Unidas, y el cual luego resultaría en los Principios Rectores. Tal documento resulta sumamente útil, pues permite esclarecer muchas de las interrogantes planteadas, y así generar nuevos cuestionamientos sobre los cuales se asentará el futuro debate. Y, finalmente, la tesis de la Abogada PUCP Micaela Cortés, titulada “*La implementación de los Principios Rectores sobre las*

empresas y los derechos humanos en el Perú: un análisis del instrumento internacional desde el contexto peruano”. Este último documento resulta un importante aporte en tanto que propone un marco para la implementación de los PR en el Perú, analizando los desafíos a los que se enfrenta, así como las iniciativas desarrolladas en el contexto peruano.¹³

Respecto de la metodología, la aplicación del método descriptivo y analítico será útil en una primera etapa, de manera que se pueda diferenciar entre las distintas partes, enfoques y elementos que forman parte del estado de la cuestión. Además, servirá para identificar la correlación de fuerzas a nivel internacional que subyace en las diferentes perspectivas respecto del tema, las cuales serán desarrolladas a través de las teorías de las relaciones internacionales.

En esa línea, la presente tesis se plantea como una investigación descriptiva y deductiva, que parte de un análisis respecto de los enfoques que a la fecha compiten para abordar la relación de las empresas y los derechos humanos, para finalmente concentrarse en los efectos que podría tener en el ámbito del sector minero peruano la aplicación tanto de uno como del otro, en línea con los objetivos de la política exterior peruana.

De igual manera, la recolección de fuentes relevantes se servirá del pluralismo metodológico, recogiendo data cualitativa y cuantitativa, privilegiando esta última, principalmente en lo que refiere a la actividad minera peruana y sus consecuencias en los indicadores macroeconómicos del país, así como su impacto en los derechos humanos de las poblaciones aledañas y, por extensión, en los indicadores de conflictividad social.

En definitiva, lo que el presente trabajo procura, es formular un análisis sobre la posición peruana en relación con los enfoques de la regulación internacional sobre

¹³ Micaela CORTÉS CABIESES. (2016). *La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el Perú: un análisis del instrumento internacional desde el contexto peruano*. (Tesis para optar el título de abogada). PUCP. Lima, Perú. p. 6

ETN y derechos humanos, así como con aquello que se pretende regular, identificando sus alcances y límites.

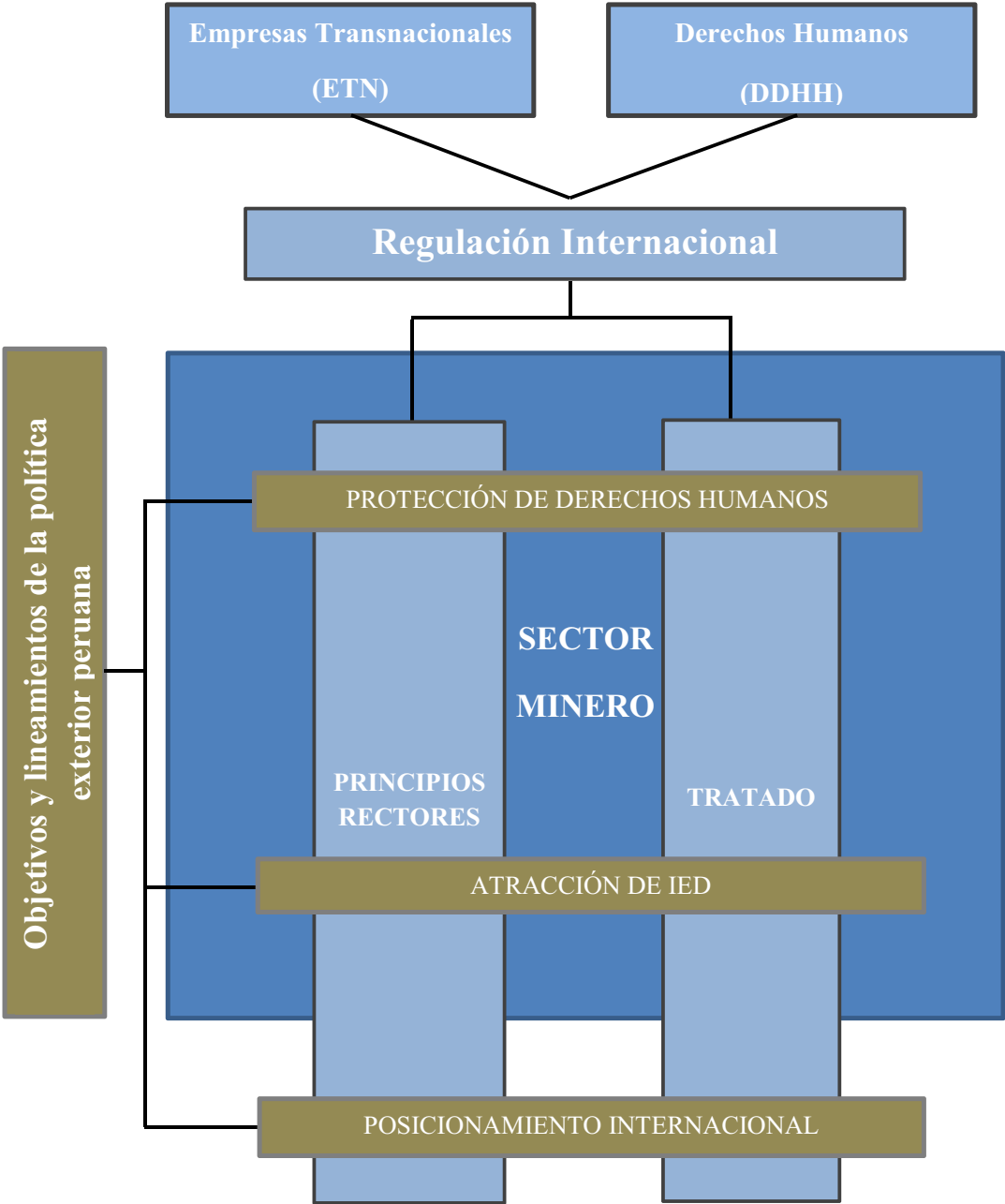
Finalmente, tomando en consideración los procesos paralelos que se están desarrollando, la investigación busca responder las interrogantes planteadas argumentando que la postura más coherente con los objetivos estratégicos de la política exterior peruana y su posicionamiento a nivel internacional, es la tesis de la complementariedad entre ambos enfoques. En ese sentido, desarrollaremos una serie de recomendaciones que puedan ser ejecutadas por parte del Estado peruano -y particularmente el MRE- de manera que ello contribuya a tener una política exterior coherente, articulada, eficiente y funcional.

Por último, y con la mira en abordar el tema, cabe deslizar la siguiente interrogante:

“¿cómo en un mundo de maximización de beneficios y Estados que guardan celosamente sus prerrogativas soberanas, se puede regular una conducta corporativa multinacional para prevenir o mitigar las violaciones a los derechos humanos?”¹⁴

¹⁴ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xvi

Gráfico 1. Unidad de Análisis



CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

1. Marco Conceptual

1.1. Derechos humanos

Para adentrarnos en la relación que las ETN han tenido con los derechos humanos, es oportuno contar con algunas consideraciones previas y definiciones terminológicas.

¿A qué se está haciendo referencia cuando se habla de los derechos humanos? Lo que en nuestro idioma se denominan “derechos humanos”, deben ser entendidos como prerrogativas o pretensiones de individuos o grupos de individuos que se presentan como derechos no renunciables que corresponden a sus titulares por la simple razón de ser hombres o grupos de hombres, cualquiera sea la fundamentación filosófica a las que se adscriba el concepto.¹⁵

El reconocimiento de los derechos humanos (DDHH), ha generado en las relaciones internacionales, lo que hoy en día se conoce como el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), y constituye una rama del derecho internacional público. Numerosos tratados y declaraciones desarrollan el DIDH a través de instrumentos de carácter global, regional y nacional, que se sobreponen, pero que no se excluyen.

Para efectos de la presente investigación se entenderá por “derechos humanos” a todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en los demás tratados de derechos humanos.

1.2. Empresa Transnacional (ETN)

1.2.1 Concepto y terminología

Durante los últimos cuarenta años, y particularmente en los últimos veinte, las ETN han tenido un crecimiento acelerado alrededor del mundo, convirtiéndose en

¹⁵ Carlos JUÁREZ CENTENO. (2008). *Derechos humanos y relaciones internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales*. Anuario del CIJS: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Argentina. p. 354

uno de los fenómenos con mayor relevancia para la economía contemporánea. De hecho, su existencia no solo se justifica en la dinámica propia de los flujos de factores de producción¹⁶ a nivel internacional, sino que, resultan ser el motor de esta dinámica, la cual se ve potenciada y direccionada precisamente en aquel lugar en donde las ETN decidan realizar su inversión.

Sin embargo, y pese a que no cabe duda de la cobertura y el alcance que han tenido las ETN en el mundo, no existe una definición consensuada entre los diferentes países -ni mucho menos entre los diferentes actores internacionales- respecto de las mismas. Incluso, en la actualidad, no existe un consenso terminológico, y se suele utilizar de manera equivalente los prefijos “trans”, “multi”, “pluri”, “supra” e “inter”¹⁷, para referirse a ellas.¹⁸ Esta discrepancia nominativa viene a reflejar la complejidad de su naturaleza jurídica, la constante mutabilidad y la dificultad de adecuar los instrumentos conceptuales a las nuevas realidades empresariales.¹⁹

Consecuentemente, y ante la inexistencia de una delimitación de su concepto que sea universalmente aceptada, diversas instituciones públicas, organizaciones internacionales, foros académicos e investigadores reconocidos, entre otros, han esbozado lo que a su juicio sería una definición de ETN.

Así, el concepto de empresa multinacional aparece por primera vez a principios de los años sesenta, concretamente en una ponencia elaborada por David E. Lilienthal, en la que define a estas empresas como:

¹⁶ Son factores de producción los bienes (capital), la mano de obra y los recursos naturales.

¹⁷ Leandro RUBIO GARCÍA. *Un gran tema de actualidad: Las Empresas Transnacionales*. Revista de Política Internacional N° 151. p. 113

¹⁸ Eventualmente fueron apareciendo diversas formas para denominar a estas compañías: empresa transnacional, empresa global, corporación, firma, empresa multinacional, empresa plurinacional, etc.

¹⁹ Juan HERNÁNDEZ, Erika GONZÁLEZ & Pedro RAMIRO. (2012). *Diccionario Crítico de Empresas Transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Editorial Icaria. Madrid, España. p. 18

“las (empresas) que tienen su sede en un país, pero operan y funcionan de acuerdo a las leyes de otros países”.²⁰

Posteriormente, en 1962, la revista *Business Week*²¹ publicó un informe en el cual recogía el término “multinacional” y lo desarrollaba de manera tal que, para referirnos a las empresas multinacionales, estas debían de contar con tres características: i) tener alguna forma de inversión directa en al menos un país extranjero; ii) que la dirección de la empresa asuma la responsabilidad de las operaciones en el extranjero; y, iii) que las decisiones se tomen en función de las alternativas previstas en cualquier lugar del mundo.

El rango de definiciones también abarca a aquellas elaboradas por entidades supranacionales. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, ha señalado que:

“Una ETN está constituida por una sociedad matriz, creada de conformidad con la legislación de un país determinado, que se establece en otros países mediante inversiones directas, creando sociedades locales, o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped”.²²

Las Naciones Unidas (NU) también se han pronunciado al respecto, a través de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la cual adoptó en el año 2003 las “Normas de Derechos Humanos para Empresas”. En el citado documento se señala que, por ETN se entiende:

“una entidad económica que realiza actividades en más de un país, o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera

²⁰ Juan HERNÁNDEZ, Erika GONZÁLES & Pedro RAMIRO. Opt. Cit. p. 18

²¹ Revista *Business Week*, del 20 de abril de 1962.

²² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Caso 270/83 – *Comisión de las Comunidades Europeas vs República Francesa*. Sentencia de 28 de enero de 1986. Fundamento de Derecho 10.

que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente”.²³

Las definiciones académicas también han dado su aporte; según Vagts Detlev, reconocido abogado internacionalista, la ETN es:

“una corporación que desarrolla sus actividades en diversos países, integrada por lazos de propiedad común y respondiendo a una estrategia de gestión común”.²⁴

Si bien a lo largo de los años se han elaborado múltiples definiciones, existen distintos criterios²⁵ que, tomados aisladamente o combinados entre sí, son utilizados por los autores en general para definir a las ETN. De acuerdo a estos, las ETN pueden agruparse en cinco condiciones principales:

- a) Criterio de realización de inversiones directas en el extranjero: ETN es la que efectúa, de una forma u otra, inversiones directas en más de un país, concibiendo sus operaciones en una perspectiva internacional.
- b) Criterio de dominio y control: ETN es la que posee o controla instalaciones productivas en más de un país.
- c) Criterios cuantitativos: Aquí existe un amplio rango de sub-criterios. Algunos autores²⁶ señalan que una ETN será tal, siempre que realice más del cincuenta por ciento de sus ventas en el exterior. Por otro lado, hay quienes señalan que, se podrá hablar de ETN, siempre que estén orientadas internacionalmente o tengan operaciones exteriores significativas. Para tales efectos, tampoco existe consenso respecto de los indicadores cuantitativos a utilizar.

²³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (2003). *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Definiciones. Num. 20. En: <http://www.umn.edu/humanrts/links/Snorms2003.html>.

²⁴ Detlev Frederick VAGTS. (1970). *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*. Harvard Law Review. V-83. pp. 745-746

²⁵ Leandro RUBIO GARCÍA. Opt. Cit. p. 113

²⁶ Charles P. KINDLEBERGER. (1969). *American Business Abroad. Six Lectures on Direct Investment*. Yale University Press. New Haven, USA.

- d) Criterio de gestión y organización mundial: Una ETN lo será si reúne estas dos condiciones: i) que tenga un considerable número de operaciones en dos o más países, arraigando su mantenimiento y crecimiento en más de un país; ii) que su dirección tome decisiones fundándose en las alternativas multinacionales, con una perspectiva global.

Como se deduce de lo observado, existe una gran variedad de definiciones respecto de lo que es una ETN, pero, a la vez, existen algunas características comunes a ellas que se repiten entre estas definiciones. Por ello, y con la intención de unificar a las ETN bajo una sola definición, consideramos apropiado utilizar el concepto desarrollado por John Ruggie -el RE- quien por los años de investigación en la materia y la consiguiente elaboración de los PR, contempla una definición más inclusiva, desarrollada y actualizada de lo que es una ETN. De esta manera, él sostiene que:

“...por empresas multinacionales (ETN), me refiero a las empresas que llevan a cabo negocios en más de un país, ya sea como: empresas integradas verticalmente; empresas conjuntas; grupos empresariales; empresas transfronterizas; redes de producción; alianzas; empresas comerciales; o a través de relaciones contractuales con proveedores off-shore²⁷ de bienes o servicios”.²⁸

1.2.2 Evolución y alcance de las ETN: nuevas figuras jurídicas como consecuencia de la globalización

Como ya se ha mencionado, la liberalización del comercio y de las finanzas a nivel internacional, y la apertura de nuevos mercados, representaron una oportunidad de expansión para las empresas. Estas, vieron la posibilidad de reducir sus costos trasladando los factores de producción de manera transfronteriza, y adecuándolos a realidades menos gravosas económicamente. Con el impulso globalizador, las empresas entraron en una dinámica de deslocalización del proceso productivo, segmentando internacionalmente cada

²⁷ Se les denomina “off-shore” a las sociedades que se constituyen fuera del país de residencia.

²⁸ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxxi

etapa del mismo. Ello trajo como consecuencia que, las empresas, ahora internacionalizadas, tuviesen que recurrir a un gran número de figuras legales para poder llevar a cabo sus operaciones en los países donde deseaban establecerse.

Fueron los Estados, quienes crearon estas ficciones legales con la intención de ofrecer un marco jurídico más cómodo y accesible para la inversión extranjera. Sin embargo, la realidad política, económica y legislativa entre Estados no suele ser la misma, y tiende a diferir en algunos aspectos.

Particularmente, en el caso del Estado peruano, la Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras, sostiene que, es el Estado quien promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación vigente.²⁹ No obstante, para efectos de la presente investigación, desarrollaremos conceptualmente aquellas figuras jurídicas empresariales de mayor recurrencia en el Perú, las cuales son las siguientes:

- a) **Filiales:** No reciben un tratamiento normativo expreso por la Ley General de Sociedades peruana, sino que su conceptualización parte de la costumbre comercial. Las filiales son establecimientos que actúan de manera dependiente de una persona jurídica matriz, pero a diferencia de las sucursales, éstas cuentan con personería jurídica propia, distinta de la empresa principal.³⁰
- b) **Sucursales:** Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual, una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente respecto de su principal. Está dotada de

²⁹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 662 – *Ley de Promoción de la Inversión Extranjera*. Título I. Artículo 1. Año 1991. Perú. En: <http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/Per/dl662.pdf>

³⁰ Javier ALCÁNTARA. (2013). E-boletín legal de Derecho Corporativo. CORP. Año III, N° 13. Iriarte y Asociados. Lima, Perú. En: <http://www.iriartelaw.com/sites/default/files/boletin-co-13.pdf>

representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito que la principal le asigne.³¹

- c) **Consortios:** Es el contrato por el cual dos o más personas (jurídicas) se asocian para participar de forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.³²
- d) **Joint Venture:** El *joint venture* hace referencia a una modalidad de colaboración empresarial conocida como “empresa de riesgo compartido”. Es una forma de cooperación empresarial en un contexto competitivo que actúa como una asociación empresarial estratégica entre dos o más empresas nacionales y/o extranjeras, que, mediante la integración, interacción y complementariedad de sus actividades y recursos, buscan alcanzar propósitos comunes.³³ Es una forma asociativa que no requiere la creación de un sujeto de derecho y, generalmente, este tipo de contratos existe para un período de tiempo determinado. En el caso peruano, el *joint venture* se utiliza comúnmente en el sector minero, en un intento de las mineras pequeñas para captar más capital.
- e) **Asociaciones Público Privadas (APP):** Al respecto, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada en el Perú (ProInversión) ha señalado que estas son modalidades de participación de la inversión privada en la cual se incorpora experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos -preferentemente privados- con el objeto de desarrollar, crear, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o desarrollar proyectos de investigación

³¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley N° 26887. *Ley General de Sociedades*. Artículo 396°. Perú. En: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Ley%20No%20-%2026887_SP.pdf

³² CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley N° 26887. *Ley General de Sociedades*. Artículo 445°. Perú. En: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Ley%20No%20-%2026887_SP.pdf

³³ Raúl MAGUIÑA. *Joint Venture: Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú*. Notas Científicas. Lima, Perú. Vol. (7). En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/Vol7_n1/pdf/joint.pdf, p. 74

aplicada o innovación tecnológica.³⁴ Las APP se ejecutan bajo la modalidad de concesión, operación, gerencia, *joint venture* u otra permitida por ley.

Las definiciones desarrolladas resultan útiles para entender la complejidad de la red jurídica global que ha planteado la internacionalización de las empresas. El RE ya se ha referido a los nuevos retos jurídicos que ello implica cuando señala que:

“...las ETN actúan como entidades o grupos globalmente integrados, pero legalmente, la sociedad matriz y cada filial se construyen como un entidades jurídicas separadas, sujetas a la jurisdicción legal en la que están incorporados. Por lo tanto, la sociedad matriz no es generalmente responsable de los daños cometidos por una filial, incluso cuando es el único accionista.”³⁵

Esta situación hace extremadamente difícil que cualquier jurisdicción pueda regular, de manera general, las actividades que desarrollan las ETN. Como resultado de ello, las víctimas de violaciones de derechos humanos muchas veces no reciben una reparación justa o proporcional al daño, ya que la responsabilidad de las filiales no se extendería a la casa matriz del grupo empresarial.

1.2.3 La subjetividad internacional de las ETN

A medida que el poder de las ETN fue ganando mayor alcance, también fue creciendo su influencia en la vida política, económica y social de los Estados. Actualmente, la presencia de las ETN como factor relevante en dichos ámbitos es incuestionable; al punto que, un movimiento brusco en sus políticas corporativas puede incidir en las prácticas de sus cadenas de producción y distribución (así como en la vida de los consumidores), y generar consecuencias para un gran número de personas y comunidades que, de alguna manera, se encuentran vinculadas a estas.

³⁴ ProInversión. Agencia de Promoción de Inversión Privada – Perú. En: <http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902>

³⁵ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxxiii

En ese sentido, y considerando la deslocalización de las cadenas de producción, tanto las operaciones que las ETN realizan, como las consecuencias de las mismas, tienen una naturaleza internacional evidente, por lo menos en lo que a territorio geográfico se refiere. Adicionalmente, su participación y relevancia en el derecho internacional, se sustenta en el uso de acuerdos cuasi-internacionales³⁶ que expresan su sometimiento al derecho internacional, y que, incluso, supeditan las controversias a tribunales arbitrales internacionales. Asimismo, debido a su influencia en la estructura de las relaciones internacionales, las ETN algunas veces intervienen en procesos de creación jurídica del derecho internacional.³⁷ Sin embargo, a pesar de todo ello, la corriente mayoritaria en la doctrina parece convenir que las ETN son actores con personalidad jurídica interna, y no sujetos de derecho internacional.

Existe, en efecto, en la comunidad internacional y en el mundo académico, un consenso mayoritario respecto de las cualidades que debe tener un sujeto de derecho internacional para ser reconocido como tal. Bajo su entendimiento, serán sujetos de derecho internacional aquellas entidades que son destinatarias directas de las normas jurídicas internacionales y que, además, cuentan con un grado de capacidad para reclamar frente a la violación de sus derechos y para responder por el incumplimiento de sus deberes.³⁸ Hoy en día, la comunidad internacional reconoce dichas atribuciones y, por ende la calidad de sujeto de derecho internacional, a los Estados, las organizaciones internacionales y el individuo³⁹, en mayor o menor medida.⁴⁰

³⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 662 – *Ley de Promoción de la Inversión Extranjera*. Artículo 10: Convenios de Estabilidad Jurídica. Año 1991. Perú. En: <http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/Per/dl662.pdf>

³⁷ John RUGGIE. *Opt. Cit.* p. 17

³⁸ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU & Alain PELLET. (2009). *Droit International Public*. Octava edición. París, Francia. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. p. 445

³⁹ Elizabeth SALMÓN. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial de la PUCP. Primera Edición. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Lima, Perú. p. 58-59

⁴⁰ Como destinatarios de derecho internacional, los sujetos de derecho internacional, lo serán de manera amplia o limitada en función de los derechos y deberes de los cuales se encuentran atribuidos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo mencionado, resulta pertinente señalar la existencia de una doctrina que cada vez va ganando más adeptos, y la cual tiene como postulado el hecho de que en la actualidad las ETN son cada vez más relevantes en la “arena internacional”, al punto que, no pueden ser ignoradas al relacionarse con otros actores internacionales. Una evidencia fáctica de estos postulados sería la existencia de los referidos acuerdos entre las ETN y los Estados.

Quienes respaldan esta tendencia, señalan que, a través de la suscripción de tales acuerdos, se va a derivar de la voluntad del Estado firmante, la personalidad jurídica de las ETN, quedando limitada a los derechos y obligaciones contractuales. Bajo esa lógica, estaríamos frente a una personalidad limitada, ya que sería funcional y relativa, ello al quedar circunscrita al cumplimiento de sus obligaciones y al ser oponible solo al Estado que la hubiese reconocido, respectivamente. Se trataría, en definitiva, de una subjetividad menor y derivada.⁴¹

No obstante, para efectos de la investigación, adoptaremos la posición de la doctrina mayoritaria, la cual señala que las ETN, pese a su ya resaltada influencia en la arena internacional, y a las facultades legales de las que está provista para hacer valer sus derechos frente a los Estados, no son sujetos de derecho internacional a la luz del derecho internacional público actual.

Por lo demás, queda la interrogante de si conviene reconfigurar la calidad de sujeto de derecho internacional, sobre todo ante los retos que plantean las nuevas realidades que ha traído consigo la globalización. Sin embargo, ello no es materia del presente trabajo.

1.3. Inversión

1.3.1 Concepto

Si las ETN carecían de una definición uniforme en los instrumentos internacionales, el concepto de inversión resulta aún más complejo. La inversión ha sido definida de muchas maneras y a través de distintos instrumentos, ya sean

⁴¹ Cfr. Andreas PAULUS. (2001). *Die internationale emenschaft in Völkerrecht*. C.H.Beck; Auflage: 1 p. 227

estos unilaterales, bilaterales o multilaterales. Su definición tenderá a ser más amplia (basada en activos) o más restringida (basada en la empresa) dependiendo de la normativa propia de la entidad que la aborde. En ese sentido, cada Estado, organización internacional, foro multilateral u organismo especializado, desarrolla una definición de inversión de acuerdo a sus propios intereses o a los fines y objetivos sobre los cuales se han constituido y/o apuntan.

Así, por ejemplo, las Comunidades Europeas remitieron al Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones de la OMC una declaración en el año 2002, señalando como posibles elementos de una definición de “inversión” en un marco multilateral sobre inversiones, los siguientes: empresas de inversión directa; transacciones de capital de inversión directa, e; inversionistas extranjeros directos.⁴²

La Comunidad Andina de Naciones, por su parte, detalló que entenderá por inversión:

“los aportes provenientes del exterior de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible, o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios”.⁴³

Algunos acuerdos de libre comercio también han contemplado su propia definición, siendo esta algunas veces más amplia, y otras, más restringida. El TLC que suscribió el Perú con Estados Unidos es un buen ejemplo de ello. En dicho tratado se define a la inversión como:

“todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga (...) características tales como el compromiso de

⁴² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros. Documento conceptual sobre la definición de inversión.* WT/WGTI/W/115. 16 de abril de 2002. En: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_113944.pdf

⁴³ COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 291. *Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.* Cap. 1. Artículo 1. Definiciones. En: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can009es.pdf>

capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual”.⁴⁴
(Subrayado propio)

Las definiciones anteriores han sido desarrolladas por organismos internacionales o acuerdos comerciales bilaterales, sin embargo, el Estado peruano recoge su propia definición de “inversión” en la Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras, la cual sostiene que:

“serán inversiones (extranjeras) las provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta⁴⁵, (...) y siempre que esta se realice a través de una de las modalidades señaladas en una lista taxativa.⁴⁶

Dado que el presente trabajo está orientado concretamente sobre la realidad peruana, esta será la definición que acogeremos.

⁴⁴ Tratado de Libre Comercio Perú - Estados Unidos. (2006/2009). Capítulo Diez: Inversión, Sección C: Definiciones. “Inversión”. En: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80

⁴⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 662 – *Ley de Promoción de la Inversión Extranjera*. Título 1. Artículo 1. Año 1991. Perú. En: <http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/Per/dl662.pdf>

⁴⁶ Modalidades de inversión extranjera de acuerdo a la Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras: a) los aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras; b) las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior; c) la conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones; d) las reinversiones; las inversiones en bienes ubicados físicamente en territorio de la República; e) las contribuciones tecnológicas intangibles (marcas, modelos industriales, asistencia técnica); f) las inversiones destinadas a la adquisición de títulos; g) los recursos destinados a contratos de asociación en participación, y; h) cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.

1.3.2 Inversión Extranjera Directa (IED)

A pesar de que, como ya hemos señalado, la inversión extranjera tiene diferentes definiciones y alcances, a grandes rasgos, existen tres modalidades: inversión indirecta, inversión de portafolio e inversión directa (IED).⁴⁷

Se consideran como inversiones indirectas todos los actos o contratos por medio de los cuales el inversionista realiza un aporte tangible o intangible a una empresa sin llegar a tener participación accionaria en todo o en parte de ella, siempre y cuando las rentas que la inversión genere para su propietario dependan de las utilidades generadas por la empresa.

Por otra parte, se consideran como inversiones de portafolio, las inversiones en acciones y bonos obligatoriamente convertibles en acciones y otros valores negociables en bolsas de valores.

Finalmente, se consideran como IED las siguientes: aportes provenientes del exterior; de propiedad de personas extranjeras; el capital de una empresa; y la adquisición, con ánimo de permanencia, de participaciones, acciones o cuotas en el mercado de valores.⁴⁸

Dada la relación inherente entre lo que se entiende por IED y cómo es que las ETN se establecen en los países huéspedes y generan vínculos comerciales y financieros, esta será la modalidad de inversión analizada en la investigación.

1.3.3 Indicadores que direccionan la inversión

Las ETN suelen ser muy cuidadosas respecto de hacia donde direccionan su inversión. Como premisa general sostienen que un buen clima para sus inversiones en países huéspedes debe constar básicamente de dos factores: en primer lugar, bajos costos administrativos (permisos y licencias), laborales y tributarios para el desarrollo efectivo de sus operaciones, y; en segundo lugar, un

⁴⁷ Ruiz FONSECA & Andrés FERNANDO. (2001). *Tipos de inversión extranjera*. Publicado el: 29-07-2017, de Gestipolis. En: <http://www.gestipolis.com/tipos-inversion-extranjera/>

⁴⁸ Ruiz FONSECA & Andrés FERNANDO. *Ibid.*

marco político, jurídico y económico estable.⁴⁹ La estabilidad en estos ámbitos es fundamental para las inversiones, ya que son un sinónimo de garantía de que las “reglas del juego” no van a cambiar o, por lo menos, no va a ser así durante un largo tiempo.

Actualmente existen instituciones internacionales y entidades estatales que se encargan de publicar indicadores, los cuales, a través de datos estadísticos, no solo muestran cual es el perfil económico de los países, sino que también, cual es la condición en la que se encuentran las variables políticas y sociales que podrían representar un riesgo para la estabilidad del país en cuestión y, por ende, para las posibles inversiones. Los inversionistas, en su empeño por reducir los riesgos, buscan países que tengan un sólido marco para la inversión extranjera y sectores atractivos para invertir, pero, sobre todo, sus decisiones se ven influenciadas por las credenciales macroeconómicas con la que se presentan los mercados internacionales.⁵⁰

Los principales indicadores que observan los inversionistas son los macroeconómicos, pues estos les permiten tener un panorama claro del enfoque económico internacional que han adoptado los países, y cuál es el trato que estos tienen para con las inversiones extranjeras. Dentro de los más importantes se encuentran los siguientes: Producto Bruto Interno (PBI); crecimiento económico; flujo de inversión directa; dinamismo del intercambio comercial; (bajas) tasas de inflación; tipos de cambio (estables); anuncios de (proyectos) de inversión; reservas internacionales con las que cuenta un país, y la calificación del grado de inversión que emiten las agencias internacionales calificadoras de riesgo:⁵¹

⁴⁹ Kusi HOMBERGER. (2011). *Attracting FDI: How much does Investment climate matter?* Publicado como World Bank Group – View point: Public policy for the private sector. En: <http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/327-Attracting-FDI.pdf>

⁵⁰ Paulo ELICHA & Kangning XU. (2012). *Attracting Foreign Direct Investment in Developing Countries. Determinants and Policies – A Comparative Study between Mozambique and China.* En: <file:///C:/Users/home/Downloads/1852-5822-1-SM.pdf>

⁵¹ Las agencias internacionales de calificación de riesgo realizan la investigación financiera internacional y el análisis de las entidades comerciales y gubernamentales. Las cinco agencias internacionales más importantes son: *Moody's Corporation*; *Standard y Poor's*; *Fitch Ratings*, *Dominion Bond Rating Service* y *NICE*.

Tabla 1. Calificaciones de la deuda soberana

Calidad	Moody's Investors	Standard & Poors	Fitch Rating
Máximo grado de inversión	Aaaa	AAA	AAA
Grado de inversión alto	Aa1	AA+	AA+
	Aa2	AA	AA
	Aa3	AA-	AA-
Grado de inversión medio	A1	A+	A+
	A2	A	A
	A3	A-	A-
Grado de inversión bajo	Baa1	BBB+	BBB+
	Baa2	BBB	BBB
	Baa3	BBB-	BBB-
Grado de no inversión	Ba1	BB+	BB+
	Ba2	BB	BB
	Ba3	BB-	BB-
Altamente especulativo	B1	B+	B+
	B2	B	B
	B3	B-	B-
Riesgo sustancial	Caa1	CCC+	CCC
Extremadamente especulativa	Caa2	CCC	
Pocas Perspectivas de Recuperación	Caa3	CCC-	CCC
	Ca	CC	
		C	
Impago	C	D	DDD
			DD
			D
Calificación del Estado peruano	A3⁵²	A-/BBB+⁵³	BBB/BBB-⁵⁴

Las agencias calificadoras de riesgo determinan el llamado “Riesgo Soberano” o “Riesgo País”. El concepto de Riesgo País alude a la repercusión potencialmente adversa del ambiente de un país sobre los flujos de inversión de las ETN. El análisis del riesgo del país no está restringido a pronosticar crisis importantes. Se usa para mejorar el análisis en la toma de decisiones de inversión a largo plazo o

⁵² EL PERUANO. *Moody's mantiene la calificación del Perú*. Fecha de publicación: 24/08/2017. Fecha de consulta: 11/09/2017. En: <http://www.elperuano.pe/noticia-moody%E2%80%99s-mantiene-calificacion-del-peru-58719.aspx>

⁵³ DIARIO GESTIÓN. *S&P mantiene en BBB+ calificación crediticia del Perú con perspectiva estable*. Fecha de publicación: 14/06/2017. Fecha de consulta: 11/09/2017. En: <http://gestion.pe/economia/sp-mantiene-calificacion-credicia-peru-perspectiva-estable-2192562>

⁵⁴ DIARIO GESTIÓN. *Fitch: El grado de inversión de Perú se mantiene estable*. Fecha de publicación: 11/09/2017. Fecha de consulta: 11/09/2017. En: <http://gestion.pe/noticia/307229/fitch-grado-inversion-peru-se-mantiene-estable>

de financiamiento.⁵⁵ Para poder determinar el Riesgo País las agencias clasificadoras utilizan diversos factores, teniendo cada una de ellas su propia formula. No obstante, dentro de los factores más recurrentes para su determinación se encuentran los siguientes:

- **Factores Políticos – Sociales:** debilidad institucional, burocracia, marco regulatorio, ambiente cultural, restricciones a la movilidad de los fondos y restricciones a la convertibilidad de la moneda.
- **Factores Económicos - Financieros:** crecimiento y recesión, inflación, tipo de cambio, tasas de interés, contaminación regional.

Además de las agencias clasificadoras de riesgo, a nivel internacional, existen organizaciones e instituciones internacionales que también se encargan de emitir informes periódicos en los cuales analizan el clima económico y político para las inversiones. Algunas de estas son: el Fondo Monetario Internacional (FMI); el Foro Económico Mundial (World Economic Forum); la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); entre otros.

A nivel nacional, entidades como el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Instituto Nacional de Estadística (INEI), e incluso, la Defensoría del Pueblo⁵⁶ (DP), emiten data importante de manera periódica, la cual desarrolla los factores antes señalados.

1.4 Derecho blando o “soft law”

Los Estados han abordado las responsabilidades internacionales de las ETN respecto de los derechos humanos de manera más “práctica” a través de los instrumentos jurídicos no vinculantes. El *soft law* es “blando” en el sentido de que no genera por sí mismo obligaciones jurídicamente vinculantes. Deriva su fuerza

⁵⁵ Jeff MADURA. (2009). *Administración Financiera Internacional*. Florida Atlantic University. Novena Edición. DF, México: Ceage Learning Editores. p. 441.

⁵⁶ La Defensoría del Pueblo emite periódicamente reportes en los que detalla indicadores de conflictividad social en el país. Estos resultan relevantes para los inversionistas (ETN) en su deseo de buscar estabilidad no solo política y económica, sino también social, para desarrollar sus operaciones de mediano y largo plazo.

normativa a través del reconocimiento de las expectativas sociales por los Estados y otros actores clave.⁵⁷

Son varias las razones por las cuales los Estados pueden recurrir al derecho blando: trazar las posibles orientaciones futuras y llenar las lagunas del ordenamiento jurídico internacional cuando aún no se esté en condiciones de adoptar medidas más firmes o no se desee hacerlo; cuando se concluya que el mecanismo jurídicamente vinculante no es la mejor herramienta para abordar una cuestión en particular, o; evitar que medidas más vinculantes ganen impulso político.⁵⁸

En el ámbito de la relación de las ETN con los derechos humanos, los instrumentos de *soft law* han sido la carta por excelencia. Estos han sido elaborados tanto por organismos internacionales como en foros multilaterales, y se han materializado a través de guías, directrices o códigos de conducta que definen buenas prácticas corporativas y alientan a la comunidad internacional en su conjunto, y a la comunidad empresarial específicamente, a adoptarlos. Dichos instrumentos han sido amplios y han pretendido abarcar la temática de manera integral, pero otros han apuntado a sectores económicos concretos o circunstancias puntuales en las que las empresas desarrollan sus operaciones, siendo bastante más específicos. Los instrumentos de *soft law* más importantes que abordan la cuestión de las ETN y los derechos humanos han sido fruto de deliberaciones en el seno de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

2. Enfoques Teóricos

Debido a que la presente investigación incide en la relación de las ETN con los derechos humanos, estaríamos frente a la interacción de dos ámbitos que se han encontrado más de una vez en lados antagónicos de la historia; y que además, se

⁵⁷ John RUGGIE. Opt. Cit. pp. 45-46

⁵⁸ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 46

han desarrollado de manera paralela, con las eventuales fricciones que ello ha conllevado.

Así, por ejemplo, el tráfico de esclavos entre los siglos XVI y XVIII, fue un fenómeno transfronterizo dramático desde el punto de vista de los derechos humanos, pero -seguramente-, muy lucrativo desde la perspectiva de la *Royal African Company*; compañía privilegiada⁵⁹ inglesa dedicada al comercio de esclavos africanos. En ese sentido, una vez abolida la esclavitud, no faltó quien criticara esa acción y argumentara que tal medida era restrictiva del comercio. Estas compañías privilegiadas, debido a la escala geográfica de las actividades que desarrollaban, pueden ser entendidas como las primeras ETN de la historia.

Como se puede observar, la historia nos muestra la tensión subyacente entre el enfoque mercantilista, por un lado, y el de los derechos humanos, por el otro. Aún en la actualidad, el cinismo que muestra la humanidad frente a ambas corrientes es evidente, por ejemplo, en la evolución de conflictos armados como los que se desarrollan en la región del Medio Oriente, particularmente en Siria. Bajo ese escenario, queda claro el papel que cumplen las ETN en la producción de armas; las cuales, debido a su naturaleza, están destinadas a generar el mayor daño al enemigo, aun cuando existan normas de derecho internacional humanitario que traten de evitar daños “innecesarios”.

2.1. Los derechos humanos a través de las teorías de las relaciones internacionales

Si bien es pertinente señalar que los derechos humanos son reconocidos formal e internacionalmente como tales a partir del año 1948⁶⁰ con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya habían existido declaraciones similares⁶¹

⁵⁹ Las compañías privilegiadas se caracterizaron por contar con un capital social dividido en acciones y requerir la autorización legal que sancionaba su creación, así como la aprobación de un régimen de privilegios con el que iba a operar (Rodríguez García, 2005, p. 19).

⁶⁰ Incluso esto es debatible, ya que los Juicios de Nuremberg que se llevaron a cabo durante 1945 y 1946 desarrollaron conceptos como crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

⁶¹ Algunas declaraciones previas a la Declaración Universal de Derechos Humanos: Declaración de Virginia, sancionada el 20 de junio de 1776; Declaración de Independencia de los Estados

a partir del siglo XVIII, en las que se mencionaban conceptos como “libertad”, “igualdad” o “derechos naturales inherentes”. Estas declaraciones, a pesar de no contar con el patrocinio internacional, sin duda, representaron la etapa germinal del desarrollo progresivo de los derechos humanos.

Los DDHH son un fenómeno cuyo reconocimiento y desarrollo se da en el ámbito multilateral; en ese sentido, y atendiendo a su vocación de universalidad, representan un fenómeno internacional. Sin embargo, el modelo que se originó a partir de la Paz de Westfalia garantizó a cada Estado el derecho a gobernar en sus propios territorios y, a través de esta facultad, se consagró la independencia de cada entidad estatal respecto de las demás. Consecuentemente, los Estados gozan de jurisdicción exclusiva –llamada jurisdicción doméstica- sobre su territorio y los individuos que en él habitan.

El surgimiento y desarrollo del sistema de las Naciones Unidas no alteró en forma fundamental la lógica y estructura del sistema westfaliano. Sin embargo, con el correr del tiempo, ha ganado terreno la tesis que sostiene que los derechos humanos han dejado de ser un tema de política interna para convertirse en uno de carácter internacional.⁶² En efecto, la globalización trajo consigo la expansión transfronteriza de las realidades sociales, las cuales no solo abrieron nuevos espacios en los distintos campos del desarrollo humano (tecnológico, legal, cultural), sino que, también, muchas veces generaron colisiones (culturales, económicas, sociales y políticas) con consecuencias lamentables en lo que a derechos humanos se refiere.

Bajo este contexto, e insertándonos en el campo de la disciplina de las relaciones internacionales, el cual ha sido dominado mayoritariamente por los realistas y los neo-realistas, los derechos humanos han tenido una baja densidad en el núcleo

Unidos, del 4 de julio de 1776, y; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789.

⁶² Carlos A. JUAREZ. (2008). *Derechos humanos y relaciones internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales*. Anuario del CIJ. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29604.pdf> p. 357

duro de la disciplina y de los teóricos de las relaciones internacionales.⁶³ El realismo, al conferir el título de actor más relevante en la política internacional al Estado, se ha visto resentido en sus fundamentos por el desarrollo progresivo de los derechos humanos que, en esencia, ha terminado por empoderar al individuo y erosionar la soberanía estatal, implicando el traspaso de sus atribuciones en este ámbito -protección y garantía de los DDHH- a tribunales internacionales⁶⁴, con la capacidad de juzgar y sancionar a los propios Estados ante el incumplimiento de sus obligaciones. Tal como lo menciona López Pacheco:

“el principio básico que guiaba las relaciones internacionales hasta bien entrado el siglo XX era la regulación de relaciones entre Estados soberanos. Pero en las últimas décadas de ese siglo, ese principio fue socavado y cuestionado a través de la inclusión de los individuos en las provisiones del derecho internacional”.⁶⁵

En esa línea, toda vez que la corriente realista suele priorizar a los Estados como principales actores en el escenario internacional, en la actualidad, la promoción y la protección de los derechos humanos es fomentada por actores internacionales no estatales. Ello, que se explica en gran medida por la reticencia de los Estados a obligarse internacionalmente, genera ciertos vacíos fundamentales en la teoría realista al momento de abordar el fenómeno de los derechos humanos.

Precisamente, los derechos humanos, al ser un fenómeno relativamente nuevo, por largo tiempo no ha estado en la agenda internacional de los Estados, por lo que, en muchos casos, las teorías de relaciones internacionales han resultado hasta cierto punto insuficientes para explicar su dinámica. Si a ello agregamos la constante evolución en la que se encuentran, resulta aún más complicado explicar su desarrollo e incidencia a través de los compartimentos estancos de las teorías clásicas de relaciones internacionales. Como bien señalan los internacionalistas:

⁶³ Carlos A. JUAREZ. Opt. Cit. p. 361

⁶⁴ Los individuos podrán recurrir a los tribunales internacionales solo una vez agotada la vía de los recursos internos, la cual siempre deberá contemplar las garantías de un procedimiento justo y de un debido proceso.

⁶⁵ Jairo Antonio LÓPEZ PACHECO. (2015). *Derechos humanos y activismo legal transnacional. Estrategias de las ONG en México y Colombia*. Perfiles Latinoamericanos. DF, México: FLACSO México.

“...el problema de gran parte de la teoría de las relaciones internacionales es que no presentan un propulsor del cambio, o que éstas han perdido fuerza explicativa y son incapaces de dar cuenta de los orígenes o la naturaleza de la transformación internacional”.⁶⁶

Sin embargo, existen excepciones respecto de esta premisa, las cuales han sido desarrolladas por algunos marcos teóricos como el liberalismo institucional.

En efecto, uno de los argumentos más potentes del liberalismo institucional tiene que ver con lo expuesto en la década de los 40's por David Miltrany, quien argumentaba que el objetivo de la cooperación transnacional era la resolución de problemas comunes.⁶⁷ En ese sentido, y siguiendo el concepto de “ramificación de la cooperación” de Dunne, la probabilidad de que la cooperación en un sector pueda llevar a los gobiernos a extender el rango de colaboración a otros sectores siempre será alta.⁶⁸ Esta es una premisa muy válida para el tema que nos atañe, puesto que lo que se pretende, es regular internacionalmente las actividades de las ETN desde un enfoque de derechos humanos; vale decir, extender la cooperación de un sector a otro.

Otro de los puntos centrales del liberalismo es el hecho de que esta corriente tiende a rechazar el supuesto realista de la visión estatocéntrica del sistema internacional. Para los liberales institucionalistas, la política internacional ya no es una arena exclusiva de los Estados⁶⁹, en el entendido que son otros actores los que van cobrando mayor relevancia. Tal apreciación cabe en la lógica de la promoción y protección de los derechos humanos, en donde las ONG y las organizaciones internacionales han cobrado una importancia indudable. De hecho, tanto el enfoque que sostienen los PR como el futuro instrumento internacionalmente vinculante sobre empresas y derechos humanos, se gestan y se desarrollan en el marco de la organización multilateral más amplia y significativa a nivel mundial:

⁶⁶ Margaret KECK & Kathryn SIKKINK. (1999). *Redes Transnacionales de Cabildeo e Influencia*. En: Foro Internacional. pp. 406-407

⁶⁷ David MILTRANY. (1948). *The functional approach to World organization*. International Affairs. Royal Institute of International Affairs. Volume 24, Issue 3. p. 363

⁶⁸ Tim DUNNE & Brian SCHMIDT. Opt. Cit. p. 169

⁶⁹ Tim DUNNE & Brian SCHMIDT. Opt. Cit. p. 170

la Organización de las Naciones Unidas. Es evidente, entonces, que el enfoque teórico debe empezar a construirse desde el campo de la cooperación, y no del conflicto.

2.2 Las ETN a través de las teorías de las relaciones internacionales

El carácter estatocéntrico de la teoría realista, como ya ha sido señalado, no permite que esta corriente pueda abordar de manera adecuada realidades fluctuantes y cambiantes en un tiempo que parece correr cada vez más de prisa. Existe un número creciente de centros de poder que responden a una expansión de la sociedad civil, por lo tanto, la agenda internacional es menos rígida que hace cien (o doscientos) años. Actualmente, es más fragmentada, dinámica, multipolar y compleja, lo que brinda plataformas y estrados de diferentes niveles, en donde los nuevos actores internacionales pueden tener una capacidad de participación cada vez mayor. De hecho, el poder de las ETN ha crecido de manera tal, que -a merced de la teoría realista- puede desestabilizar Estados, o infiltrarse en sus aparatos de control, a través del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos que fuesen a postular a los altos cargos del gobierno. Al respecto, la definición que Barbe diera en 1995 parece calzar de manera precisa con las prerrogativas propias de las ETN:

“unidad del sistema internacional que goza de la habilidad para movilizar recursos que le permitan alcanzar sus objetivos; que tiene capacidades para ejercer influencia sobre otros actores del sistema y que goza de cierta autonomía”.⁷⁰

La insuficiencia del paradigma realista empieza a evidenciarse en la década de los 70⁷¹, y nace así, como una crítica del mismo, el transnacionalismo o la teoría de la interdependencia compleja. Esta teoría, sostiene que la política está fundamentalmente conformada por las fuerzas económicas, defiende las

⁷⁰ Ester BARBE. (1995). Relaciones Internacionales. Madrid, España: Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. En: file:///C:/Users/home/Downloads/Barbe-Esther-Relaciones-Internacionales.pdf p. 66

⁷¹ Es durante esta década que se empiezan a fortalecer e introducir actores no estatales en las relaciones internacionales y se diversifican la agenda, las plataformas comunicacionales y los canales de diálogo.

instituciones y las normas internacionales como instrumentos pacificadores y la cooperación como un juego de ganancias absolutas donde todos los que cooperan ganan.⁷²

Este nuevo paradigma aboga por la existencia de una sociedad mundial que emana de la interdependencia y la cooperación creciente entre actores, que, además de factores políticos, se mueven por factores económicos, culturales o tecnológicos. De este modo, el Estado ha atenuado su papel, y trae como consecuencia el desvanecimiento gradual de la división entre el ámbito interno del Estado y el internacional. Las relaciones entre países ya no son solo entre Estados, sino también entre actores económicos.⁷³

La corriente transnacionalista fue desarrollada por Joseph Nye y por Robert Keohane. Ambos coincidían en tanto a la definición de poder y la manera de ejercerlo:

“(poder es) la capacidad de obtener los resultados que uno quiere y, en caso necesario, de cambiar el comportamiento de otros para que esto suceda. Existe, en consecuencia, dos maneras de ejercer el poder: el “poder blando” (*soft power*) o el “poder duro” (*hard power*). El poder blando se basa en la capacidad de organizar la agenda política de forma que configure las preferencias de otros actores, mientras que, el poder duro se basa en llegar al mismo resultado a través de incentivos o amenazas.”⁷⁴

Es, bajo la lógica transnacionalista, que las ETN encuentran una justificación más adecuada y conectada con la realidad. No obstante, ello solo sirve para explicar la existencia de las ETN y su nivel de influencia en la configuración del sistema internacional y sus dinámicas, más no permite abordar propiamente el tema de la investigación: la relación entre los derechos humanos y las ETN. Ello, porque en

⁷² Alejandra RIPOLL. (2007). *La cooperación internacional: alternativa interestatal en el siglo XXI*. Revista de Relaciones Internacionales. Vol. 1 N° 3 Edición: Enero – Julio. Bogotá, Colombia. En: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/76560/ARIPOLL.pdf>

⁷³

⁷⁴ Joseph S. NYE. *El coloso estadounidense, en la paradoja del poder norteamericano*. Madrid: Taurus, 2002, p. 34

principio, nos encontramos frente a dos fenómenos internacionales distintos, aunque relacionados: uno que germina a partir de un enfoque humanista y liberal, y otro, que nace desde un enfoque mercantil, comercial y financiero. Cada uno de ellos encuentra una explicación razonable a partir de las teorías que han sido expuestas: el liberalismo institucional y el transnacionalismo, respectivamente.

2.3 Liberalismo institucional y transnacionalismo

Frente al desarrollo de las teorías internacionales más apropiadas para explicar los fenómenos internacionales que nos incumben, surge la cuestión de cómo es que deben vincularse ambos enfoques. ¿Se trata, acaso, de una relación de subordinación, de complementariedad, o de exclusión?

Al respecto, hemos visto que dicha relación está siendo abordada a partir de los órganos de las NU, particularmente a través del CDH. Este, es un ámbito en donde -per se- prevalece la cooperación, a través del diálogo y la negociación. Es, por lo tanto ineludible, el carácter liberal e institucional de las iniciativas normativas en la materia, trátense de instrumentos de *soft law* o de un tratado vinculante. Si bien, en estos espacios son los Estados quienes tienen la última palabra respecto de que camino toman, no se puede ignorar el trasfondo eminentemente transnacional de la materia objeto de regulación. Como evidencia de esta afirmación, se tienen los informes del GTEDH-PR que promueven el uso y la divulgación de los PR, por un lado, y los informes del GTI que canalizan la pretensión del tratado internacional, por el otro. Ambos grupos, aunque plantean enfoques distintos, para poder elaborar sus informes, han contemplado las opiniones de una gran cantidad de actores internacionales no estatales: ETN, ONG, gremios empresariales, pueblos indígenas, sindicatos, líderes regionales, entre otros. Resulta así evidente la importancia de la teoría transnacionalista en la elaboración de las iniciativas multilaterales al respecto.

Se trataría, por lo tanto, de una relación de complementariedad. Pero no sería una relación que esté libre de tensiones y no merezca ser calibrada. Es precisamente sobre el cómo hacerlo que debemos realizar un análisis más minucioso. En el caso

concreto, según la teoría del transnacionalismo o interdependencia compleja, las ETN se encontrarían incrustadas en el tejido económico transfronterizo de manera tal que los réditos que generan, convienen tanto al Estado nacional en donde están constituidas, como al Estado huésped en donde operan. El impacto que tienen las ETN en el desarrollo económico de los Estados es de “ida y vuelta”, beneficiando –claro, en diferentes dimensiones- a una parte y a la otra.⁷⁵

2.4 Neorrealismo vs neoliberalismo: la correlación de fuerzas

Si bien nos resulta claro el debate “realismo-transnacionalismo”, eventualmente y debido a la elaboración de regímenes internacionales en distintas áreas, este se vio sumergido en un debate aún mayor; el del “neorrealismo-neoliberalismo”.⁷⁶ Las divergencias más relevantes entre ambos enfoques serían -y son a la fecha- las siguientes:

- Los neorrealistas mantienen como premisa que el rol que cumple la anarquía constriñe el comportamiento de los Estados en una medida mayor que la admitida por los liberales.⁷⁷
- Para los neorrealistas, la cooperación internacional es más difícil de lograr y mantener, y depende en gran medida de las relaciones de poder.
- Los neorrealistas consideran que la distribución de capacidades entre los Estados es clave para explicar los esquemas de cooperación, mientras que, los liberales, ponen énfasis en las intenciones.

⁷⁵ Así, por ejemplo, el acceso a la explotación de recursos naturales, trae consigo el beneficio a las ETN de comercializar dichos recursos a precios bajos y generar utilidades, pero, a la vez, trae consigo el beneficio de aumentar las arcas estatales a través de la recaudación de impuestos a las ETN que realizan actividades en su territorio, así como un flujo económico de IED hacia el Estado huésped. De igual manera, el beneficio que tienen las ETN de contar con menores costos laborales en los Estados huéspedes, también se traduce en un beneficio para dichos Estados al ayudarle a reducir la tasa de desempleo en sus territorios, a través de la contratación de sus connacionales. Estos han sido solo dos ejemplos, pero por supuesto, hay muchos más.

⁷⁶ Mónica SALOMÓN. (2002). *La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones*. Revista CIDOB d’Afers Internacionals. N° 56. Barcelona, España. p. 11. En: http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/Salomon.pdf

⁷⁷ Para los liberales, los regímenes y las instituciones internacionales mitigan los efectos constreñidos que la anarquía tiene sobre la cooperación. Sin embargo, los neorrealistas consideran exagerado el papel que los liberales atribuyen a la cooperación. (SALOMON. Opt. Cit. p. 17).

- Finalmente, los neorrealistas sostienen que los Estados, al iniciar la cooperación con otros, buscan ante todo mejorar su posición relativa ante los demás. De ahí que temen que otros Estados puedan obtener ganancias mayores que ellos mediante la cooperación (superarlos en ganancias relativas).⁷⁸

Resulta interesante reconocer que, aún en el neorrealismo, los Estados apuestan a extender sus intereses, pero la misma naturaleza del sistema los obliga a jugar, teniendo en cuenta a los otros competidores, porque el sistema internacional constriñe a actuar a los Estados de determinadas maneras. En esa medida, aunque sea difícil de mantener, los neorrealistas reconocen que la cooperación existe.⁷⁹

Por otro lado, y retornando al tema de las ETN y los derechos humanos, no se puede dejar de notar un detalle fundamental, y es que, este relacionamiento, ha estado históricamente desarrollado a través de los instrumentos de *soft law*; lo que implica que ha prevalecido un trasfondo neorrealista. La elaboración de tales instrumentos y su puesta en práctica ha servido como una manera de “contener” el choque de paradigmas, evitando generar obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para las ETN. En otras palabras, ha sido una manera -desde el enfoque neorrealista-, por parte de aquellos Estados que cuentan con gran número de ETN, de mantener las ganancias relativas que les reporta a dichas ETN no contar con un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

En contraposición, los Estados que no cuentan con muchas ETN y que, por lo general, son fuente de recursos naturales y mano de obra para estas empresas, han optado por una visión liberal institucional, en la que las instituciones internacionales y los regímenes –y por lo tanto, los mecanismos de *enforcement*- pueden controlar los perjuicios de la anarquía y facilitar la cooperación. Es, como señala el neoliberalismo⁸⁰, a propósito de las instituciones internacionales y el desarrollo del derecho internacional, que los países menos poderosos se han empoderado en las mesas de negociación. En efecto, las instituciones

⁷⁸ Texto parafraseado (SALOMÓN. Opt. Cit. p.17).

⁷⁹ Alejandra RIPOLL. Opt. Cit. p. 70-71

⁸⁰ Mónica SALOMÓN. Opt. Cit. p. 17

internacionales permiten a los Estados tomar acciones que de otra forma serían insostenibles, debido a la asimetría de fuerzas entre estos.

3. Antecedentes

3.1 Regímenes de Derechos Humanos

La esencia de los derechos humanos radica en la idea de que cada persona está dotada con una dignidad inherente, que conlleva un conjunto de derechos que permiten desarrollarla. En ese sentido, los instrumentos internacionales de derechos humanos no crean derechos, sino que los reconocen.

En la actualidad, existen básicamente dos tipos de regímenes de derechos humanos, los cuales se sobreponen y abordan la materia a través de un conjunto de instrumentos, ya sea de manera universal o regional. No obstante, el relacionamiento entre las ETN y los derechos humanos no ha sido abordado de manera directa por ninguno de estos regímenes. De hecho, como veremos más adelante, esta relación se ha desarrollado mediante instrumentos de *soft law*.

3.1.1 Universal

El instrumento más importante a nivel internacional fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948. Se trata de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y fue concebida como un “estándar común de logros para las personas de todas las naciones”.⁸¹ Es un documento declarativo, no crea derechos, sino que los reconoce. Los DDHH son inherentes a la persona y no necesitan de un instrumento que los cree.

Adicionalmente, en el año 1966, se adoptaron en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dos tratados internacionales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Tanto el PIDCP como el PIDESC entraron en vigor diez años después de su adopción, convirtiendo con ello en obligaciones internacionales a muchos de los

⁸¹ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxiv

compromisos aspiracionales señalados en la DUDH, para los Estados que los ratificasen. Ambos instrumentos, junto con sus correspondientes protocolos⁸² y la DUDH comprenden lo que se denomina la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Posteriormente, el régimen universal de protección de los derechos humanos ha sido complementado por tratados internacionales temáticos –es decir, que abordan circunstancias concretas- o que apuntan a la protección de grupos sociales determinados que, por su particular condición de vulnerabilidad, han requerido de una normativa específica. Estos son siete: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Sumado a lo anterior, a nivel internacional, la entrada en vigor del Estatuto de Roma en el año 2002, estableció un tribunal internacional (CPI) competente para ver casos relacionados a genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Finalmente, en materia de derechos laborales, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como organismo especializado de las NU que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y a las relaciones laborales, ha desarrollado una serie de convenios⁸³, los cuales reconocen derechos laborales internacionales.

⁸² Protocolo Facultativo del PIDESC de 2008, y el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP de 1966 y el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP de 1989 destinado a la abolición de la pena de muerte.

⁸³ Existen ocho convenios internacionales considerados fundamentales: Convenio N° 29 sobre el trabajo forzoso; Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración; Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo

3.1.2 Regionales

Sin perjuicio del régimen universal de derechos humanos desarrollado líneas arriba, existen regímenes regionales en Europa, África y América. Particularmente, en lo que refiere al Sistema Interamericano, en 1948 se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual –al igual que otros instrumentos de carácter universal- también reconoce la dignidad inherente del ser humano y sus derechos derivados. Posteriormente, en el año 1969, se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸⁴ -Pacto de San José- la cual es uno de los instrumentos básicos del Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, ya que reconoce y desarrolla de manera integral una gama de derechos, que luego serían desarrollados de manera más detallada o transversal por otros instrumentos de carácter temático y específico, también en el ámbito interamericano. Esos instrumentos son los siguientes: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer –Belém do Pará-; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

5.1 Instrumentos de *soft law*: desde el Proyecto de Código de Conducta de la ONU hasta los Principios Rectores

Si bien hemos observado que existen regímenes internacionales de promoción y protección de los derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, lo cierto es que, es potestad exclusiva de los Estados obligarse internacionalmente a

forzoso; Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo; Convenio N° 138 sobre la edad mínima; y Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

⁸⁴ La CADH cuenta con dos protocolos: El Protocolo de San Salvador (1988) y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

sus disposiciones, a través de la ratificación de los instrumentos que los conforman. Consecuentemente, una vez realizada tal ratificación, las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos recaen sobre los Estados, y no así sobre las ETN que desarrollan operaciones en sus territorios.

Tal situación trae consigo el desconocimiento de una realidad compleja, como lo es el amplio ámbito en el que las ETN desarrollan sus operaciones, y, por lo tanto, el impacto que sus actividades tienen en la vida diaria de las personas, así como las posibles consecuencias de estas en los derechos humanos de los individuos y las comunidades.

A la vista de esta compleja y trascendental situación, NU en un intento de proporcionar lineamientos -tanto sociales como ambientales- para las empresas, creó en 1983, el Proyecto de Código de Conducta de las NU para las Empresas. Sin embargo, la iniciativa no estuvo ajena a posiciones divergentes: mientras los Estados del hemisferio sur apuntaban a un código obligatorio para las empresas, los países desarrollados buscaban un documento voluntario. Finalmente, el Proyecto fue suspendido de forma definitiva en 1992.⁸⁵

Sin embargo, unos años más tarde -en 1997- NU decide⁸⁶ crear un Grupo de Trabajo sobre los Métodos de Trabajo y las Actividades de las Empresas Transnacionales; el cual, dos años después, iniciaría el proceso de preparación de un proyecto de código de conducta para las empresas. Finalmente, en el año 2003, luego de cuatro años de labor, el Grupo remitió el borrador de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (las Normas) a las NU, que lo aprobó por unanimidad.⁸⁷

⁸⁵ Micaela CORTES. (2016). La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el Perú: un análisis del instrumento internacional desde el contexto peruano. (Tesis para optar el título de abogada). PUCP. Lima, Perú. p. 17

⁸⁶ A través de la Subcomisión de la ONU para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos. La Subcomisión es un órgano de expertos independientes de derechos humanos perteneciente al sistema de la ONU.

⁸⁷ E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). En: <http://www1.umn.edu/humanrts/links/Snorms2003.html>.

Las Normas aspiraron a regular el comportamiento empresarial en el contexto de expansión de la globalización, señalando que, si bien los Estados son los principales actores al proteger y garantizar los derechos humanos, las ETN también tenían ciertas obligaciones⁸⁸ (por ejemplo, la necesidad de las empresas de implementar estándares en sus relaciones comerciales con proveedores y clientes). Sin embargo, a pesar del fuerte apoyo que recibieron las “Normas” por parte de la sociedad civil, fueron duramente criticadas por los países desarrollados.⁸⁹

No obstante, este proceso –desde el año 1997 hasta el 2003- sería la etapa germinal de una serie de instrumentos de *soft law* que se crearían, ya sea de manera amplia, como de manera específica y desarrollada, apuntando a actividades económicas precisas o a etapas determinadas de la cadena productiva.

En ese sentido, el 31 de enero de 1999, en el marco del Foro Económico de Davos, Kofi Annan presenta el Pacto Global: una iniciativa voluntaria para promover el desarrollo sustentable y la ciudadanía corporativa. Este instrumento desarrolla diez principios -vinculados a los derechos humanos, los estándares laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción⁹⁰- los cuales las ETN tendrían que adoptar, haciéndolos parte de sus procesos, si desean formar parte de esta red internacional y de los beneficios que ello les representa.

Actualmente, el Pacto Global cuenta con más de 12 mil participantes (que incluyen empresas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil) y se

⁸⁸ ONU. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/links/Snorms2003.html>.

⁸⁹ Entre las principales críticas a las Normas de la ONU se encuentran las siguientes: a) No existía claridad entre las obligaciones que le correspondían a los Estados y a las ETN; b) Se determinó que el DIDH solo podía ser aplicable a los Estados, rechazando la idea de que pueda generar obligaciones a las empresas; y c) Su falta de valor jurídico. (CORTÉS. Opt. Cit. p. 26).

⁹⁰ En un principio, el Pacto Global solamente contemplaba nueve principios. En junio de 2004, durante la Cumbre de Líderes del Pacto Mundial, fue sumado un décimo principio, vinculado a la lucha contra la corrupción. Ver: Pacto Global de las Naciones Unidas. *Principio 10*. En: <http://www.unglobalcompact.org/2015/04/principio-10/>.

encuentra presente en más de 145 países.⁹¹ No obstante, a pesar de ser considerada la iniciativa de ciudadanía corporativa más grande del mundo, el Pacto Global no es un instrumento normativo: no ejerce funciones de vigilancia, no impone criterios y no evalúa -mucho menos sanciona- las conductas ni las acciones de las empresas.⁹² Si bien se determinó que, ante la adhesión de un miembro, este debe rendir cuentas mediante Reportes de Progreso, no existe ninguna vía que verifique la veracidad de la información contenida en tal informe.⁹³

Por otro lado, el carácter general de los diez principios que este instrumento contiene ha impedido que estos cuenten con una aplicación uniforme a nivel internacional. El no contar con una guía o lineamientos para su implementación ha traído como consecuencia que cada organización tenga una interpretación particular de su significado y contenido, generando cierta deformación de los principios.⁹⁴

Otras organizaciones internacionales –es decir, fuera de las NU- también han desarrollado instrumentos similares: las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁹⁵ son prueba de ello. Estas son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las ETN que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos, con la finalidad de que lleven a cabo negocios responsables en materia económica, ambiental y social. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global. Además, no constituyen un documento rígido, y toman en

⁹¹ Ver: Pacto Global de las Naciones Unidas. *Participantes*. En: <http://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>.

⁹² El Pacto Mundial. La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial. 2008. NU

⁹³ Micaela CORTES. Opt. Cit. p. 19

⁹⁴ DEVA, Surya. *Global compact: a critique of the UN's "public-private" partnership for promoting corporate citizenship*. En: <https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=34+Syracuse+J.+Int%271+L.+%26+Com.+107&srctype=smi&srcid=3B15&key=38e5135dae8c4d301ad0e88f4d53d242>, p.23

⁹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. En: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

consideración la cambiante realidad de las inversiones internacionales y de las ETN, por lo que se actualizan periódicamente.⁹⁶

Por otra parte, dentro de la serie de instrumentos que han abordado la relación de las ETN con los derechos humanos en el marco de un sector específico, la iniciativa más relevante ha sido la de los Principios del Ecuador. Esta establece un marco operativo para el sector financiero, que obliga a los bancos miembros a fiscalizar los impactos sociales y ambientales de los proyectos que financian.⁹⁷ Los bancos que siguen los Principios del Ecuador, se comprometen a no ofrecer financiamiento ni préstamos corporativos a proyectos de clientes que no puedan cumplir con las disposiciones de la normativa. Así, por ejemplo, estos establecen como requisito para el desembolso, realizar una evaluación ambiental o social de ciertos proyectos.⁹⁸

Existe, a la vez, instrumentos que se encargan de regular escenarios muy particulares, y con circunstancias muy concretas, en los que las ETN operan. Uno de los más representativos de estos es el Documento de Montreux⁹⁹, el cual nace como una iniciativa conjunta de Suiza y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para regular, de manera no vinculante, las obligaciones jurídicas pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados.

Existen también otras declaraciones, códigos de conducta y reportes periódicos de buenas prácticas empresariales –pero, en definitiva, instrumentos no vinculantes–

⁹⁶ El Perú, como signatario de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, ha establecido un Punto Nacional de Contacto (PNC). El PNC se ha centrado principalmente en la sensibilización sobre las Líneas Directrices de la OCDE, que contiene un capítulo sobre derechos humanos, el mismo que está alineado con los PR. El PNC es el organismo público ejecutor PROINVERSIÓN, adscrito al MEF, encargado principalmente de la promoción de la inversión privada.

⁹⁷ PRINCIPIOS DEL ECUADOR. *Una referencia al sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos*. En: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_spanish_2013.pdf

⁹⁸ PRINCIPIOS DEL ECUADOR. Principio 2: Evaluación Ambiental y Social. En: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_spanish_2013.pdf

⁹⁹ DOCUMENTO DE MONTREAUX. En: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0996.pdf

que se han desarrollado en el marco de iniciativas estatales y privadas, las cuales no siempre han tenido su origen en organizaciones internacionales, y se han visto impulsadas, en más de una oportunidad, por gremios empresariales constreñidos a un sector específico o foros económicos determinados. Algunos de estos ejemplos son los siguientes: la Iniciativa de Reporte Global (o GRI, por sus siglas en inglés); los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos; el Código de Campaña “Ropa Limpia” (sector textil); el Código de Prácticas Comerciales para el Sector de los Juguetes; el Código Ético Mundial para el Turismo; la Iniciativa Ética de Comercio (o ETI, por sus siglas en inglés), y; la Iniciativa de Transparencia en las Industrias Extractivas (o EITI, por sus siglas en inglés), entre otros.

Sin desmerecer la relevancia de cada instrumento, o los aportes que han generado en función del respeto a los derechos humanos, es recién en el año 2011, que, con la adopción de los PR, se da un paso fundamental para consolidar, de manera general y detallada, las responsabilidades empresariales en función de las operaciones que realizan y del impacto que tienen estas en los derechos humanos.

5.2 La Resolución A/HRC/RES/26/9 y el mandato para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante

Si bien la relación de las ETN con los derechos humanos ha seguido la tendencia de ser abordada a partir de instrumentos no vinculantes (*soft law*), el día 14 de julio de 2014, el CDH, durante su 26° período de sesiones, aprobó la Resolución 26/9. En dicho documento, se decidió y se señaló de manera expresa, establecer un Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato sería elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las ETN y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, como se observa en el resultado de la votación que aprobó la resolución 26/9¹⁰⁰, no todos los países estuvieron de acuerdo con el mandato de dicho instrumento. Así, por ejemplo, la Unión Europea (UE) -y con ella, la mayoría de los países occidentales- expuso una serie de condiciones¹⁰¹ para participar en el GTI,¹⁰² como veremos en el **Capítulo IV**.

¹⁰⁰ Ver infra. Cap. IV. 2. Tabla 10

¹⁰¹ En particular: nombrar a un “Presidente neutro”; no limitar el alcance del instrumento solo a las ETN; reafirmar los compromisos de todos para poner en práctica los PR de las NU, y; garantizar que los representantes de las empresas sean consultados adecuadamente.

¹⁰² Centro Europa Tercer Mundo. (2016). *Impunidad de Empresas Transnacionales*. Ginebra, Suiza: CETIM. p. 98

CAPÍTULO II. EL SECTOR MINERO EN EL PERÚ: TENSION SUBYACENTE

El sentido de este capítulo radica en demostrar la importancia que tiene para el Perú la regulación internacional sobre la relación de las ETN y los derechos humanos, tomando en consideración que su sector más pujante en la ecuación del crecimiento económico es, a la vez, la fuente más compleja que tiene de conflictos sociales. En esa línea, una mirada a los puntos críticos de este sector nos brindará un panorama de lo que “está en juego”, tanto en materia de inversiones como de derechos humanos.

Adicionalmente, y considerando que el campo de acción del futuro tratado sobre ETN y derechos humanos es, en realidad, sumamente complejo, concentrarnos particularmente en el sector minero -y sus alcances- como muestra de una realidad socioeconómica nacional concreta, nos será útil para efectos prácticos e ilustrativos.

Este capítulo se enfoca en el mencionado sector a partir de dos dimensiones: la primera, como referente de crecimiento económico y centro de captación de IED, poniendo especial énfasis en el impacto que tiene en los indicadores macroeconómicos y, por consiguiente, en el desarrollo del país; la segunda dimensión aborda el sector minero como referente de conflicto social y escenario de vulneración de derechos humanos.

1. El sector minero como motor de la economía nacional

1.1 Los recursos mineros del Perú y su posicionamiento a nivel internacional

El Perú ha sido históricamente un país de vocación minera. Incluso antes de su etapa virreinal, la minería incaica estuvo circunscrita al oro, la plata y el cobre. Los dos primeros eran utilizados para adornar templos, casas y personas, mientras que, el cobre, era destinado a la producción de herramientas. Posteriormente, en el período colonial, la producción de plata impulsó la economía virreinal, y generó cuantiosos réditos para la metrópoli. De hecho, la relevancia de este sector

económico era tal, que, a partir de las compensaciones económicas que le resultaron al Reino de España de la explotación de los yacimientos mineros¹⁰³ en los territorios que controlaba, se permitió financiar importantes guerras y campañas militares en Europa.¹⁰⁴

Si bien, durante la época virreinal, los españoles explotaron un gran número de minas y extrajeron miles de toneladas de minerales valiosos, hoy en día, el potencial minero del Perú sigue siendo alto y relevante a nivel internacional. Ello se debe, fundamentalmente, a la condición privilegiada de la corteza terrestre peruana, particularmente rica en minerales, y a los procesos geológicos que han tenido que ver con la formación de la cordillera de Los Andes.¹⁰⁵

Efectivamente, el “Anuario Minero: Reporte Estadístico - Perú 2016”¹⁰⁶ (AMRE-2016) emitido por el Ministerio de Energía y Minas¹⁰⁷ (MEM), agrupa data cuantitativa y estadística de los principales institutos y asociaciones del rubro minero internacional¹⁰⁸, y, revela que, la producción minera del Perú en la actualidad sigue siendo importante a nivel mundial. Se puede constatar la posición del Perú en el ranking mundial de producción minera a partir de la información que nos brindan las entidades referidas.

¹⁰³ La mina de plata de Potosí fue descubierta en 1545, y la mina de mercurio de Santa Bárbara en 1566.

¹⁰⁴ Manuel SAMAMÉ. (1974). *Minería Peruana, biografía y estrategia de una actividad decisiva*. Lima, Perú.

¹⁰⁵ El Perú fue identificado como el séptimo país con mayor potencial geológico, según la encuesta anual de Compañías Mineras del Instituto Fraser 2004/2005. Ver en: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies>

¹⁰⁶ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero: Reporte Estadístico – Perú 2016*. (AMRE-2016). Fecha de consulta: 27/08/2017. En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/ANUARIOS/2016/ANUARIO%20MINERO%202016.pdf>

¹⁰⁷ El Ministerio de Energía y Minas es el organismo central y rector del Sector Energía y Minas, y forma parte integrante del Poder Ejecutivo.

¹⁰⁸ Institutos y asociaciones internacionales del sector minero utilizadas como fuente por el AMRE-2016: *U.S. Geological Survey -USGS-; The Silver Institute; Gold Fields Minerals Services -GFMS-; International Copper Study Group -ICSG-; International Lead and Zinc Study Group -ILZSG-; International Tin Research Institute -ITRI-; International Molybdenum Association -IMDA-; Instituto Latinoamericano del Hierro y el Acero -ILAFA*.

Así, se observa que el Perú es el segundo productor a nivel mundial de cobre, plata y zinc. Además, es el sexto y cuarto productor de oro y plomo a nivel internacional, respectivamente. A nivel regional, sus números mejoran, convirtiéndose en el primer país latinoamericano productor de oro, zinc y plomo, y segundo productor de cobre, plata, molibdeno, cadmio y roca fosfórica. La producción de estaño y otros minerales también es significativa.

Según el AMRE-2016, hacia el año 2015, el Perú contaba con las siguientes reservas probadas y probables¹⁰⁹: 81.2 millones de toneladas de cobre; 79 500 onzas de oro; 28.5 millones de toneladas de zinc; 3 284 onzas de plata, y; 6 053 toneladas de plomo.¹¹⁰ Dichos números sitúan al Perú, en cuanto al ranking de reservas mineras mundiales, como: el tercer país con reservas de cobre (11% del total mundial); el sexto país con reservas de oro (4.5% del total mundial); el primer país con reservas de plata (19% del total mundial); el tercer país con reservas de zinc (12.6% del total mundial); el cuarto país con reservas de plomo (6.9% del total mundial), y; el tercer país con reservas de molibdeno (13% del total mundial).

Respecto a la producción de cobre -durante el año 2016- esta llegó a 2.35 millones de toneladas, representando el 12.1% de la producción mundial durante ese período de tiempo. Las principales ETN que se encuentran involucradas a nivel nacional en la producción del cobre son: Soc. Min. Cerro Verde S.A.A. (22.2%); Cia. Mra. Antamina S.A. (18.8%); Minera Las Bambas S.A. (14%), y; Southern Peru Copper Corporation (13.3%). El principal destino de las exportaciones nacionales de cobre es China (61.35%).

¹⁰⁹ Se considera reserva minera de una mina a la suma de mineral probado y probable en ella, y que es económicamente explotable. **Reserva de mineral probado:** Es el mineral ubicado con certeza, en donde casi no existe riesgo por falta de continuidad. **Reserva de mineral probable:** Son reservas cuya continuidad puede inferirse con algún riesgo, en base a características geológicas. (Fuente: MEM: Dirección General de Minería).

¹¹⁰ Las regiones en donde más se concentran dichos minerales son las siguientes: cobre en Moquegua, Arequipa y Tacna; oro en Ancash y Cajamarca; zinc en Ancash; plomo en Pasco, Junín y Lima, y; plata en Huancavelica, Junín y Ancash. (Fuente: AMRE-2016).

En lo que respecta a la producción de oro, durante el año 2016, esta llegó a 4.95 millones de onzas, representando el 5.1% de la producción mundial durante ese período de tiempo. Las principales ETN que laboran a nivel nacional en la producción del oro son: Minera Yanacocha SRL (13.6%), y Minera Barrick Misquichilca S.A. (11.1%). El principal destino de las exportaciones nacionales de oro es Suiza (34.91%).

Por su parte, la producción de zinc, durante el año 2016, sumó 1.34 millones de toneladas, representando el 11.2% de la producción mundial durante ese período de tiempo. Las principales ETN que laboran a nivel nacional en la producción de zinc son: Cia. Min. Antamina S.A. (19.6%); Cia. Min. Milpo S.A.A. (13.5%), y; Volcán Cia. Min. S.A.A. (12.6%). El principal destino de las exportaciones nacionales de zinc es Corea del Sur (17.11%).

Respecto a la producción de plata, durante el año 2016, esta llegó a 140.64 millones de onzas, representando el 16.6% de la producción mundial durante ese período de tiempo. Las principales ETN vinculadas con la extracción de plata nacional son: Cia. Min. Antamina S.A. (14.9%), y; Cia. Min. Ares S.A.C. (10%).¹¹¹ El principal destino de las exportaciones nacionales de plata es Estados Unidos (70.05%).

En cuanto a la producción de plomo, durante el año 2016, esta acumuló 314 mil toneladas, representando el 6.5% de la producción mundial durante ese período de tiempo. Las principales ETN relacionadas a la extracción de plomo nacional son: Volcán Cia. Min. S.A.A. (8.3%); Cia. Min. Raura S.A. (7.68%), y; Cia. Min. Buenaventura S.A.A. (6.68%). El principal destino de las exportaciones nacionales de plomo es China (33.84%).

De manera integral, se puede señalar -tal como lo refiere el AMRE-2016- que, los principales destinos de la explotación minero metálica peruana son: China (34%), Suiza (12%), Estados Unidos (10%), Canadá (6%), Corea del Sur (5%), Japón

¹¹¹ Cia. Min. Buenaventura S.A.A. tuvo el 15.5% de la producción de plata a nivel nacional durante el año 2016, sin embargo, no es una ETN.

(5%), India (4%) y Brasil (3%), entre otros. Asimismo, en términos económicos, el cobre representa el 47% de la exportación minero-metálica nacional. El oro, el plomo y el zinc representan el 34%, 8% y 7%, respectivamente.

Tabla 2. Posicionamiento del sector minero peruano a nivel internacional

Mineral	Productor mundial	Producción mundial 2016	Productor Regional (AL)	Reservas mundiales	Principal destino de exportaciones
Cobre	2°	12.1%	2°	11.0%	China
Oro	6°	5.1%	1°	4.5%	Suiza
Plomo	4°	6.5%	1°	6.9%	China
Plata	2°	16.6%	2°	19.0%	Estados Unidos
Zinc	2°	11.2%	1°	12.6%	Corea del Sur

*Fuente: MEM. Anuario Minero – Reporte Estadístico: Perú 2016 (Elaboración propia)

1.2 El impacto del sector minero en los indicadores macroeconómicos

El impacto del sector minero en el crecimiento del país puede explicarse a través de dos enfoques: en primer lugar, se puede valorar la importancia de la producción minera en relación al crecimiento económico; en segundo lugar, se puede cuantificar el aporte porcentual de las inversiones mineras a la economía nacional.

Respecto del primer enfoque, en el año 2015, el sector minero contribuyó con 1.1 puntos porcentuales del crecimiento total (3.2%) y, para el 2016, se estima que aportó 1.8 puntos porcentuales de un total de 3.9%. La mayor contribución se debió, principalmente, a la mayor producción de cobre en las unidades mineras Cerro Verde y Las Bambas.¹¹²

En lo que concierne al aporte de la inversión minera a la economía nacional, este ha sido un factor importante en el ritmo de crecimiento de la economía en la última década. Sin embargo, a partir del 2014 ha descendido, acumulando con ello doce trimestres consecutivos de variación negativa. No se producía una caída tan

¹¹² INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (Junio, 2017). *El valor agregado de la minería en el Perú*. Lima, Perú. Editado por: Instituto de Estudios Energético Minero. p. 16

prolongada de esta variable desde 1982. Para el 2016 -según estimaciones del BCRP¹¹³- la caída de la inversión minera fue de 43.9%.¹¹⁴

De igual manera, el sector minero contribuye a incrementar las exportaciones. Las exportaciones mineras totales¹¹⁵ en el año 2016 representaron \$23 817 millones de dólares. Asimismo, la participación porcentual de las exportaciones mineras en el total de exportaciones nacionales fue de 65%.¹¹⁶

Finalmente, la minería es un sector que contribuye de forma importante a la generación de ingresos fiscales. Alrededor del 24% del impuesto a la renta de las empresas, regalías e impuestos especiales que recaudó el Estado entre el 2001 y el 2015 lo generó el sector minero.¹¹⁷

El AMRE-2016 también subraya la importancia de la minería en la recaudación tributaria, el desarrollo de las regiones y la descentralización. Tal informe observa que los fondos económicos que se han transferido a las regiones por concepto de canon¹¹⁸, regalías¹¹⁹, derechos de vigencia y penalidades representan cifras

¹¹³ INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. Opt. Cit. p. 18

¹¹⁴ Ello se debe a que los proyectos de gran envergadura de los últimos años (como Las Bambas y la ampliación de Cerro Verde) han pasado a la fase de producción y no han sido reemplazados por otros de similar volumen en fase de construcción.

¹¹⁵ Considera envíos de metales, no metales, siderúrgicos y joyería, y productos metal-mecánicos: las exportaciones minero-metálicas fueron de \$21 652 millones de dólares; las exportaciones minero-no metálicas ascendieron a \$640 millones de dólares; las exportaciones sidero-metalúrgicos y joyería representaron \$1 084 millones de dólares, y; las exportaciones metal-mecánicas sumaron \$442 millones de dólares.

¹¹⁶ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Boletín Estadístico del Subsector Minero. Junio 2017. Fuente: BCRP – Cuadros estadísticos mensuales. En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2017/BOLETIN%20JUNIO2017.pdf> Fecha de consulta: 27/08/2017

¹¹⁷ SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA. Fuente: SUNAT. En: <http://www.snmpe.org.pe/mineria/publicaciones-del-sector-minero/peru-sector-minero.html>. Fecha de consulta: 29/08/2017

¹¹⁸ El **canon minero** es la participación de la que gozan los Gobiernos Locales y Regionales sobre los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación de recursos minerales, metálicos y no metálicos. Está constituido por el 50% del Impuesto a la Renta que obtiene el Estado y que pagan los titulares de la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales. Ver: MEM. En: <https://www.mef.gob.pe/en/transferencias-a-gobierno-nacional-regional-y-locales/base-legal-y-aspectos-metodologicos/canon>.

¹¹⁹ La **regalía minera** es la contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales, metálicos y no metálicos. Es calculada sobre la utilidad operativa trimestral de los sujetos de la actividad minera. Ver: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29788 (*Ley que modifica la Ley 28258, Ley de*

importantes. Así, en el año 2016, se transfirieron S/.2 492 millones de soles a las regiones, siendo Arequipa y Ancash las que más recibieron; aproximadamente S/.385 millones de soles cada una.

1.3 Inversiones y proyectos

El Perú es un país que desarrolla acciones y políticas públicas para crear un marco de estabilidad jurídica y un clima de negocios amable con las inversiones; así se evidencia en la publicación “*Survey of Mining Companies 2016*” del Fraser Institute Annual, la cual refleja cómo los factores de política pública, como la fiscalización y la incertidumbre regulatoria, afectan la inversión en exploración minera.

Los resultados de dicha encuesta –en la cual participaron más de 2700 ejecutivos pertenecientes a ETN- ubicaron al Perú en el puesto 28 de 104 jurisdicciones a nivel internacional, otorgándole un puntaje de 73.47 sobre 100.¹²⁰ Para poder establecer el ranking, se tomaron en cuenta dos grandes criterios: a) el Índice de Percepción de Políticas, y; b) el Índice de Potencial Mineral.¹²¹ El Perú obtuvo el puesto 54/104 y el puesto 17/104, respectivamente.

En relación con la IED en el sector, durante el 2016, la inversión anual en minería ascendió a \$4 251 millones de dólares, la cual -de acuerdo al AMRE-2016- se distribuyó en las siguientes categorías: infraestructura (25.29%); explotación (21.25%); equipo minero (9.08%); exploración (8.78%); preparación (8.21%); equipamiento de planta (5.51%), y; otros (21.28%).

Regalía *Minera*). En: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7C82015CC10716F905257C200053B29/\\$FILE/29788.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7C82015CC10716F905257C200053B29/$FILE/29788.pdf)

¹²⁰ FRASER INSTITUTE ANNUAL. *Survey of Mining Companies 2016*. Fecha de Consulta: 10/09/2017. En: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2016.pdf>, p. 12

¹²¹ Por un lado, el Índice de Percepción de Políticas incluye los siguientes criterios: a) reglamentos vigentes inciertos; b) regulaciones ambientales inciertas; c) duplicación reglamentaria; d) sistema legal; e) régimen tributario; f) reclamaciones de tierras disputadas; g) áreas protegidas; h) acuerdos socioeconómicos; i) barreras comerciales; j) infraestructura; k) estabilidad política; l) regulación laboral; m) seguridad; n) disponibilidad de habilidades y mano de obra. Por otro lado, el Índice de Potencial Mineral de las Mejores Prácticas incluye la base de datos geológica de cada jurisdicción.

Bajo ese escenario, lideraron el ranking de inversión minera por empresa del AMRE-2016 las siguientes ETN: Southern Peru Corporation Sucursal del Perú (\$581 millones de dólares); Cia Min. Antapaccay (\$542 millones de dólares); Minera Las Bambas S.A. (\$299 millones de dólares); Cia. Min. Antamina S.A. (\$247 millones de dólares), y; Soc. Min. Cerro Verde S.A.A. (\$154 millones de dólares); entre otras. De igual manera, las regiones en donde más se extendió la IED durante el año 2016, fueron las siguientes: Cusco (\$699 millones de dólares); La Libertad (\$490 millones de dólares); Tacna (\$383 millones de dólares); Moquegua (\$364 millones de dólares; Arequipa (\$355 millones de dólares), y; Ancash (\$321 millones de dólares).

Tabla 3. Principales ETN que invirtieron en el sector minero peruano en el 2016

Empresa minera	Monto de IED en el Perú (\$)	ETN que las componen
Southern Peru Corporation Sucursal del Peru	\$581 millones	Southern Cooper Corporation – Grupo México (México)
Cia. Minera Antapaccay	\$542 millones	Glencore (Suiza)
Minera Las Bambas S.A.	\$299 millones	China Minmetals (China) Guoxin Investment (China) CITIC (China)
Cia. Minera Antamina S.A.	\$247 millones	BHP Billiton (Australia) Glencore (Suiza) Teck (Canadá) Mitsubishi (Japón)
Soc. Minera Cerro Verde S.A.A.	\$154 millones	Freeport – McMoRan (EEUU) Sumitomo Metal Mining (Japón)
*Fuente: MEM. Anuario Minero – Reporte Estadístico: Perú 2016 (elaboración propia)		

Respecto de la cartera estimada de proyectos mineros, a fines del 2016, esta ascendía al monto de \$46 996 millones de dólares en inversiones, y estaba compuesta por 47 proyectos, trátese en cualquiera de las siguientes etapas: exploración avanzada; evaluación (con EIA en evaluación); desarrollo avanzado (con EIA aprobado), o; ampliaciones. Las ETN que estarían dispuestas a invertir en dicha cartera corresponden a países como: China (21.68%); Canadá (18.63%); Estados Unidos (12.88%), y; Reino Unido (12.77%). Asimismo, el cobre representa el 61.3% en la consistencia de la cartera de proyectos mineros.

De igual manera, es importante señalar que, hacia junio de 2017, la minería equivalía al 22% del saldo de IED por sector económico, siendo el sector con mayor incidencia porcentual, seguido por el sector comunicaciones (19%), finanzas (19%) y energía (14%).¹²² Con estas estimaciones, la minería se consolida como el sector que más aporta a la IED en el Perú. No obstante, durante la primera mitad del año 2017, la IED percibida en el sector minero solo ascendía a \$1,959 millones de dólares. De hecho, desde el año 2013¹²³ se viene experimentando un descenso constante de la IED en este sector.¹²⁴

1.4 Minería y empleo

Según el AMRE-2016, durante ese año, la minería en el Perú generó 174 126 empleos directos, 1 567 138 empleos indirectos y casi 7 millones de personas beneficiadas.¹²⁵ Por su parte, el “Boletín Estadístico - Junio 2017” del Subsector Minero -elaborado por el MEM- detalla que, para junio de 2017, este sector contaba con 184 594 empleos directos, de los cuales 61 395 correspondían a trabajadores contratados por las empresas mineras y 123 199 hacían referencia a aquellos contratados por empresas contratistas. Sumado a ello, hay estudios e informes que afirman que, por cada puesto de trabajo generado de forma directa en el sector minero extractivo, se crean adicionalmente 6.25 empleos en el resto de la economía nacional.¹²⁶

No obstante, sobre este aspecto, aunque las proyecciones sean ciertas, se reconoce que existe una asimetría en la incidencia que genera la minería en la IED, por un lado, y en el impacto que tiene en la población económicamente activa (PEA), por el otro; ya que no hay una relación proporcional entre ambas. La IED de la

¹²² Portal de ProInversión: Agencia de Promoción de Inversión Privada – Perú. En: <http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902>

¹²³ En el año 2013 se percibió un total de \$9 940 millones de dólares por IED en el sector minero.

¹²⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Boletín Estadístico del Subsector Minero. Junio 2017*. Fuente: Dirección de Promoción Minera. Declaraciones Mensuales ESTAMIN. Fecha de consulta: 27/08/2017 En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2017/BOLETIN%20JUNIO2017.pdf>

¹²⁵ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. AMRE 2016. *Ibid.*

¹²⁶ INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. *Opt. Cit. p. 7*

minería es cuantiosa, pero no resulta de la misma manera el impacto en el mercado laboral de la PEA. Bajo esa línea, se sostiene que, a pesar de que la minería como sector económico es altamente intensivo en capital, no está considerado como una fuente importante de mano de obra directa. Sin embargo, su efecto multiplicador a través de actividades económicas indirectas, como el comercio y los servicios es muy alto.¹²⁷

2. El sector minero como referente de conflicto social

La influencia que tiene este sector en el ámbito económico del país es fundamental, sin embargo, las secuelas de las malas prácticas de las ETN algunas veces están relacionadas con violaciones a los derechos humanos.

La mayoría de estas violaciones ocurre cuando las ETN no implementan una debida diligencia y/o un previo control de riesgos en sus operaciones. A ello se suma el hecho que, posteriormente, las demandas de los afectados no se valoran adecuadamente, o los recursos para interponerlas son obstaculizados o dilatados. En efecto, existen entornos en donde el Estado mantiene una posición débil ante el sector privado, o incluso, frente a la propia población. Los factores para ello pueden variar dependiendo del contexto: un bajo nivel de institucionalidad, ineficiencias en la gobernanza, corrupción, entre otros.¹²⁸

El Perú, lamentablemente, es aún un Estado institucionalmente débil: ello impide que asuma y lleve a cabo todas las responsabilidades que le competen (a través de sus diversas entidades) y, en esa línea, que proteja a la población de posibles vulneraciones a sus derechos. Esto va de la mano con la poca presencia que el Estado tiene en todo el territorio: podemos evidenciar las grandes brechas entre la población urbana y rural, cuyas necesidades básicas no están siendo cubiertas.¹²⁹

¹²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2001). Informe Defensorial N° 62 *El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la Provincia de Cajamarca*. En: file:///C:/Users/home/Downloads/462.pdf

¹²⁸ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 45

¹²⁹ Carlos ALZA BARCO. *Conflictividad en el Perú: una lectura desde las políticas públicas*. En: <http://carlosalzarbarco.files.wordpress.com/2009/08/conflictividad-en-el-perc3ba-carlos-alza.pdf>, p.5

Este marco de relativa impunidad suele ser percibido de manera negativa por las comunidades. De hecho, el RE ya había dado cuenta de la complejidad de este fenómeno durante su investigación, cuando menciona que:

“Las ETN son el foco central de la relación entre los negocios y los derechos humanos, porque su alcance y poder se ha expandido más allá del alcance de sistemas eficaces de gobernanza pública, creando así ambientes permisivos para las injusticias de las empresas sin sanciones o reparaciones adecuadas. Esta relación es un microcosmos de una crisis más amplia en la gobernanza contemporánea: la creciente brecha entre el alcance y el impacto de las fuerzas y actores económicos y la capacidad de las sociedades para manejar sus consecuencias adversas”.¹³⁰

Por lo pronto, la realidad nacional peruana en términos de conflictividad social suscribe las líneas del Prof. Ruggie, tal y como detallan los Reportes de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo.¹³¹

2.1 El panorama de los conflictos sociales en el Perú y el sector minero

El Perú enfrenta desde hace años altos niveles de conflictividad, eventos que en algunos casos han puesto en tela de juicio la gobernabilidad del país. En los últimos tiempos, el mayor número de conflictos reportados en el país ha estado relacionado a la presencia de industrias extractivas (minería e hidrocarburos, principalmente). Algunos de estos conflictos, lamentablemente, han desembocado en trágicas pérdidas de vidas y daños materiales de consideración, así como en la postergación o paralización de proyectos de inversión.¹³² De acuerdo a los reportes de la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS), la industria extractiva es aquella que genera una mayoría relativa de violaciones de los derechos humanos frente a otras industrias. De ello da testimonio el RE en su investigación, señalando que el 28% de las violaciones de los derechos humanos

¹³⁰ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxiii

¹³¹ Ver infra. 2.1

¹³² PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. *Willaqniki. Informe de diferencias, controversias, y conflictos sociales. Construyendo el Sistema Nacional de Prevención de Conflictos Sociales*. Marzo 2013. En: <http://www.pcm.gob.pe/transparencia/willaqniki/willaqniki04.pdf>, p. 8

por parte de las ETN se producen en la industria extractiva; aquella con mayoría relativa.¹³³

En el contexto peruano, los “conflictos mineros” son conflictos sociales que se desencadenan en torno a la presencia de actividades mineras, ya sea en su fase preliminar de exploración, como en las subsiguientes (construcción, explotación y cierre). Algunos de estos conflictos cuestionan la viabilidad del proyecto: puede tratarse de cuestionamientos parciales; de reclamos por incumplimiento de compromisos; o por disminuir los beneficios a transferir, entre otros. Por lo general, involucran a empresas formales medianas y grandes con la población local.¹³⁴

En el Perú, existen entidades encargadas de realizar el monitoreo de la conflictividad social. Estas instituciones tienen el propósito de buscar soluciones a los conflictos sociales en el país, así como de reportar las denuncias por violaciones a los derechos humanos. Se trata de entidades creadas en el marco de un enfoque de diálogo e inclusión, pero también con el fin de brindar estabilidad política y social a las inversiones. Sin embargo, a pesar de que resulta positiva la existencia de estas instituciones, en algunos casos ha sido insuficiente para contener los desbordes de la demanda social y tener la capacidad de canalizarla, generando con ello dos consecuencias recurrentes: 1) que el Estado peruano no cumpla con el marco internacional de protección y garantía de los derechos humanos, y 2) que la IED vea como un riesgo establecerse en el Perú. Como se puede evidenciar, mantener un equilibrio entre (1) y (2), de manera que se respete los intereses, los derechos y los compromisos de todas las partes involucradas es, hoy en día, uno de los principales retos a los que se enfrenta el Estado.

El Viceministerio de Gobernanza Territorial es la entidad encargada de monitorear y buscar soluciones a los conflictos sociales en el Perú. Es la instancia que ocupa el segundo puesto en jerarquía después de la Presidencia del Consejo

¹³³ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 25 (Ver gráfico)

¹³⁴ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 25

de Ministros, y tiene a su cargo tres Secretarías¹³⁵, entre ellas las de Gestión Social y Diálogo (la cual reemplazó a la ONDS). Anteriormente, la ONDS era la entidad que se encargaba de monitorear y brindar soluciones a los conflictos, y la información que recogía era publicada en la revista *Willaqniki* (Traducción: “el que avisa”).

A través de *Willaqniki*, la ONDS¹³⁶ reportó en noviembre de 2016 la existencia de 169 conflictos sociales -incluye casos en tratamiento y en atención preventiva-, de los cuales cerca de la mitad estaban relacionados con actividades extractivas, particularmente con el sector minero.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo (DP) es un organismo constitucionalmente autónomo, creado por la Constitución Política del Perú de 1993, para defender los derechos fundamentales y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal.¹³⁷ Es, en consecuencia, un colaborador crítico del Estado, que actúa en nombre del bien común y en defensa de los derechos de la ciudadanía, independientemente de cualquier poder público o privado.¹³⁸

La DP emite los Reportes de Conflictos Sociales, los cuales son un instrumento de monitoreo, cuyo objetivo es informar mensualmente acerca de los actores, los problemas y el desarrollo de los conflictos sociales registrados por la DP a nivel nacional. La información divulgada constituye una señal de alerta dirigida al Estado, las empresas, las organizaciones sociales, los medios de comunicación y la sociedad en general, a fin de que se tomen decisiones orientadas a conducir el conflicto por la vía de la ley y el diálogo, y se eviten los desenlaces violentos. El

¹³⁵ Las otras dos Secretarías son: Secretaría de Demarcación y Organización Territorial y Secretaría de Gobierno Digital.

¹³⁶ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad intervino en 169 conflictos sociales en noviembre*. Fecha de Consulta: 10/09/2017 En: <http://www.pcm.gob.pe/2016/12/oficina-nacional-de-dialogo-y-sostenibilidad-intervino-en-169-conflictos-sociales-en-noviembre/>

¹³⁷ Según el artículo 162° de la Constitución Política del Perú y el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo – Ley N° 26520.

¹³⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Portal: <http://www.defensoria.gob.pe/defensoria.php>

documento elaborado recoge la información proporcionada por los actores intervinientes en los conflictos sociales.¹³⁹

En el Reporte de Conflictos Sociales N° 161, de Julio de 2017, se da cuenta de 177 conflictos sociales (115 activos y 62 latentes)¹⁴⁰. Del total de conflictos, 130 fueron de naturaleza socioambiental. De estos 130, 84 de ellos están relacionados con la actividad minera, es decir, el 64.6%. Por otra parte, el documento también señala que, la mayor cantidad de conflictos sociales que se desarrollan en una sola región se ubican en los departamentos de: Áncash (26 casos); Apurímac (19 casos), y; Cusco y Puno (15 casos cada uno).

Tabla 4. Conflictos socioambientales según actividad, Julio 2017

ACTIVIDAD	N° DE CASOS	%
TOTAL	130	100%
Minería	84	64.6%
Hidrocarburos	17	13.1%
Energía	12	9.2%
Otros	7	5.4%
Residuo y saneamiento	5	3.8%
Agroindustrial	3	2.3%
Forestal	2	1.5%

*Fuente: Defensoría del Pueblo – SIMCO

2.2 Algunos casos emblemáticos de conflictividad social en el sector minero

Las consecuencias de los conflictos sociales son multidimensionales, y abarcan desde la pérdida de confianza en las autoridades nacionales, hasta la paralización de proyectos mineros por montos de miles de millones de dólares que dejan de

¹³⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 161 – Julio 2017*. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Fecha de consulta: 23/08/2017 En: http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte_mensual_de_conflictos_sociales_n_161_-_jul.pdf

¹⁴⁰ De acuerdo a las definiciones de la Defensoría del Pueblo (RCS N° 161): a) **Conflicto activo**: Es el conflicto social expresado por alguna de las partes o por terceros a través de demandas públicas, formales o informales, b) **Conflicto latente**: Es el conflicto social no expresado públicamente. Permanece oculto, silencioso o inactivo, en el que se puede observar la concurrencia de factores que tienen un curso de colisión pero que no se manifiestan o habiéndose manifestado han dejado de hacerlo durante un tiempo considerable.

percibirse en términos de inversión. Adicionalmente, en el transcurso de la escalada de violencia en el contexto de la protesta social, aumentan los riesgos de que se lleven a cabo más violaciones de los derechos humanos.

A continuación repasaremos los casos más representativos de la tensión subyacente en la relación ETN – derechos humanos que han tenido lugar en el Perú durante los últimos años. Se ha elegido los casos en función de dos variables: a) el impacto que han tenido en las poblaciones que se encuentran en su área de influencia, ya sea a partir de violaciones directas de los derechos humanos de las mismas, o posibles afectaciones al medio ambiente, que, consecuentemente, perjudicarían su sustento de vida, y; 2) la significativa cuantía que representan -o representaron- los proyectos mineros en materia de IED.

Yanacocha – Cajamarca – Minas Conga

En el año 2006, el RE viajó al Perú, instalándose en el departamento de Cajamarca. En el marco de su visita, el Prof. Ruggie tuvo la oportunidad de investigar las afectaciones a los derechos humanos por parte de la actividad extractiva de la Minera Yanacocha. Esta Minera es un *joint venture* entre la empresa Newmont Mining Corporation de EEUU (51,35% de participación), la compañía peruana Minas Buenaventura (43,65% de participación) y la Corporación Financiera Internacional (5% de participación).¹⁴¹

Al respecto, Minera Yanacocha consume un enorme volumen de agua en sus operaciones para realizar actividades extractivas, y utiliza en sus procesos una gran variedad de minerales y metales pesados, incluyendo el mercurio. En el año 2000, una compañía contratada por Minera Yanacocha, derramó accidentalmente más de 150 kilos de mercurio en un tramo de 27 kilómetros mientras transportaba este mineral, reportándose eventualmente el envenenamiento de más de 900 personas, quienes vivían en las comunidades próximas a la mina. La empresa ofreció dinero a los pobladores para recuperar el mineral líquido, aumentando con

¹⁴¹ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 11

ello la incidencia por contaminación.¹⁴² Como resultado de esta mala práctica muchos pobladores vieron comprometida su salud. Ante tales hechos, Minera Yanacocha reaccionó rápidamente, elaborando convenios de transacción extrajudicial, que fueron celebrados entre Yanacocha y algunos pobladores del centro poblado San Sebastián de Choropampa, con el fin de resolver los reclamos de la manera menos onerosa para la empresa minera. Finalmente, sin embargo, la Dirección General de Minería decidió sancionar con una multa de 600 UIT a Minera Yanacocha por daños ocasionados al medio ambiente y a la salud de la población.¹⁴³

Posteriormente, en el año 2006, Yanacocha identificó otro sitio en donde realizar sus operaciones mineras; Minas Conga. Sin embargo, en noviembre de 2011, debido a grandes presiones de los pobladores de la zona contra un plan que consideraba el trasvase de cuatro lagunas para buscar oro, las operaciones en *Minas Conga*, que representaban una inversión extranjera de más de \$4 800 millones de dólares, tuvieron que ser suspendidas, al tiempo que el Estado peruano declaraba estado de emergencia en la zona. Minas Conga representó un proyecto en donde se invirtieron más de \$1 500 millones de dólares antes de ser paralizado.¹⁴⁴

Las Bambas

Otro caso importante fue el derivado de la ejecución del proyecto minero *Las Bambas*. *Las Bambas* es una mina de cobre de gran envergadura, ubicada entre las provincias de Cotabambas y Grau, en Apurímac. Dicho yacimiento tiene reservas minerales de 7,2 millones de toneladas de cobre y de otros recursos minerales por 12, 6 millones de toneladas. El consorcio está conformado por las siguientes ETN:

¹⁴² EL COMERCIO. *Choropampa. A 15 años del derrame de mercurio de Yanacocha*. Fecha de publicación: 03/06/2015. Fecha de consulta: 10/09/2017. En: <http://elcomercio.pe/peru/cajamarca/choropampa-15-anos-derrame-mercurio-yanacocha-369123>

¹⁴³ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Resolución Directorial N° 103-2000-EM/DGM. Fecha de publicación: 17/06/2000.

¹⁴⁴ DIARIO GESTIÓN. *Presidente de Buenaventura ya no considera viable el proyecto Minas Conga*. Noticia publicada: 26/04/2016. Fecha de consulta: 10/09/2017. En: <http://gestion.pe/empresas/presidente-buenaventura-ya-no-considera-viable-proyecto-minas-conga-2159446>

MMG, filial de la corporación china Minmetals, en calidad de operador (62.5% de participación), una subsidiaria propiedad de Guoxin International Investment Co. Ltd. (22.5% de participación) y CITIC Metal Co. Ltd. (15% de participación).¹⁴⁵

El problema con el proyecto surgió como consecuencia de la falta de diálogo entre el consorcio y las comunidades. Las promesas incumplidas (se había prometido construir un mineroducto para transportar el cobre), el establecimiento de una vía que atravesaba el territorio de las comunidades, las constantes modificaciones al EIA del proyecto, intereses políticos ocultos de grupos y sectores sociales, e incluso, el sospechoso asesinato de líderes comuneros, tuvo como resultado que se intensificaran las protestas -tornándose violentas- y se declarara en estado de emergencia a tres distritos de Cotabambas¹⁴⁶, a la vez que se corría el riesgo de paralizar un proyecto de más de \$10 000 millones de dólares en IED. Ello, finalmente, no sucedió, y las operaciones comenzaron en abril de 2014. No obstante, a la fecha, los problemas respecto de la licencia social subsisten.¹⁴⁷

Tía María

El proyecto minero Tía María, ubicado en la provincia de Islay, al sur de Arequipa, generó una ola de protestas por parte de los habitantes del valle de Tambo. Tía María representa una inversión de más de \$1 400 millones de dólares por parte de la ETN Southern Perú, filial de la mexicana Southern Copper.

Los pobladores de la región circundante temían que el proyecto utilizará y contaminará las aguas del río.¹⁴⁸ La falta de un diálogo adecuado y la represión policial desproporcionada -que tuvo como consecuencia seis muertos durante las

¹⁴⁵ MMG. En: <http://www.lasbambas.com/acerca-de-las-bambas/proyecto-las-bambas.html> Fecha de consulta: 28/08/17.

¹⁴⁶ EL COMERCIO. *Las Bambas: declaran en emergencia a tres distritos de Apurímac para evitar actos de violencia.* Fecha de consulta: 28/08/2017 En: <http://elcomercio.pe/peru/apurimac/declaran-emergencia-3-distritos-apurimac-evitar-actos-violencia-noticia-450779>

¹⁴⁷ DIARIO GESTIÓN. *Pobladores bloquean ruta utilizada por minera de cobre, según Defensoría del Pueblo.* Fecha de publicación: 16/08/2017. Fecha de consulta: 10/09/2017. En: <http://gestion.pe/politica/bambas-pobladores-bloquean-ruta-utilizada-minera-cobre-segun-defensoria-2197859>

¹⁴⁸ EL COMERCIO. *Tía María: protestas contra proyecto minero.* Fecha de consulta: 28/08/2017 En: <http://elcomercio.pe/peru/arequipa/tia-maria-protestas-proyecto-minero-video-360837>

protestas en el período 2011-2015- hicieron temer que el proyecto no sea viable. No obstante, Tía María, luego de negociaciones con algunas comunidades y el gobierno central -y aún con la oposición de ciertos sectores- está próxima a iniciar sus operaciones.

A través de la casuística no solo se evidencia y registran las malas prácticas de las ETN y los propios Estados, sino que se deja constancia de que la regulación de las actividades empresariales en materia de derechos humanos resulta sumamente importante para el Perú, particularmente en el sector minero, el cual se caracteriza por ser especialmente sensible a esta relación. Dicha sensibilidad se observa en la tensión subyacente respecto del beneficio económico que esta actividad genera para nuestro país, por un extremo, y las externalidades que produce, por el otro. Si bien la explotación del sector minero tiene un impacto importante en los indicadores macroeconómicos y supone una fuente de atracción de inversión significativa, también es en dicho ámbito en el que se concentra el mayor número porcentual de conflictos socio-ambientales en el Perú.

2.3 Visita del GTEDH-PR al Perú: diagnóstico respecto del sector minero

El GTEDH-PR fue establecido por el CDH en el año 2011, mediante Resolución 17/4¹⁴⁹. A través de la misma, se decidió que el grupo estuviese integrado por cinco expertos independientes¹⁵⁰ -designados por el CDH- con una representación geográfica equilibrada, y por un período de tres años.

El GTEDH-PR tiene como mandato, esencialmente, promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los PR. Para poder llevar a cabo dicha labor,

¹⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/resolucion-consejo-derechos-humanos-empresas-derechos-humanos-6-julio-2011.pdf>

¹⁵⁰ Sus miembros actuales son: el Sr. Michael Addo, el Sr. Surya Deva (actual Presidente), el Sr. Dante Pesce, el Sr. Pavel Sulyandziga, y la Sra. Anita Ramasastry (actual Vicepresidenta). Los miembros del GTEDH-PR trabajan de manera voluntaria, no son personal de NU y no perciben un salario por su labor. Son independientes de cualquier gobierno u organización y actúan a título individual.

establece un diálogo sistemático y analiza los posibles ámbitos de cooperación con los gobiernos y todos los interlocutores pertinentes. Para ello, realiza visitas a los países, con el objetivo de identificar buenas y malas prácticas respecto de las responsabilidades que tienen los Estados y las ETN en relación a las actividades que desarrollan estas últimas y su impacto en la esfera de los derechos humanos de las personas y comunidades.

En ese sentido, el GTEDH realizó una visita al Perú el presente año (del 10 al 19 de julio). Su visita se centró en revisar los esfuerzos que se están realizando a nivel nacional¹⁵¹ para implementar los PR de las NU sobre empresas y derechos humanos. En función de ello, el GTEDH-PR se reunió con autoridades del gobierno, así como con representantes locales, gremiales, sindicales e indígenas.¹⁵²

Si bien el informe final de la visita recién será presentado en la 38^o sesión del CDH en junio de 2018, ya es posible contar con una declaración preliminar.¹⁵³ En ella, el GTEDH-PR hace una descripción general del contexto en el que se encuentra la relación de las empresas con los derechos humanos en el Perú, y desarrolla la realidad de los sectores empresariales más importantes en esta relación. Además, realiza una evaluación de los factores más relevantes en la ecuación de la conflictividad social. Para ilustrar cada uno de estos tópicos, apunta

¹⁵¹ Durante su visita, el GTEDH-PR celebró reuniones con autoridades y representantes sectoriales en Lima, Iquitos, Cajamarca, Chalhuanhuacho y Cuzco.

¹⁵² El GTEDH-PR se reunió con el Viceministro de Gobernanza Territorial, la Secretaría de Gestión Social y Diálogo, los Ministerios de Relaciones Exteriores, Interior, Justicia y Derechos Humanos, Mujer y Poblaciones Vulnerables, Desarrollo e Inclusión Social, Cultura, Ambiente, Energía y Minas, Trabajo y Promoción del Empleo, y Economía y Finanzas. También se reunieron con representantes de los gobiernos regionales de Loreto, Cajamarca, Cuzco y Apurímac, así como con congresistas, representantes de la Corte Suprema y de la Defensoría del Pueblo. Finalmente, se reunieron con representantes de los pueblos indígenas, las comunidades locales, las organizaciones de la sociedad civil, los sindicatos, el sector académico, las asociaciones empresariales (CONFIEP), la Bolsa de Valores de Lima, FONAFE, Perupetro S.A., Petroperú S.A. y las empresas que operan las minas de Yanacocha y Las Bambas.

¹⁵³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de su visita al Perú*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21888&LangID=S>

a casos concretos¹⁵⁴ de violaciones de derechos humanos cometidas por las ETN en el Perú.

Para efectos de la presente investigación, y de manera que se pueda continuar con el cometido de este capítulo -demostrar la tensión subyacente que existe en el sector minero respecto de la importancia de atraer IED, por un lado, y las obligaciones internacionales que tiene el Estado respecto de proteger y garantizar los derechos humanos, por el otro- la descripción y evaluación de dicha declaración se circunscribirá a las observaciones que tuvo el GTEDH-PR únicamente sobre las empresas del sector minero peruano y su impacto sobre los derechos humanos; así como las falencias del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en este ámbito.

Al respecto, el GTEDH-PR señala que las principales denuncias que recibieron de personas afectadas por la actividad minera están relacionadas con la contaminación del agua¹⁵⁵, el agotamiento de las aguas superficiales y subterráneas y la presencia de metales pesados en la sangre de los trabajadores mineros y habitantes locales.¹⁵⁶ En su declaración, el GTEDH-PR señaló:

“El hecho de que los niños pequeños sean particularmente sensibles a la exposición al plomo, que puede causar un deterioro cognitivo irreparable, es motivo de particular preocupación. Los impactos de las actividades mineras sobre

¹⁵⁴ El caso de la disputa de tierras entre la Minera Yanacocha y la Sra. Máxima Acuña es uno de ellos. Ver más: EL COMERCIO. *Máxima Acuña denunció ataque a balazos por parte de Yanacocha*. Fecha de publicación: 25/04/2016. Fecha de consulta: 11/09/2017. En: <http://elcomercio.pe/peru/cajamarca/maxima-acuna-denuncio-ataque-balazos-parte-yanacocha-193565>

¹⁵⁵ El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de NU reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Ver más en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

¹⁵⁶ En junio de 2017 el Ministerio de Salud declaró en emergencia sanitaria por el plazo de 90 días calendario los distritos de Chaupimarca y Simón Bolívar de la provincia y departamento de Pasco, en respuesta a la presencia de contaminantes (plomo y otros metales pesados). Ver: Decreto Supremo N° 020-2017-SA. En: <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-por-el-p-decreto-supremo-n-020-2017-sa-1536500-1/>

la salud y el medio ambiente deben ser evaluados, mitigados y reparados de forma transparente”.¹⁵⁷

No obstante el GTEDH-PR reconoce el rol que ha tenido la inversión minera en el desarrollo económico del país, también es consciente de las implicancias que ha traído consigo:

“...los sucesivos gobiernos promovieron la inversión extranjera como su principal objetivo de política, y el país experimentó un auge de las concesiones mineras. A medida que se hacen evidentes los costos humanos de algunas de estas inversiones, existe más conciencia de que la promoción de la inversión tiene que ser recalibrada respetando los derechos humanos como condición previa para el desarrollo sostenible”.¹⁵⁸ (Subrayado propio)

Finalmente, con motivo de la visita del GTEDH-PR, la Oficina del Alto Comisionado de NU para los Derechos Humanos, rescató y replicó algunas declaraciones individuales de sus miembros:

“El Perú se ha acostumbrado a una situación de constantes conflictos sociales, con más de cien conflictos activos cada mes. La gran mayoría de estos conflictos están relacionados con operaciones comerciales a gran escala en los sectores de minería, hidrocarburos y energía”.¹⁵⁹ *Sr. Michael Addo*

Sin embargo, pese a las declaraciones anteriores, también es justo remarcar que el GTEDH-PR saludó el compromiso del gobierno con la agenda de empresas y derechos humanos y el anuncio de que se están dando los primeros pasos para desarrollar un Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos.¹⁶⁰

3. La política institucional

¹⁵⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de su visita al Perú*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21888&LangID=S>

¹⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Ibíd.*

¹⁵⁹ ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Perú / DDHH: “Urge una nueva visión sobre conflictividad relacionada con empresas”*. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21894&LangID=S>

¹⁶⁰ Ver infra Capítulo III. 3

En este capítulo se ha mostrado un panorama de los efectos que tiene la industria minera en el Perú, tanto por la cuantía que representa en términos de inversión -y el impacto que esta tiene en el desarrollo económico y social del país-, como por las violaciones de los derechos humanos que causan algunas ETN a las poblaciones y comunidades que se encuentran en su área de influencia. No obstante, y con la intención de examinar cómo es que se pretende abordar esta compleja situación desde la institucionalidad del sector minero (MEM), es importante entender bajo que lógica el MEM construye sus lineamientos y hacia dónde apunta como sector político; es decir, por dónde se desarrolla su agenda política y cuál declara ser su visión como sector. En ese sentido, este sector se define como:

“Sector Minero – Energético: reconocido por ser altamente competitivo a nivel internacional, que promueve el desarrollo eficiente y sostenible de la explotación de los recursos minero energéticos para satisfacer las necesidades de la población, preservando el medio ambiente, respetando la cultura de los pueblos y contribuyendo a la reducción de la pobreza y al desarrollo integral del país, mediante la participación conjunta del Estado, la comunidad y el Sector Privado”.¹⁶¹ (Subrayado propio)

Para alcanzar la visión del sector, el PESEM propone cuatro objetivos estratégicos:

- Incrementar el desarrollo económico del país mediante el aumento de la competitividad del sector minero.
- Disminuir el impacto ambiental de las operaciones minero-energéticas.
- Contribuir en el desarrollo humano y en las relaciones armoniosas de los actores del sector minero.
- Fortalecer la gobernanza y la modernización del sector minero.¹⁶²

¹⁶¹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Plan Estratégico Sectorial Multianual – PESEM 2016-2021*. Visión del Sector Minero – Energético para el 2021. p. 24. En: http://www.ipen.gob.pe/transparencia/transp_doc/plan_org/planes_politicas/PESEM_2016_2021.pdf

¹⁶² MEM. Opt. Cit. pp. 28 – 29

Al respecto, se desprende que los objetivos estratégicos tienen como punto de partida el reconocimiento de que las actividades mineras tienen un impacto significativo en el medio ambiente, en la biodiversidad y en las poblaciones que habitan su área de influencia. Sin embargo, también se señala que el Estado toma nota de ello –tiene conocimiento de la conflictividad y sus causas- y asume la obligación de establecer el marco legal para velar por la salud humana y la protección y conservación del medio ambiente. Consecuentemente, el Estado espera que las empresas desarrollen sus actividades de acuerdo a dicho marco, haciéndoles seguimiento por medio de la fiscalización.¹⁶³ Es decir, el MEM reafirma el rol fundamental del Estado como garantía reguladora, fiscalizadora y sancionadora en la protección de los derechos humanos respecto de las violaciones que ocurran en su jurisdicción, subordinando con ello a las ETN a cumplir con las disposiciones legales nacionales.

Por otra parte, en lo que respecta a establecer y consolidar relaciones armoniosas con los actores¹⁶⁴ del sector minero, se han identificado las siguientes causas de conflictividad social: el uso del recurso hídrico (ya sea por escasez, utilización de excedentes y/o contaminación); temas de tierra y territorio; contaminación del aire; uso alternativo del recurso; aceptación social; entre otros. Por tales motivos, es que se hace necesario contrarrestar las externalidades negativas de la actividad minera mediante una mayor responsabilidad de las compañías con la sociedad y el ambiente.¹⁶⁵

En ese sentido, durante los últimos años se han implementado una serie de iniciativas a nivel nacional y que han sido insertadas en los procesos normativos sectoriales para la ejecución de proyectos mineros. No es el propósito de esta investigación desarrollar detalladamente cada uno de estos instrumentos, pero sí

¹⁶³ MEM. Opt. Cit. p. 34

¹⁶⁴ Los actores del sector minero son aquellos que se encuentran dentro del área de influencia en donde las ETN desarrollan sus actividades, o también aquellos que realizan una labor específica de coordinación y fiscalización de dichas actividades. Algunos ejemplos de estos son las comunidades campesinas; los pueblos indígenas; los gobiernos regionales; los gobiernos locales; las ONG; entre otros.

¹⁶⁵ MEM. Opt. Cit. p. 36

poner en relevancia los efectos que han tenido en la gestión de los conflictos sociales en el Perú; así como poner en perspectiva la acogida que han tenido para los actores involucrados, y cuánto han contribuido al diálogo. En todo caso, la breve descripción de sus desarrollos debe servir para ilustrar de manera más precisa la tensa y compleja relación entre algunas actividades empresariales del sector minero y los derechos humanos.

3.1 Los Estudios de Impacto Ambiental (EIA)

Si existe un ámbito en donde se puede constatar con mayor claridad la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos es en el concepto de un medio ambiente sano como fundamento para los demás derechos. En efecto, si bien la realización de un EIA es una elaboración técnica que implica el respeto por estándares internacionales en materia medioambiental, resulta evidente la conexión que tiene este instrumento como garantía para el desarrollo integral de los derechos humanos.

La realización de un EIA se enfoca en aquellos proyectos cuyas características, envergadura o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para mitigar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.¹⁶⁶

El Instituto Peruano de Economía describe los EIA como un requisito para la entrada en operación de los proyectos de exploración minera. Menciona que son documentos presentados por las empresas mineras, en las que se analiza y describe a detalle el impacto de la actividad dentro de la zona de influencia de los yacimientos mineros.¹⁶⁷

¹⁶⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento*. Artículo 4. (Ministerio de Ambiente). En: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>

¹⁶⁷ INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. *Estudios de Impacto Ambiental*. Fecha de consulta: 12/09/2017. En: <http://www.ipe.org.pe/content/estudios-de-impacto-ambiental>

El organismo público técnico especializado a cargo de revisar y aprobar los EIA es el Servicio Nacional de Certificación Ambiental e Inversión Sostenible (SENACE). Su tarea consiste en revisar y aprobar los EIA de mayor envergadura de los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto.¹⁶⁸ Durante el 2016, SENACE recibió 209 expedientes, entre los cuales había 4 solicitudes de evaluación de EIA y 13 modificaciones de EIA, entre otras certificaciones ambientales. En conjunto, los proyectos de inversión vinculados a estos 17 expedientes, se encontraron asociados a inversiones aproximadas a \$2 076 millones dólares.¹⁶⁹ Por otro lado, del conjunto de los 209 expedientes recibidos por el SENACE, 71 de estos correspondieron al sector minero.¹⁷⁰

Tabla 5. Estadística de expedientes vinculados al EIA recibidos por el SENACE durante el 2016

Actividad	Expedientes ingresados	Expedientes evaluados	Expedientes aprobados	Expedientes desaprobados	Otros¹⁷¹
Minería	71	42	29	0	13
Electricidad	50	41	28	5	8
Hidrocarburos	46	39	23	1	15
Transportes	42	12	4	0	8

Adicionalmente, el SENACE se hace cargo de administrar el Registro Nacional de Consultoras Ambientales¹⁷², conformado por las empresas autorizadas para elaborar EIA. El número de empresas en el Registro se ha ido incrementando, y para fines de 2016, contaba con 293 consultoras ambientales, de las cuales 158 corresponden al sector minero.

¹⁶⁸ El SENACE es un organismo adscrito al MINAM. Ver: <https://www.senace.gob.pe/nosotros/sobre-senace/>

¹⁶⁹ SENACE. *Memoria SENACE 2016*. En: file:///C:/Users/home/Downloads/29-senace-memoria-2016_-_senace.pdf, p. 23

¹⁷⁰ SENACE. Opt. Cit. p. 25

¹⁷¹ Desistimiento, devuelto, inadmisibile, improcedente, no admitido, no conforme, fundado o emitido.

¹⁷² Es el registro de consultoras autorizadas para la elaboración de EIA, el cual está constituido a partir de los registros sectoriales que han sido transferidos al SENACE en el marco del proceso de transferencia de funciones. Tiene por finalidad asegurar la idoneidad en la prestación de los servicios de elaboración de EIA. Ver más en: file:///C:/Users/home/Downloads/29-senace-memoria-2016_-_senace.pdf

3.2 La Consulta Previa

La consulta previa, como proceso, es un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, pero, a la vez, es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por el Estado sobre las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar el libre desarrollo de sus derechos colectivos.¹⁷³ En el ejercicio de este derecho, se busca incorporar los puntos de vista, opiniones e intereses de los pueblos indígenas en las medidas estatales señaladas. Para ello, se consulta a los pueblos indígenas u originarios a través de sus organizaciones representativas.¹⁷⁴

Para identificar y definir a los pueblos indígenas que serán convocados a un proceso de consulta se debe utilizar los criterios objetivos y subjetivos establecidos en la normativa nacional e internacional.¹⁷⁵ En la actualidad, la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura presenta 55 pueblos indígenas u originarios identificados por el Viceministerio de Interculturalidad.¹⁷⁶ Esta base ha sido concebida como una herramienta de soporte al proceso de consulta. No obstante, hasta el momento se ha realizado una publicación parcial de la base de datos, en donde se señala únicamente a los pueblos amazónicos.

Por otra parte, si bien la Ley N° 29785¹⁷⁷ -Ley del Derecho a la Consulta Previa- y su Reglamento tienen como objeto desarrollar el contenido y los procedimientos

¹⁷³ Los derechos colectivos son derechos cuya titularidad recae en el colectivo. En estos casos el grupo no solo es un beneficiario del derecho, sino que se constituye en titular del mismo. Son derechos colectivos de los pueblos indígenas: derecho a la libre determinación; derecho a retener y desarrollar las costumbres, tradiciones e instituciones indígenas; derecho a establecer prioridades de desarrollo; derecho a las tierras y territorio; derecho a la consulta previa, entre otros.

¹⁷⁴ MINISTERIO DE CULTURA. *Sobre la Consulta*. Portal: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/por-que-la-consulta-previa/>

¹⁷⁵ El **criterio objetivo** comprende: continuidad histórica, conexión territorial e instituciones políticas, culturales, económicas y sociales diferenciadas. El **criterio subjetivo** está relacionado con la identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario. Ver más en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/preguntas-frecuentes/>

¹⁷⁶ MINISTERIO DE CULTURA. *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios*. Ver: <http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>

¹⁷⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29785. *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios*. En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Ley%2029785%20Consulta%20Previa%20pdf.pdf>.

del derecho a la consulta (y se interpretan de conformidad con el Convenio 169 de la OIT¹⁷⁸), lo cierto es que, en el Informe de Auditoría N° 008-2015-2-0054, se señaló que, la Dirección General de Minería no estaría respetando el proceso de consulta, autorizando el inicio de actividades de exploración y explotación en cuatro proyectos mineros durante el año 2015 sin culminar las consultas previas iniciadas.¹⁷⁹ Ello hace caer en cuenta de las deficiencias a las que aún se enfrenta el proceso de consulta previa a nivel institucional. Al respecto, el GTEDH-PR también se ha pronunciado, remarcando la relevancia de este proceso para garantizar un marco de acción responsable y consecuente con los derechos humanos:

“...una consulta relevante, previa e informada con las comunidades afectadas por las operaciones empresariales, es un aspecto central de la debida diligencia en materia de derechos humanos, para identificar con prontitud las inquietudes y quejas.”¹⁸⁰

Y agrega:

“Recomendamos que todo tipo de consulta y participación se realice en la fase de planificación más temprana de un proyecto minero, y que la misma incluya todas las fases, tales como la prospección, la implementación y el cierre”.¹⁸¹

En el Perú, se han concluido treinta y cuatro procesos de consulta de manera óptima desde el año 2013, de los cuales corresponden diez al actual gobierno.¹⁸²

¹⁷⁸ El Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1994.

¹⁷⁹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Informe de Auditoría N° 008-2015-2-0054*, p. 70. En: http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2017/08/LINK_Oficio-N%C2%B0-09-2016-MEM-OCI-informe-omisi%C3%B3n-de-consulta-previa-1-1.pdf

¹⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de su visita al Perú*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21888&LangID=S>

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de su visita al Perú*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21888&LangID=S>

¹⁸² EL PERUANO. *Estado concluyó 34 procesos de Consulta Previa impecables*. Fecha de publicación: 06/09/2017. Fecha de Consulta: 12/09/2017. En: <http://www.elperuano.pe/noticia-estado-concluyo-34-procesos-consulta-previa-impecables-59093.aspx>

Además, en la actualidad hay catorce procesos de consulta en curso, de los cuales diez están relacionados con proyectos del sector minero.¹⁸³

¹⁸³ EL PERUANO. *Ibíd.*

CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

En el presente capítulo se abordará el primero de los dos enfoques sobre los cuales se pretende regular la relación entre las empresas y los derechos humanos a nivel internacional.

Para ello, se describirá el instrumento -Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las NU (PR)- sobre el cual se ha desarrollado este enfoque y se viene poniendo en práctica, de manera que podamos identificar los alcances de sus lineamientos; los que han sido elaborados a partir de tres pilares fundamentales: “proteger, respetar y remediar”.

Posteriormente, se hará un análisis del instrumento encargado de aterrizar los PR en la gestión estatal sobre empresas y derechos humanos -el Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN)- y se observará cuál es la tendencia internacional en materia de aprobación e implementación de los PAN. Esto permitirá tener un perfil de los países que promueven la iniciativa de los PR, lo que resultará útil para explicar la dinámica de las relaciones internacionales que se encuentra en el trasfondo de la cuestión.

Finalmente, se desarrollaran los desafíos a los que se enfrentan los PR para poder ser implementados en el Perú, así como los aciertos y las críticas que le han sido reconocidos por los distintos actores de la comunidad internacional.

1. El mandato del Representante Especial (RE)

Los PR fueron elaborados por el profesor John Ruggie, “Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las ETN y otras empresas” (RE), quien obtuvo el mandato por parte de la Comisión de Derechos Humanos (ComDH), actualmente el Consejo de Derechos Humanos (CDH), el 20 de abril de 2005, a través de la Resolución 2005/69. En el mandato de tal Resolución se estableció que el RE, luego de dos años de investigación -los cuales

finalmente se prorrogaron hasta ser seis¹⁸⁴- debía presentar un Informe Final a la ComDH en su 63° período de sesiones. El RE, para llevar a cabo su trabajo, se reunió con un gran número de empresas alrededor del mundo, pero también con otros tipos de actores que guardaban relación con las empresas, y que, o se encontraban acoplados en el tejido corporativo a través de la cadena de valor (proveedores), o se consideraban afectados de manera directa como resultado de las actividades que las empresas realizaban. En palabras del RE:

“La Comisión (*ComDH*) estableció un mandato especial para un experto individual (...) principalmente para identificar y aclarar las normas existentes y las mejores prácticas de las empresas, así como el rol de los Estados en la regulación de las empresas en relación con los derechos humanos”.¹⁸⁵

La información recopilada por el RE durante el período 2005-2011 sirvió de insumo para la elaboración del Informe Final¹⁸⁶, el cual incluyó opiniones y recomendaciones que fueron examinadas por el Consejo de Derechos Humanos (CDH). Posteriormente, el Informe fue aprobado por el CDH y adoptado por NU, que lo haría suyo bajo el nombre de los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas”.¹⁸⁷

Luego de seis años de investigación, básicamente, lo que encontró el RE, fue un panorama internacional profundamente dividido en cuanto a discursos y contenidos; el cual carecía de conocimientos compartidos, normas y límites claros al respecto. Además, reconoció que los sistemas de gobierno fragmentados en

¹⁸⁴ En el año 2008, el CDH, mediante Resolución 8/7 prorrogó el mandato del RE por tres años, encargándole que pusiera en práctica el marco “proteger, respetar y remediar” y proporcionara recomendaciones prácticas y orientación concreta a los Estados, las empresas y otros actores relacionados con la cuestión.

¹⁸⁵ John RUGGIE. *Opt Cit.* p. xviii

¹⁸⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas. *Empresas y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. En: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf

¹⁸⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>

Estados institucionalmente débiles eran un problema que tenía particular incidencia en el tema, así como el papel que cumple el nivel de conciencia de la sociedad civil respecto del conocimiento sobre sus propios derechos y del impacto que tienen las actividades empresariales en sus vidas.¹⁸⁸

Teniendo como base esas premisas, el RE identificó tres sistemas de gobernanza distintos que afectaban la conducta de las empresas en relación con los derechos humanos: a) el sistema de la política pública y la ley; b) un sistema de gobernanza civil que involucra actores externos, ya sea afectados por las empresas o con algún interés particular en ellas, y; c) el sistema de gobierno corporativo o empresarial.¹⁸⁹ Es sobre esta estructura de gobierno policéntrico (Estado - empresas - sociedad civil) que el RE desarrolla los PR.

2. Los Tres Pilares

El RE presentó los PR en el año 2011, comprimiéndolos en treinta y un principios, cada uno con un comentario, desarrollando su significado y sus alcances. Estructuralmente, este instrumento se basa en el reconocimiento de las siguientes disposiciones:

- a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad, que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las normas aplicables y respetar los derechos humanos.
- c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.¹⁹⁰

¹⁸⁸ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xxxv

¹⁸⁹ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xliii

¹⁹⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar.* Principios Generales. En: http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicaexterior/Documents/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf p. 1

Los tres principios son complementarios, por cuanto se respaldan mutuamente.¹⁹¹

2.1 Proteger

En primer lugar, respecto de la obligación que tienen los Estados de proteger los derechos humanos, es importante mencionar que los PR no son un instrumento que crea nuevas obligaciones. Los PR refieren a las obligaciones ya existentes para los Estados, en relación a la protección y el respeto de los derechos humanos, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).¹⁹² Por tal motivo, en ningún caso debe interpretarse que los PR establecen nuevas obligaciones de derecho internacional, ni que restringen o reducen las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos.¹⁹³

En segundo lugar, como se desprende de las obligaciones contraídas por los Estados, estos deben proteger a las personas y comunidades contra las violaciones de derechos humanos cometidas en su territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. En ese sentido, están obligados a adoptar las medidas pertinentes para prevenir, investigar, fiscalizar, sancionar y reparar esos abusos, mediante políticas adecuadas, regulación en la materia y un debido acceso a la justicia, que contemple las garantías procesales básicas.

Como se puede observar, la obligación de protección del Estado no es una norma de resultado, sino de conducta. Es decir, que los Estados no son responsables de los abusos contra los derechos humanos propiamente cometidos en el ámbito empresarial, pero sí puede considerarse que incumplen sus obligaciones si no

¹⁹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe (parcial) del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. *La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar"*. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/91/PDF/G0912891.pdf?OpenElement> p. 3

¹⁹² Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 40

¹⁹³ CDH. Informe (parcial). Opt. Cit. p. 2

adoptan las medidas adecuadas para prevenir estos abusos, investigarlos, repararlos y sancionarlos, cuando hayan ocurrido.¹⁹⁴

La obligación del Estado de proteger, incluye también la obligación de prevención cuando las vulneraciones de derechos humanos son cometidas por terceros. Incluso, la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede generarse en casos en que el Estado incumpla -por acción u omisión de sus agentes- encontrándose en posición de garante. Su responsabilidad se constituirá en caso este no haya tomado las medidas necesarias para prevenir y proteger a los individuos, exponiéndolos a una situación de riesgo. En ese sentido se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, respecto de la delegación del servicio de salud a un tercero:

“El privado solo es el brazo del Estado para llevar a cabo una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad (internacional), sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también respondan ante el Estado”.¹⁹⁵

De acuerdo al razonamiento de la Corte IDH, el Estado incurriría en responsabilidad internacional por falta de una prevención diligente sobre los actos de particulares cuando:

- a) El Estado, teniendo previo conocimiento de una situación de riesgo, cierta, inmediata y determinada, no implemente las medidas correspondientes al respecto.
- b) Exista una falta de diligencia del Estado¹⁹⁶ para prevenir un acto de una entidad privada.¹⁹⁷

¹⁹⁴ CDH. Informe (parcial). Opt. Cit. p. 7-8

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

¹⁹⁶ La debida diligencia implicaría la aplicación de medidas positivas de protección y prevención de los derechos humanos en el ámbito de las empresas que se encargan de brindar ciertos servicios públicos (salud, por ejemplo). Ver: *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*.

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1998. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/caos/articulos/seriec_04_esp.doc. p.36

En tercer lugar, los PR detallan que los Estados deberán adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas bajo su jurisdicción. En este extremo, resulta claro que cada Estado deberá implementar los PR -a través de un PAN- tomando en cuenta su propia realidad y contexto, así como el grado de ciudadanía de su población y el tipo de violaciones generadas por parte del sector privado.¹⁹⁸ En otras palabras, los PR funcionan como una guía, pero mantienen cierto grado de flexibilidad y adaptabilidad.

Adicionalmente, cabe señalar que, para el desarrollo correcto de la responsabilidad de proteger de los Estados, se ha identificado que deben confluír tres factores importantes: la definición de una entidad estatal encargada de desarrollar la relación de las empresas con los derechos humanos y liderar el Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos (PAN); la realización de un diagnóstico sobre la relación de las empresas con los derechos humanos, el cual sirva como línea base de trabajo, y; el desarrollo de una cultura de derechos humanos que empodere a la sociedad civil.¹⁹⁹

Finalmente, para poder llevar a cabo una labor apropiada en la protección de los derechos humanos, los PR señalan que resultará fundamental que los Estados enuncien claramente qué es lo que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción. Para ello requerirá la elaboración de un PAN²⁰⁰, de manera que, a través de este, se canalice y desarrolle la implementación de los PR en cada Estado. La elaboración del PAN será parte integral de la responsabilidad de proteger de los Estados.

2.2 Respetar

Respecto de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, resulta primordial señalar que tal responsabilidad es una norma social acreditada e institucionalizada, y que, existe, independientemente de los derechos de los

¹⁹⁸ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 51

¹⁹⁹ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 52-53

²⁰⁰ Ver infra Capítulo III. 3.

Estados y de las variaciones en las distintas leyes nacionales. Se trata, en consecuencia, de una norma básica para todas las empresas en todas las situaciones.²⁰¹

Por otra parte, cabe resaltar que, si bien la responsabilidad de respetar representa una conducta jurídica de “no hacer” -en el sentido de no llevar cabo acciones que puedan afectar los derechos humanos-, en los PR, también se estaría contemplando una dimensión activa en lo que se refiere a prevenir, mitigar y -de ser el caso- remediar cualquier impacto adverso en los derechos humanos como consecuencia de las actividades empresariales.²⁰²

Para poder desarrollar la dimensión activa de esta responsabilidad resultará necesario que las empresas procedan con la debida diligencia en materia de derechos humanos. En ese sentido, la debida diligencia se presenta como un proceso²⁰³ que debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades empresariales y sus consecuencias sobre los derechos humanos, así como la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; es decir, el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la manera como se hace frente a las consecuencias negativas.²⁰⁴

En lo que respecta al contenido sustantivo del ejercicio de la debida diligencia, las empresas deben conocer los derechos que abarca: en principio todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos; aunque en la práctica, algunos pueden ser más pertinentes que otros en determinados contextos.²⁰⁵

En relación con la aplicación de las prescripciones de debida diligencia en materia de derechos humanos, las empresas han expresado su preocupación respecto de si esta podría aumentar la responsabilidad potencial de las mismas. A propósito de

²⁰¹ CDH. Informe (parcial) Opt. Cit. p. 15

²⁰² Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 80

²⁰³ Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto en donde estas se desarrollan.

²⁰⁴ ONU. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Opt. Cit. p. 20

²⁰⁵ ONU. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Opt. Cit. p. 16

ello, se han reconocido dos situaciones en las que, en efecto, podría haber responsabilidad jurídica:

- a) Que la empresa tenga conocimiento previo de posibles violaciones de derechos humanos que quizás haya cometido o en las cuales haya podido participar, y no haga nada al respecto, y;
- b) Que la empresa dé una información falsa al público respecto de sus descubrimientos en el ejercicio de la debida diligencia, y el hecho resulte público.²⁰⁶

Si bien es posible entender la lógica jurídica detrás de estos supuestos, fácticamente resulta poco probable que las empresas tengan la voluntad de probar que estaban en conocimiento de ciertos riesgos para los derechos humanos, especialmente cuando las afectaciones ya ocurrieron. De hecho, a partir de ello surge la interrogante de hasta qué punto las empresas deben trabajar en el proceso de debida diligencia, y cuáles deberán ser los alcances y los actores involucrados en dicho proceso. Es decir, ¿cómo las empresas sabrán hasta donde se extiende su área de influencia? Este cuestionamiento toma especial relevancia si lo trasladamos a las empresas que desarrollan actividades mineras, ya que la incidencia que tiene esta industria en el medio ambiente, y por extensión, en las personas y comunidades, no solo hace que sea difícil delimitar el área de influencia, sino que, además, amplía el abanico de derechos humanos potencialmente afectados.

Para poder responder las interrogantes planteadas, el RE considera que deben tomarse en consideración tres factores: el contexto del país en que tienen lugar las actividades de la empresa; los posibles efectos de las actividades de la empresa en ese contexto, y; la posible contribución al abuso contra los derechos humanos mediante relaciones vinculadas a sus actividades.²⁰⁷

Como puede observarse, la debida diligencia deberá ser realizada por las empresas, atendiendo a su contexto y circunstancias, y considerando a todos los

²⁰⁶ ONU. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Opt. Cit. p. 18

²⁰⁷ CDH. Informe (parcial) Opt. Cit. p. 16

actores involucrados, estatales y no estatales. Los PR no han establecido una metodología específica para la evaluación de impactos; sin embargo, el RE señala que, para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, todas las empresas -sin distinción- deberán integrar las conclusiones de sus evaluaciones (continuas) en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes, tomar las medidas oportunas y rendir cuentas (al Estado y a la sociedad civil).²⁰⁸

Gráfico 2. Ciclo de la debida diligencia



Por su parte, las empresas son conscientes que, establecer procesos de debida diligencia supone la preeminencia del diálogo y la interacción entre los grupos de interés, y consolida un marco de prevención que fortalece no solo la responsabilidad de respetar los derechos humanos, sino también la estabilidad social apropiada para la IED. En efecto, si las ETN desean obtener y retener su permiso de funcionamiento en el país de acogida, no solo es necesario contar con la licencia legal correspondiente, sino también con la licencia social.²⁰⁹ La licencia

²⁰⁸ CDH. Informe (parcial) Opt. Cit. p. 24

²⁰⁹ La licencia social se basa en las normas sociales prevalecientes. Las normas sociales pueden variar según la región o el sector productivo sobre el cual se asienta determinada industria.

legal es emitida por los Estados, pero la licencia social solo puede ser garantizada por las comunidades. Con el tiempo las empresas han constatado que la observancia de la ley por sí sola no les garantiza la licencia social de funcionamiento, especialmente cuando la ley es débil.²¹⁰

De acuerdo a lo visto en el **Capítulo II**, es en el sector minero peruano donde resulta particularmente importante que exista una participación significativa y adecuada de las partes interesadas involucradas. Ello, debido a que la obtención de la licencia social para proyectos de gran envergadura en este sector, condiciona constantemente el desarrollo de los mismos, particularmente cuando estos proyectos ya han iniciado y contemplan un largo ciclo de vida. Además -como también hemos observado- esta industria suele vincular sus operaciones con impactos significativos en lo social, económico y ambiental.²¹¹

Finalmente, si deseamos ver el desarrollo que la debida diligencia ha tenido en el sector minero peruano, veremos que la implementación de algunas iniciativas nacionales aplicaría como herramientas que deberían ser considerados por procesos empresariales de debida diligencia. Así, por ejemplo, los EIA o la Ley de Consulta Previa merecen ser nombrados.

2.3 Remediar

Como se ha señalado previamente, las empresas deben desarrollar procesos de debida diligencia en función de prevenir posibles vulneraciones de los derechos humanos como resultado de sus operaciones. Sin embargo, cabe la posibilidad de que ello no siempre sea posible. Bajo este supuesto, se espera que exista un mecanismo de respuesta adecuado, de manera que se pueda reparar el daño, o, en caso no sea posible, remediarlo.

Al respecto, debemos entender por “remediar” a aquel conjunto de procesos de proveer remedio ante un impacto negativo en los derechos humanos, y que

²¹⁰ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 10

²¹¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de la Extracción*. En: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Guidance-Extractives-Sector-Stakeholder-Engagement-SP.pdf>

promueve los resultados sustantivos que pueda contrarrestar -del impacto negativo- o, en todo caso, transformar tal impacto en positivo.²¹² En ese sentido, es importante mencionar que, los mecanismos de remediación están compuestos por una serie de posibilidades, las cuales pueden incluir las siguientes acciones: disculpas públicas, restitución, rehabilitación, compensación (financiera o no) y sanciones punitivas (civiles o penales).²¹³

De igual manera, podemos observar que este tercer pilar -“remediar”- está dirigido tanto a los Estados como a las empresas. A los Estados, porque, en el marco de la obligación de “proteger”, deben adoptar las medidas necesarias para investigar, sancionar y reparar²¹⁴ los abusos contra los derechos humanos cometidos por las empresas bajo su jurisdicción o territorio. Y, a las empresas, porque se busca darle solidez a su responsabilidad de “respetar” los derechos humanos; sin un remedio adecuado la responsabilidad carecería de sustento alguno.

Si bien este último pilar ha sido el menos desarrollado desde que NU adoptó los PR²¹⁵, es pertinente señalar que se han reconocido tres mecanismos esenciales mediante los cuales la remediación puede ser efectiva: a) los mecanismos judiciales; b) los mecanismos extrajudiciales, y; c) los mecanismos no estatales.²¹⁶

²¹² SUSTENTIA. (2013). *Cuaderno Guía de los Principios Rectores ONU sobre empresas y derechos humanos*. Madrid, España: Editorial SUSTENTIA. En: <http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Informes%20y%20gu%C3%ADas/Cuaderno%20Guia%20Principios%20Rectores%20AECID.pdf> p. 38

²¹³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. En: http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc p.23

²¹⁴ El remedio puede proporcionarse a través de medios judiciales, administrativos o legislativos.

²¹⁵ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 109

²¹⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas. *Empresas y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. En: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf p.21

Tabla 6. Tipos de mecanismos de remediación²¹⁷

ESTATALES	NO ESTATALES
JUDICIALES	PRIVADOS E INTERNACIONALES (empresas, gremios empresariales, tribunales internacionales)
EXTRAJUDICIALES	

Mecanismos judiciales

Respecto a los mecanismos judiciales, es obligación del Estado garantizar la funcionalidad y facilitar el acceso a los recursos judiciales. Existe diversa jurisprudencia en la que se desarrolla lo que se debe entender por “funcionalidad” y “accesibilidad” de los recursos judiciales. En esa línea, la Corte IDH ha señalado que:

“...para que el recurso exista no basta con que esté previsto por la Constitución o la Ley, o con que sea formalmente admisible, sino que, se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una obligación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.²¹⁸

El mismo tribunal agrega al respecto:

“...no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que estos puedan ser considerados efectivos”.²¹⁹

Como se puede observar, resulta ser obligación del Estado, tener a disposición de las personas y comunidades, los recursos judiciales idóneos para interponer las demandas sobre las vulneraciones a sus derechos por parte de terceros. Ello porque, cuando los Estados ratifican tratados internacionales de derechos

²¹⁷ SUSTENTIA. Opt Cit. p. 39

²¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. párr. 113

²¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. párr. 52

humanos, estos asumen la responsabilidad primaria de asegurar -a través de todas sus instancias y niveles de gobierno- que los derechos ahí contenidos serán respetados, protegidos y cumplidos plenamente. Tal responsabilidad estatal, se extiende también por sobre todas las entidades y componentes de la sociedad; lo que incluye a las instituciones internacionales, los individuos, las familias, la comunidad en general, y, por supuesto, las empresas.

De igual manera, resultará en obligación del Estado que los recursos judiciales y los efectos que estos generan -así como las etapas que activan- gocen de ciertas garantías que puedan salvaguardar la imparcialidad, independencia y transparencia del proceso. Algunas de esas garantías serían: que exista un juez imparcial y competente; que haya una comunicación previa y detallada al inculpado respecto de la acusación formulada; que se permita ejercer un adecuado derecho de defensa; que exista doble instancia (recurso de apelación) en el sistema legal; entre otras.²²⁰

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, la realidad en los países muy pocas veces suele ser homogénea respecto de los aspectos culturales, sociales o económicos de las personas que se encuentran en su territorio. Por tal motivo, se recomienda que, los mecanismos de denuncia que ofrezcan los Estados, para ser accesibles, deben adecuarse a las circunstancias propias de cada región y/o país: idioma; distribución geográfica de las poblaciones; respeto de mecanismos tradicionales de denuncia e instituciones tradicionales encargadas de recibirlas; entre otras.²²¹ Es decir, el Estado -particularmente²²² el Estado peruano-, si lo que quiere es cumplir cabalmente con su obligación de proteger los derechos humanos, debe priorizar, además, un enfoque intercultural a nivel institucional en

²²⁰ Las garantías judiciales señaladas y otras más pueden ser vistas en el artículo 8 de la CADH En: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

²²¹ INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS. Socios Perú y Embajada Suiza en el Perú. *Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Seguridad y el Respeto a los Derechos Humanos. Referencia particular al sector extractivo en el Perú.* En: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/12/Diagn%C3%B3stico-Nacional-sobre-la-Situaci%C3%B3n-de-la-Seguridad-y-Respeto-a-los-DDHH.pdf> p. 18

²²² “Particularmente” porque el Estado peruano contiene a un gran número de naciones; pueblos indígenas con cultura, costumbres e idioma e identidad propios.

relación a los mecanismos y recursos judiciales que ofrece a las personas y comunidades que se encuentran bajo su jurisdicción. Por lo tanto, puede observarse una estrecha relación de complementariedad entre el primer (Proteger) y el tercer pilar (Remediar).²²³

Por otra parte, y a propósito de las medidas que deben tomar los Estados para implementar mecanismos de reparación, los PR señalan que dichas medidas deben ser apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales, en particular considerando las formas de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.²²⁴

En lo que refiere a las condiciones en las que se encuentra el acceso a la justicia en el Perú, la Comisión Internacional de Juristas²²⁵ realizó una investigación al respecto en el año 2013, en la cual presentó un estado de la situación y una evaluación del acceso a la justicia en el Perú. A través del citado informe, se identificaron los siguientes obstáculos:

²²³ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 113

²²⁴ ONU. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Opt. Cit. p. 40

²²⁵ La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho. Fue establecida en 1952 y goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de NU desde 1957 y está activa en los cinco continentes. Ver más en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo11072013-205147.pdf>

Tabla 7. Obstáculos al acceso a la justicia en el Perú²²⁶

Tipos de barreras	Áreas deficientes	Causa	Consecuencia
Barreras estructurales e institucionales	Inadecuada normativa jurídica	Legislación nacional no está acorde con estándares internacionales	Asimetría en la relación entre ETN y víctimas
	Interferencia política e independencia del poder judicial	Falta de titularidad en el cargo e interferencia política del TC ²²⁷	Disminución del rol jurisdiccional del Poder Judicial
	Educación y cultura jurídica formalista	Se prescinde de los modos de solución de conflictos tradicionales	Se recurre a procedimientos basados sobre una ley que a muchos les resulta extraña e incomprensible.
Barreras técnicas y organizacionales	Presupuesto del Poder Judicial y de otras organizaciones de justicia	La asignación de recursos prioriza gastos fijos	No se amplía la oferta estatal de justicia
	Ineficiencia del sistema procesal	Congestión de despachos judiciales	Dilatación exagerada de procesos y baja productividad
	Organización del Poder Judicial y de otras organizaciones de justicia	Poca adaptabilidad y disposición a mejorar la administración de los despachos judiciales	Insalvable distancia geográfica de las necesidades jurídicas de la población
Barreras socio-económicas	Falta de conocimiento de derechos y de recursos	Impedimento de ejercer y defender debidamente los derechos propios	Las zonas rurales o regiones de extrema pobreza resultan más vulnerables
	Barreras lingüísticas y	Inexistencia de políticas estatales	No se responde a las demandas jurídicas

²²⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. (2013). *Acceso a la justicia: Empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú*. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo11072013-205147.pdf> p. 85 y ss.

²²⁷ Un análisis detallado de la jurisprudencia del TC entre 2005 y 2011 realizado por el Instituto de Defensa Legal muestra que cerca del 60% de decisiones sobre alegaciones de violaciones a los derechos humanos fueron desfavorables para los demandados.

	culturales	que promuevan la incorporación de funcionarios judiciales bilingües o de un sistema oficial de traductores judiciales	de una población multicultural y no se respeta una garantía del debido proceso.
	Barreras económicas	Excesivos costos formales para encarar un proceso judicial. También hay costos informales (corrupción) ²²⁸²²⁹	Desaliento del ciudadano a recurrir a las instancias judiciales
Fuente: Comisión Internacional de Juristas (Elaboración propia)			

Estas barreras pueden ser aún más evidentes cuando nos referimos a la relación entre ETN y derechos humanos, debido a la asimetría de poder existente entre ambas partes. Así, por ejemplo, resulta sencillo ilustrar ese desbalance de poder apelando a las hipotéticas defensas con que contarían las partes en un conflicto legal. Lo más seguro será que las ETN cuenten con el patrocinio de grandes estudios de abogados (nacionales e internacionales), mientras que, también será muy probable que las víctimas de las presuntas violaciones de derechos humanos que se encuentren en situación de pobreza deban ser proveídos por el Estado de alguna defensa letrada gratuita.²³⁰

Desbalances como estos, consecuencia de los obstáculos prácticos al acceso a la justicia, producen una deslegitimación del sistema y un cuestionamiento a la validez o efectividad de estos recursos, lo cual alienta estrategias por fuera del

²²⁸ En el caso de las empresas, esto opera como un incentivo para que las mismas se valgan de estas situaciones de corrupción que no permiten llevar a cabo un proceso judicial en igualdad de condiciones entre las partes.

²²⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Ver en: <https://www.transparency.org/>

²³⁰ Al respecto, según cifras del Ministerio Público, existen mil trescientos defensores públicos que ejercen esta labor en todo el país, cifra claramente insuficiente si se considera la demanda por este servicio. Ver más en: <http://www.minjus.gob.pe>

Estado de derecho. Esto, de alguna manera, explica la creciente conflictividad social en el país.²³¹

Mecanismos extrajudiciales

Además de los mecanismos de reparación judiciales, existen mecanismos de solución de conflictos y acceso a la remediación que pueden darse por fuera del aparato judicial estatal (aun siendo reconocidos y promovidos por el propio Estado). La condición extrajudicial de estos mecanismos, sin embargo, no exige que deban contemplar en sus fundamentos, ciertas características que les brinden legitimidad, confianza y seguridad. Algunos de los mecanismos extrajudiciales más recurridos son, por ejemplo, la conciliación, el arbitraje y la mediación.

Tal como lo refieren los PR, en la siguiente tabla se detalla cuáles son aquellas características con las que deberían contar los mecanismos extrajudiciales para poder cautelar los derechos de las personas y comunidades afectadas, y remediar - a través de ellos- las vulneraciones a los derechos humanos.

Tabla 8. Características de los mecanismos de reclamación extrajudiciales según los PR²³²

CARACTERÍSTICAS	Facultades propias de la característica
Legítimo	Suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder al correcto desarrollo de los procesos de reclamación.
Accesible	Se conocido por todos los grupos interesados a los que está destinado, y prestar la debida diligencia a los que puedan tener especial dificultad en acceder a ellos.
Predecible	Disponer de un procedimiento claro y conocido.
Equitativo	Asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, en condiciones de igualdad, información plena y respeto.
Transparente	Mantener informadas a las partes de un proceso de reclamación de su evolución.
Compatible con los derechos	Asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
Fuente de aprendizaje continuo	Adoptar las medidas pertinentes para identificar

²³¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Opt. Cit. p. 90

²³² ONU. Informe del RE. Opt. Cit. p. 30

	experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro.
Base participativa y de diálogo	Consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio de abordar y resolver los agravios.

En el Perú, son dos los mecanismos extrajudiciales más usados:²³³ la conciliación²³⁴ y el arbitraje.²³⁵ Más allá de estos mecanismos, casi no se recurre a otros medios de resolución de conflictos en la práctica peruana. Las partes intentan llegar a acuerdos directos a través de la negociación, pero en todo caso esto queda en la esfera de la autonomía privada.²³⁶

En lo concerniente a los principales mecanismos estatales y no judiciales de reclamación y remediación, se ha reconocido a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, los Puntos de Contacto de la OCDE y las oficinas de la Defensoría del Pueblo²³⁷ como canales en donde se puedan ejecutar tales mecanismos.

Mecanismos no estatales

Es importante que los Estados aborden y difundan, en su estrategia comunicacional con la sociedad civil, la existencia, atribuciones y alcances de los mecanismos extrajudiciales, así como de los mecanismos no estatales. Tanto unos como otros son complementarios a la actividad judicial estatal, y no pueden reemplazar a esta.²³⁸

²³³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Opt. Cit. p. 53

²³⁴ En el ámbito extrajudicial ha sido desarrollada normativamente por la Ley N° 26872 (1997) y por el Decreto Legislativo 1070 (2010). Se le define como “una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista a una solución consensual al conflicto.”

²³⁵ Regulado normativamente por el Decreto Legislativo 1071.

²³⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Opt. Cit. p. 54

²³⁷ SUSTENTIA. Opt. Cit. p. 40

²³⁸ ONU. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Opt. Cit. p. 34

Dentro de los mecanismos no estatales de remediación se encuentran aquellos puestos a disposición por las propias empresas.²³⁹ Estos mecanismos, si bien no impiden que los individuos afectados recurran a los mecanismos estatales, sí buscan evitar –de manera consensuada con los presuntos afectados- que sus reclamaciones se formulen a través de los órganos y tribunales oficiales. Empero, los mecanismos de remediación brindados por las empresas también deberán contemplar los principios detallados en la **Tabla 8**, y deberán poner especial énfasis en la participación y el diálogo entre los grupos interesados, en lugar de que sea la propia empresa que actúe como árbitro.²⁴⁰

Adicionalmente, el RE señala que tales mecanismos desempeñan dos funciones claves en la gestión de los derechos humanos por parte de las empresas. En primer lugar, permiten abordar y resolver directamente los agravios. En segundo lugar, actúan como sistemas de alerta temprana, ofreciendo a las empresas información constante, permitiendo con ello analizar tendencias y pautas en las reclamaciones, de manera que las empresas puedan determinar los problemas sistémicos y adaptar sus prácticas en consecuencia.²⁴¹

Finalmente, resulta interesante observar que, si bien los mecanismos de reparación de agravios que brindan las empresas pueden representar un recurso inicial y una posible solución a las afectaciones a terceros, los mecanismos estatales y empresariales no son excluyentes y pueden complementarse o reforzarse entre sí.²⁴²

3. Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN)

Mediante lo expuesto, ha quedado en evidencia que los Estados deben utilizar los PR como una guía que les permita regular su actuación respecto a las empresas. Para ello, el GTEDH-PR ha establecido que la manera más eficaz de implementar

²³⁹ Estos mecanismos pueden ser ofrecidos directamente por la empresa, mediante acuerdos de colaboración con otras empresas u organizaciones, o facilitando el recurso a un órgano o experto externo mutuamente aceptado.

²⁴⁰ ONU. Informe del RE. Opt. Cit. p. 21

²⁴¹ ONU. Informe del RE. *Ibíd.*

²⁴² ONU. Informe del RE. Opt. Cit. p. 25

los PR por parte de los Estados es a través de la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos (PAN).²⁴³ Este documento debe contener las pautas necesarias para promover y establecer normas de conducta empresarial responsable, además de determinar elementos trascendentales y responsables de la implementación: entidad coordinadora; funciones y roles de los actores; distribución presupuestaria, entre otros.²⁴⁴

El propio GTEDH-PR ha señalado que, el propósito fundamental de un PAN es prevenir las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, y reforzar la protección contra ellas mediante un proceso inclusivo -en el cual se determinen las necesidades y las deficiencias, junto con las medidas prácticas viables- y los objetivos.²⁴⁵ En esa línea, el GTEDH-PR menciona que los PAN pueden ser instrumentos para lo siguiente:

- a) La aplicación coordinada y coherente de los PR.
- b) Una evaluación exhaustiva de las necesidades y las carencias, que se traduzca en objetivos prácticos para estimular la adopción de medidas y aumentar la rendición pública de cuentas.
- c) La aplicación de los PR de manera lo bastante flexible como para responder a la variedad de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos a los que pueda enfrentarse un país. (Subrayado propio)
- d) La sensibilización sobre las normas aplicables en materia de derechos humanos y los tres pilares de los PR y la oportunidad de mantener un diálogo constructivo entre múltiples actores. (Subrayado propio)
- e) La movilización de recursos, incluso mediante la cooperación internacional y el apoyo técnico.

²⁴³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Grupo de Trabajo de los Principios Rectores sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos (GTEDH-PR). “*Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*”. Resolución A/69/263. En: <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=540ee7264> p. 3

²⁴⁴ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 51

²⁴⁵ ONU. Informe del GTEDH-PR. Opt. Cit. p. 3

- f) La ayuda para nivelar las reglas de juego internacionales relativas a los marcos de políticas, legislativo y reglamentario, sobre las empresas y los derechos humanos.²⁴⁶

Respecto de quién debe encargarse de la elaboración del PAN, el propio GTEDH-PR reconoce que, la mayoría de Estados que han abordado esta cuestión, lo han hecho creando grupos de trabajo interministeriales amplios. Los agentes gubernamentales competentes incluyen, entre otros, a los ministerios responsables en materia de: relaciones exteriores;²⁴⁷ derechos humanos; empresas y comercio; justicia; trabajo y desarrollo.²⁴⁸

De igual manera, una parte esencial de la elaboración de un PAN, es consultar a un amplio espectro de actores interesados no gubernamentales. Entre los más pertinentes se encuentran las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, las empresas, las asociaciones empresariales y profesionales, los sindicatos y el sector académico.²⁴⁹ Esto se explica en gran medida porque el Estado por sí solo no puede aplicar los PR. La mayoría de las medidas públicas requieren que el sector privado las haga suyas. En tal sentido, no es posible llevar a cabo la implementación del pilar de “Proteger” sin hablar de una acción conjunta entre distintos actores.²⁵⁰

Finalmente, no existe una lista de criterios uniformes para la elaboración del PAN. El GTEDH-PR señala que cada país deberá corresponder en su elaboración a su propia realidad y circunstancias. No obstante, el Instituto Danés para los Derechos Humanos²⁵¹, ha identificado algunos elementos con los que idealmente debería contar un PAN. Entre estos, encontramos relevantes los siguientes: la declaración

²⁴⁶ ONU. Informe del GTEDH-PR. Opt. Cit. p. 5

²⁴⁷ En el caso de España, el PAN fue aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Ver más en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2017_COMUNICADOS/20170728_COMU180.aspx

²⁴⁸ ONU. Informe del GTEDH-PR. Opt. Cit. p. 5-6

²⁴⁹ ONU. Informe del GTEDH-PR. Opt. Cit. p. 6

²⁵⁰ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 53

²⁵¹ El *Instituto Danés para los Derechos Humanos* es una institución estatal danesa, pero independiente. Su objetivo es la promoción y protección de los derechos humanos en Dinamarca y en el extranjero. Ver más en: <https://www.humanrights.dk/who-we-are>

pública de quién es responsable dentro del gobierno de liderar la elaboración del PAN; el diseño y conocimiento del alcance y el calendario del proceso de desarrollo del PAN; garantizar la participación efectiva de todas las partes interesadas mediante un mapeo de actores, y; determinar quién tiene la responsabilidad de la aplicación de las líneas de actuación dentro del PAN, como del seguimiento general.²⁵²

3.1 Países que han elaborado un PAN sobre empresas y derechos humanos

A la fecha solo un reducido grupo de países ha elaborado un PAN sobre empresas y derechos humanos; sin embargo, este se ha ido incrementando. Cabe destacar que la gran mayoría de estas herramientas, han sido elaboradas por países occidentales y desarrollados, los cuales han buscado promover desde un principio la iniciativa de los PR, tal como lo muestra la **Tabla 9**.

²⁵² INSTITUTO DANÉS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *10 Criteria for National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights*. En: [http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/10%20Criteria%20for%20National%20Action%20Plans%20\(NAPs\).pdf](http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/10%20Criteria%20for%20National%20Action%20Plans%20(NAPs).pdf).

Tabla 9. Situación de los PAN sobre empresas y derechos humanos respecto de algunos países²⁵³

PAÍS	Situación del PAN	Año de aprobación	Miembro UE	Miembro OCDE	Miembro AP
Reino Unido	Aprobado	2013	En proceso de salida	X	
Países Bajos	Aprobado	2013	X	X	
Dinamarca	Aprobado	2014	X	X	
Finlandia	Aprobado	2014	X	X	
Suecia	Aprobado	2015	X	X	
Colombia	Aprobado	2015			X
Noruega	Aprobado	2015		X	
Lituania	Aprobado	2015	X		
Alemania	Aprobado	2016	X	X	
Estados Unidos	Aprobado	2016		X	
Italia	Aprobado	2016	X	X	
Suiza	Aprobado	2016		X	
España	Aprobado	2017	X	X	
Francia	Aprobado	2017	X	X	
Eslovenia	En proceso		X	X	
Portugal	En proceso		X	X	
Grecia	En proceso		X	X	
Irlanda	En proceso		X	X	
Ghana	En proceso				
Argentina	En proceso				
Chile	En proceso			X	X
México	En proceso			X	X
Perú	Con mandato de elaboración				X

*Fuente: Business Human Rights Resource Centre (Elaboración propia)

A propósito de la tabla expuesta, se ha tomado como criterio la membresía de los Estados en ciertas organizaciones internacionales. Esto, con la intención de ilustrar la relevancia que ello implica en el campo de las relaciones internacionales, en general, y del posicionamiento internacional para el Perú, en particular.

²⁵³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del GTEDH-PR. Opt. Cit. p. 3.

Como podemos ver, tanto la UE como la OCDE, están compuestas por países desarrollados, que cuentan con un gran número de ETN. Además, ambas organizaciones internacionales, ya han tomado acciones reguladoras y normativas en el marco de sus políticas públicas respecto de las empresas, los derechos humanos y la responsabilidad social. Muchas de esas políticas públicas incluyen una revisión de las prácticas empresariales y sus efectos en las vidas de las personas (derechos humanos). Pero, lo más importante, es que dichas políticas se han alineado, acogiendo los PR como eje central. Tal adopción de los PR por parte de las organizaciones internacionales se está integrando gradualmente en todos sus marcos. Así, por ejemplo, en el camino para que el Perú se convierta en miembro de pleno derecho de la OCDE, es seguro que resultará conveniente observar lo señalado en las “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”²⁵⁴ respecto de las responsabilidades de los Estados adherentes.²⁵⁵ A pesar de que este no sea un instrumento vinculante, y considerando el principio de buena fe sobre el cual estos instrumentos se basan, existe, además, un incentivo importante para su cumplimiento por parte del Perú, y que encuentra su explicación en el campo de las relaciones internacionales; particularmente respecto del rol que cumplen las organizaciones internacionales en el ejercicio del *soft power*.²⁵⁶

De igual manera, en otro claro ejemplo de promoción de los PR, en el año 2015, la OCDE buscó darle mayor legitimidad al instrumento, elaborando la “Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas

²⁵⁴ En el año 2011, se introdujeron los siguientes cambios a las Directrices: un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos; un enfoque nuevo y amplio en relación con la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro; entre otros.

²⁵⁵ El Perú desde el 26 de julio de 2008 es signatario de la declaración de la OCDE acerca de las Directrices para Empresas Multinacionales.

²⁵⁶ El *soft power* es la capacidad de un actor político para incidir en las acciones e intereses de otros actores, valiéndose de medios culturales o ideológicos, con el complemento de medios diplomáticos. Todo ello en lugar de utilizar la coerción/amenazas (intervención militar), o el ajuste económico (embargo). El poder blando puede ser utilizado también por otros actores en política internacional -más allá de los Estados-, como las ETN o las ONG. Ver más: Observatorio de Relaciones Internacionales. *Soft power: influencia y poder de la imagen exterior*. Publicado el: 16/10/2015. En: <http://relacionesinternacionales.media/informes/soft-power-influencia-y-poder-de-la-imagen-exterior>

Involucradas en el Sector de Extracción”.²⁵⁷ Esta Guía, es parte de la labor que lleva a cabo la OCDE para generar aplicaciones sectoriales prácticas en torno a las recomendaciones que se encuentran contenidas en las “Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE”.²⁵⁸ La Guía desarrolla sustancialmente los PR, poniendo especial énfasis en los procesos de debida diligencia.

Por otra parte, es importante señalar que los PAN de los países europeos responden a los requerimientos y recomendaciones efectuadas en el marco de la UE, a través de la “Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”²⁵⁹ y del “Plan de Acción de la UE sobre derechos humanos y democracia 2015-2019”.²⁶⁰ Ambos instrumentos también han adoptado los PR de manera esencial.

Por último, también es interesante observar que los países de la Alianza del Pacífico (AP) se encuentran comprometidos con la elaboración de sus propios PAN. Colombia fue el primero en elaborarlo, mientras que México y Chile se encuentran en proceso.

3.2 El caso peruano

Respecto del estado de elaboración del PAN peruano, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) tiene el mandato presidencial de trabajar en un Plan propio. Al respecto, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021 (PNDH) -el cual se encuentra aún en diseño, pese a que su presentación estaba programada para junio de 2017- ha incorporado²⁶¹ un lineamiento estratégico nuevo:

²⁵⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de la Extracción*. En: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Guidance-Extractives-Sector-Stakeholder-Engagement-SP.pdf>

²⁵⁸ OCDE. Opt. Cit. p. 2

²⁵⁹ Ver en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:es:PDF>

²⁶⁰ Ver en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52015JC0016>

²⁶¹ El Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021 proseguirá, en lo fundamental, los cuatro lineamientos estratégicos del Plan vigente (2014-2016), que fueron aprobados en julio de 2014: **Lineamiento N° 1:** Promoción de una cultura de derechos humanos y de la paz en el Perú;

- **Lineamiento N° 5:** “Implementación de estándares de cumplimiento de derechos humanos en las actividades de las empresas privadas y públicas”

A través de este lineamiento se busca prestar atención específica al desempeño de las empresas como poderosos actores económicos, nacionales y transnacionales, cuyas actividades superan los marcos de regulación tradicionales. Su objetivo es promover la responsabilidad de las empresas como sujetos obligados a respetar los derechos humanos.²⁶²

A la fecha, ya ha suscitado una reunión interministerial -en octubre de 2016- para intercambiar ideas sobre el contenido del Lineamiento N° 5, así como para manifestar la disposición del MRE para colaborar de manera directa en los trabajos de elaboración de dicho lineamiento, en el marco de las obligaciones jurídicas asumidas por el Estado peruano. Esta reunión, si bien contó con la participación de los representantes del MRE y del MINJUS, no contempló en ella a los representantes de otros actores relevantes como las empresas y la sociedad civil. De hecho, en el proceso de elaboración del PNDH, se decidió que, la sociedad civil, participará únicamente en la elaboración del Lineamiento N° 3, a través de las Mesas de Trabajo Temáticas.

Finalmente, como resultado de dicha reunión, se concluyó que el MINJUS propiciaría un esquema de trabajo, considerando la participación del MRE en el equipo nuclear. Sin embargo, cabe mencionar que, el desarrollo del Lineamiento N° 5, avanza tan lentamente, que parece que estuviese estancado.²⁶³

Lineamiento N° 2: Diseño y fortalecimiento de la política pública de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; **Lineamiento N° 3:** Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección; **Lineamiento N° 4:** Fortalecimiento del ordenamiento jurídico interno, a través de la aprobación y/o implementación de instrumentos internacionales, para la promoción y protección de los derechos humanos.

²⁶² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Lineamientos estratégicos del Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021*. En: <https://www.minjus.gob.pe/pnddhh/>

²⁶³ Información proporcionada mediante entrevista con la Dra. Rosa Elena Arias Rojas, asesora legal de la Dirección General de Multilaterales (DGM) del MRE, y representante alterna del MRE en la elaboración del PNDH.

4. Desafíos que representa la implementación de los PR en el Perú

Hemos desagregado y descrito cada uno de los pilares de los PR, a la vez que hemos desarrollado la herramienta encargada de llevarlos a la práctica; el PAN sobre Empresas y Derechos Humanos. También hemos sido cautos al referir que la implementación de los PR y la elaboración de los PAN deberán corresponder a la realidad social, económica y cultural -desde un punto de vista inclusivo y participativo con todos los grupos de interés relevantes- de cada país. A partir de estas ideas, evaluaremos la viabilidad de la implementación de los PR en el contexto peruano, atendiendo a sus particularidades.

Al respecto, en primer lugar, cabe prestar atención a la débil institucionalidad²⁶⁴ del Estado peruano, lo que dificulta que este asuma y lleve a cabo todas las obligaciones a las cuales está comprometido, ya sea en materia de protección de derechos humanos, o trátase de brindar estabilidad jurídica a la IED. No contar con instituciones lo suficientemente sólidas no permite brindar marcos de protección eficaces para ninguna de las partes. A ello, habría que sumar la poca presencia que tiene el Estado en algunas partes de su territorio, debido en gran medida a su particular geografía.²⁶⁵ Estas condiciones dificultan que el Estado pueda realizar un monitoreo real sobre las prácticas empresariales y cómo es que éstas se alinean con el marco legal. Esta ha sido la situación del Estado peruano durante los últimos años: en recurrentes ocasiones, el poder estatal ha sido menor al ejercido por las ETN, y el primero se ha visto impedido de enfrentar la conducta del privado.²⁶⁶

De igual manera, la informalidad y la existencia de un gran grupo PYME dificultan la tarea de implementar los PR. En el primer caso, por la incapacidad

²⁶⁴ Ver **Tabla 7**. Obstáculos al acceso a la justicia en el Perú.

²⁶⁵ La selva peruana, por ejemplo, abarca el 60.3% de la superficie nacional y solo contribuye a la población nacional con 14%. Además es la región natural más desconectada del país, lo que dificulta que la presencia del Estado se pueda extender de manera eficaz y sistemática en este espacio geográfico. Ver más en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1154/cap05.pdf

²⁶⁶ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 67

económica de superar los altos costos que implica formalizarse, y el desinterés en cumplir la ley; en el segundo caso, se atribuye a un fenómeno presupuestal.²⁶⁷

Adicionalmente, la falta de una cultura de derechos humanos en el país, que involucre de manera transversal a todos los sectores, y que integre a todos los actores en una sinergia orientada a la protección y el respeto de los derechos humanos, es otro de los grandes desafíos a los que se tiene que enfrentar los PR en el Perú. Sobre todo, si tomamos en cuenta que, una cultura de derechos humanos empodera a las personas y comunidades, apropiándose estas de tales derechos y exigiendo su cumplimiento, tanto al sector público como privado.²⁶⁸

5. Acogida y reacciones a los PR

A pesar de que los PR ya se están implementando en algunos países -y en otros se están gestando las condiciones para su implementación- y son muchas las voces que los respaldan, su acogida no ha sido ajena a cuestionamientos y críticas por parte de algunos actores.

A continuación veremos cuáles han sido las posturas -a favor o en contra- que han tomado los actores relevantes (Estado -empresas- sociedad civil) a propósito del instrumento voluntario. Para ello, resulta clave observar el nivel de interés y participación que han mostrado los actores, ya sea en el proceso de elaboración de los PR, o a través de la implementación, promoción y/o divulgación del mismo. Si algo tienen en común estos aspectos, es que, para que se concreten, requieren desarrollarse en un ámbito de cooperación.

Efectivamente, los PR se fundamentan esencialmente en la participación dinámica de los tres actores relevantes. Evidencia de ello es el Foro sobre Empresas y Derechos Humanos (El Foro), el cual fue creado a través de la misma resolución (17/4) que estableció los PR.

²⁶⁷ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 142

²⁶⁸ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. p. 54

5.1 Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de NU

El Foro fue creado en el 2011 por el CDH con el fin de servir como una plataforma global para examinar las tendencias y los problemas de aplicación de los PR, y promover el diálogo y la cooperación acerca de las cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos, así como para definir las buenas prácticas empresariales y estatales.²⁶⁹ Las ediciones del Foro tienen lugar en Ginebra, se llevan a cabo de manera anual a partir del año 2012, y tienen una duración de tres días. La sexta edición tendrá lugar en noviembre de 2017.

Con el propósito de cumplir con el fin de su creación, El Foro reúne a más de dos mil participantes de gobiernos, empresas, grupos comunitarios, organizaciones no gubernamentales, despachos jurídicos, organizaciones de inversores, órganos de las NU, instituciones nacionales de derechos humanos, sindicatos, académicos y medios de comunicación.²⁷⁰

Adicionalmente, El Foro está dirigido por el GTEDH-PR y organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. A partir del año 2017, el GTEDH-PR tiene un mandato para presidir el Foro y preparar un informe sobre las actuaciones y recomendaciones temáticas del mismo.²⁷¹

²⁶⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>

²⁷⁰ Las siguientes son algunas entidades que fueron representadas en el último Foro (2016): **Empresas:** Allen & Overy, Anglo American, Coca-Cola, Ericsson, General Electric, Google, Microsoft, Mitsubishi, Monsanto, Nestlé, Nokia, Philip Morris International, Río Tinto, Unilever, Samsung, entre otras. **Sociedad Civil:** Amnesty International, BHRRC, Earth Rights, Human Rights Watch, FIDH, SOMO, ITUC, Oxfam, entre otros. **Organizaciones empresariales y patronales:** Electronics industry Corporate Citizenship Coalition, Global Business Initiative on Human Rights, International Council on Mining and Metals, International Chamber of Commerce, International Organisation of Employers, World Business Council for Sustainable Development, entre otros. **Organizaciones internacionales y regionales:** ASEAN, AU, CoE, EU, FAO, UN Global Compact, ICRC, IFC, ILO, OAS, OECD, UNCTAD, UNICEF, entre otras. Ver más: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/2016ForumBHR.aspx>

²⁷¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 35/7. *Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_35_L.11.pdf

Como se puede observar por la diversidad de participantes en El Foro, no existe una polarización en función de su calidad o naturaleza. Así, por ejemplo, se evidencia tanto quórum en la participación, como consenso en su implementación (PR), ya sea a nivel estatal como corporativo y civil. No obstante, y como veremos más adelante, la verdadera polarización se encuentra dentro del conjunto de cada una de las unidades actorales. Así, por ejemplo, hay Estados y ONG que reclaman ciertas insuficiencias de los PR, o que no están de acuerdo con ciertos aspectos de los mismos. En el caso de las ETN, las reacciones y acogida han sido bastante más positivas y uniformes.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, existe consenso entre los actores de que, dentro de los aciertos que se le reconocen a los PR, se encuentran los siguientes:

- Haber producido impactos muy positivos en términos de concientización corporativa y social respecto de los derechos humanos.
- Haber incorporado las ideas de la debida diligencia corporativa con respecto a los impactos que tienen sus operaciones en los derechos humanos.
- Haber introducido ideas precisas acerca de planificar, evitar y tomar medidas para mitigar y reducir el daño potencial de los derechos humanos.
- Haber establecido firmemente los conceptos previos en el debate general sobre la responsabilidad corporativa y los impactos de las empresas en los negocios.²⁷²

5.2 Críticas

Una de las críticas que proviene desde las organizaciones de la sociedad civil es que, actualmente, no existe ningún mecanismo externo de NU que realice un proceso de verificación de la debida diligencia realizada por las empresas. Esta es una crítica fundamental porque recae sobre la falta de fiscalización que tendría el

²⁷² Daniel BLACKBURN. (2017). *Removing Barriers to Justice*. ICTUR - International Center for Trade Union Rights. En: file:///C:/Users/home/Downloads/Removing_barriers_to_Justice_August_2017%20(3).pdf p. 62

instrumento, lo que involucra -en esencia- cuestionar el principio de buena fe y, por extensión, las normas de *soft law*. En efecto, el hecho de que las empresas realicen este proceso no implica que necesariamente haya sido llevado a cabo en base a criterios objetivos.²⁷³ De esta manera, se incide en la necesidad de obligar a que sean expertos independientes quienes acompañen a las empresas en la realización de la debida diligencia, y que los grupos de interés también cumplan un rol importante en este proceso.²⁷⁴

Otra de las críticas importantes frente a los PR tiene que ver con los mecanismos de reparación no estatales; precisamente los extrajudiciales y/o privados. Al respecto, resulta necesario preguntarnos si la existencia de estos mecanismos, tales como el arbitraje y la conciliación, son los idóneos para discutir derechos indisponibles.²⁷⁵ Ello, a la vez, abre la puerta a una serie de interrogantes: ¿Podrían las ETN realizar transacciones pecuniarias (indemnizaciones) con las presuntas víctimas por la afectación de sus derechos humanos? ¿Alguien supervisaría estos mecanismos de reparación? ¿Qué sucedería, acaso, si las presuntas víctimas no están informadas sobre los alcances de sus propios derechos y de las obligaciones de las empresas?²⁷⁶

Si bien estos son cuestionamientos pertinentes sobre la implementación de los PR, la inquietud más importante está en el campo de la reparación y sanción. Ambas deben ser justas y proporcionales al daño y, sobre todo, debe existir una garantía de que así será. Los PR, por su parte, no admiten otra garantía que la buena fe de las ETN. En esa línea, algunos Estados y sectores de la sociedad civil, se han pronunciado sobre la falta de fuerza ejecutora y coactiva del instrumento, aludiendo, además, que su texto no ha sido negociado por los Estados. A propósito de ello, el RE señaló lo siguiente:

²⁷³ Micaela CORTÉS. Opt. Cit. 89

²⁷⁴ Silvia HERRERA. *La debida diligencia: empresas y derechos humanos*. En: <http://ridh.org/nes-adn-events/news-articles/la-debida-diligencia-empresas-y-derechos-humanos/>.

²⁷⁵ Los derechos humanos son inherentes a la persona por su condición de tal.

²⁷⁶ Ver caso Yanacocho-Choropampa: Transacción extrajudicial por vertido de mercurio de la empresa subcontratada RAMSA-Operador Logístico.

“El Consejo de Derechos Humanos de NU aprobó por unanimidad un conjunto de Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos que desarrollé. Esta fue la primera vez que el Consejo o su predecesor, la Comisión, endosaba un texto normativo que los Estados no hubiesen negociado por sí mismos”.²⁷⁷

Sumado a ello, se acusa a los PR de privilegiar un enfoque mucho más alineado con los intereses de las ETN al no establecerles obligaciones vinculantes. Ello podría ser verdad hasta cierto punto, si consideramos lo señalado por el RE:

“Las grandes empresas transnacionales señalaron que yo debería reconocer de manera explícita que no había necesidad para un nuevo marco legal internacional. En su lugar, me solicitaron concentrarme en identificar y promover las buenas prácticas corporativas, de manera que pueda proveer a las empresas con herramientas que los habiliten de manera voluntaria a lidiar con la complejidad del tema sobre derechos humanos”.²⁷⁸

A partir de estas críticas, objeciones y cuestionamientos sobre los PR, y la manera en cómo es estas posiciones abordan la relación de las empresas con los derechos humanos, es que se fundamentará un segundo enfoque sobre la cuestión, el cual será desarrollado en el siguiente capítulo.

²⁷⁷ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xx

²⁷⁸ John RUGGIE. Opt. Cit. p. xx

CAPÍTULO IV. EL FUTURO TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

El presente capítulo se concentra en la segunda aproximación con la que se pretende abordar la relación de las ETN y los derechos humanos: la iniciativa de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante.

En primer lugar, observaremos en qué consisten las justificantes a favor de la elaboración del tratado, ello pese a haberse iniciado en el año 2011 el proceso de implementación de los PR. Posteriormente, analizaremos la resolución 26/9, la cual crea al GTI y le asigna el mandato de elaborar el instrumento en cuestión. En función de ello, y valiéndonos de los dos Informes (31/50 y 34/47) que ha desarrollado el GTI durante sus dos primeros períodos de sesiones, definiremos cuáles son los puntos focales sobre los que se discutirán las negociaciones en el tercer período. La correlación de fuerzas de los actores internacionales que subyace en el posicionamiento respecto de dichos puntos focales, será tomada en cuenta de manera transversal a medida que se desarrolla el capítulo.

Finalmente, veremos cuáles son los lineamientos de la política exterior peruana respecto de dos dimensiones que atañen de manera particular al sector minero: la captación de IED y la protección de los derechos humanos. Una tercera dimensión, relacionada al posicionamiento internacional del Estado peruano, y que, en cierta medida, se encuentra vinculada a las dos anteriores, también será desarrollada.

1. Origen de la iniciativa

1.1 Justificación del instrumento

Aunado a las críticas que en un principio se hicieron a los PR respecto de su naturaleza y su configuración, algunas ONG²⁷⁹ han expresado que la implementación práctica de este instrumento tampoco ha estado exenta de

²⁷⁹ Human Rights Watch calificó a los PR como un instrumento “lamentablemente inadecuado”. Ver más: Human Rights Watch. (2015). “*Without Rules: a Failed Approach to Corporate Accountability*”. En: <http://corporatejustice.org/statement-2015-csr-forum.pdf>, p. 2

insuficiencias. En ese sentido, la ausencia de una fuerza jurídica vinculante y la dependencia de los Estados a la acción voluntaria de las empresas como métodos de implementación de los PR, han llevado a creer que el voluntarismo por sí solo no resulta efectivo.

Las principales insuficiencias que se han reportado están vinculadas con el acceso a la justicia y a los mecanismos de reparación. Se ha tenido registro de que, en algunos países -pese a que ya se vienen implementando los PR-, las víctimas no consiguen obtener audiencias ante los tribunales nacionales; los mecanismos de reparación permanecen aún fuera del alcance de los afectados, y; las estructuras corporativas no reformadas, junto a la vieja normativa no adecuada, bloquean y dilatan los litigios.²⁸⁰

Por tales motivos, son cada vez más las voces que se inclinan hacia una iniciativa vinculante, la cual contenga a todas las ETN alrededor del mundo bajo un conjunto de criterios y lineamientos operacionales de cumplimiento obligatorio, con un enfoque orientado a la protección de los derechos humanos. Quienes respaldan esta iniciativa, señalan que el futuro instrumento debe establecer el marco de actuación estatal y empresarial, basado en el cumplimiento de la obligación legal, y no simplemente en el interés propio o la reputación corporativa.²⁸¹

Sumado a ello, la comunidad internacional y la sociedad civil son conscientes que, en los últimos años, las operaciones que desarrollan las ETN se han complejizado, adicionando cada vez más actores en la cadena productiva y en el área de influencia sobre la cual tienen impacto sus actividades. Esta dinámica, ha hecho posible que, actualmente, las ETN se encuentren insertadas en el tejido social, económico y político de los Estados; circunstancia que reproduce significativamente los efectos negativos de sus operaciones.

²⁸⁰ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 61-62

²⁸¹ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 55

Tomando lo anterior en consideración, hay que subrayar que, es precisamente en el sector extractivo -dada su naturaleza-, en donde con mayor claridad se evidencia la complejidad de las interacciones entre los diversos actores o grupos de interés. El caso de la minera Samarco,²⁸² ocurrido en noviembre de 2015, es, para quienes abogan por el tratado, una muestra inequívoca a favor de la tesis sobre la necesidad de pasar a una normativa vinculante en materia de ETN y derechos humanos, y de la relevancia de esta normativa para el sector minero.

Es por todo ello que, durante la sesión de septiembre de 2013 -24° período de sesiones- del CDH, un grupo significativo²⁸³ de Estados individuales y grupos regionales que representaban a más de 80 Estados, instaron a través de una declaración conjunta efectuada por el Estado ecuatoriano, a que se definiera un instrumento jurídicamente vinculante sobre la materia.²⁸⁴

1.2 La Resolución 26/9/CDH

En julio de 2014 -26° período de sesiones-, el mismo CDH, que había apoyado los PR de junio de 2011, aprobó por votación la Resolución 26/9. A través de ella, se decidió establecer un Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) de composición abierta sobre las ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato sería elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular

²⁸² En noviembre de 2015, la ruptura de uno de los diques de la Minera Samarco, que contenía relaves mineros, ocasionó el vertido de una ola de lodo tóxico equivalente a 50 millones de metros cúbicos de residuos mineros. El lamentable acontecimiento, tuvo como consecuencia, la desaparición completa de un centro poblado, decenas de muertos y desaparecidos, y un desastre medioambiental que se extendió por 650 kilómetros a través del río Doce, hasta finalmente llegar al Océano Atlántico. La minera Samarco pertenecía conjuntamente a la compañía brasilera Vale y al conglomerado anglo-australiano BHP Billiton. Ver más: INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS. *Medio ambiente, empresas transnacionales y derechos humanos*. Publicado el: 07/12/2015. En: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/medio-ambiente-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/>

²⁸³ La declaración ecuatoriana contó con el auspicio de: Grupo Africano, Grupo Árabe, Bolivia, Venezuela, Cuba, El Salvador, Nicaragua, India, Filipinas, Sri Lanka, Kirguistán, **Perú**, entre otros).

²⁸⁴ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD DE ECUADOR. *Propuesta ecuatoriana sobre empresas y derechos humanos logra importante acogida internacional*. En: <http://www.cancilleria.gob.ec/propuesta-ecuatoriana-sobre-empresas-y-derechos-humanos-gana-apoyo-masivo/>

las actividades de dichas empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.²⁸⁵

Tabla 10. Resultado de la votación que aprobó la Resolución 26/9

A favor	En contra	Abstención
Argelia	Alemania	Arabia Saudita
Benín	Austria	Argentina
Burkina Faso	Estados Unidos	Botswana
China	Estonia	Brasil
Congo	Ex República Yugoslava de Macedonia	Chile
Costa de Marfil	Francia	Costa Rica
Cuba	Irlanda	Emiratos Árabes Unidos
Etiopía	Italia	Gabón
Federación de Rusia	Japón	Kuwait
Filipinas	Montenegro	Maldivas
India	Reino Unido	Perú
Indonesia	República Checa	Sierra Leona
Kazajistán	República de Corea	
Kenia	Rumania	
Marruecos		
Namibia		
Pakistán		
Sudáfrica		
Venezuela		
Vietnam		

Como puede observarse en la **Tabla 10**, los países europeos, Estados Unidos y otros países desarrollados votaron en contra de la Resolución, mientras que las economías emergentes y los países del hemisferio sur se pronunciaron mayormente a favor, aun cuando hubo varias abstenciones entre ellos.

1.3 El Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) y sus períodos de sesiones

Como se ha señalado, la Resolución 26/9 estableció el GTI, y decidió, además, que su Presidente-Relator prepare los elementos para un proyecto de instrumento

²⁸⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. En: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf> p. 2.

internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema, al comienzo del tercer período de sesiones, teniendo en cuenta las deliberaciones de los dos períodos de sesiones anteriores,²⁸⁶ los cuales estarían orientados a compartir visiones sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro tratado internacional.

Las dos primeras sesiones ya se han llevado a cabo, y el GTI ha hecho entrega al CDH de los resultados de las deliberaciones a través de dos Informes: A/HRC/31/50 y A/HRC/34/47. En función de dichos Informes, es que se realizará un análisis de la potencial estructura del instrumento internacional, así como de los principales elementos y alcances que lo comprenderán.

Es importante señalar que, durante las dos primeras sesiones, la participación de las entidades e instituciones relevantes ha tenido un quórum importante y ha sido diversa en cuanto a la calidad de los actores internacionales.²⁸⁷ A las mismas acudieron un gran número de Estados, entre los cuales también estuvo el Perú. Por su parte, la UE -uno de los más representativos objetores de la iniciativa- tuvo una participación irregular en el primer período de sesiones; sin embargo, sí fue posible contar con su presencia al año siguiente. Adicionalmente, otras instancias internacionales como la OCDE, el Consejo de Europa u organismos especializados de las NU también han participado de las sesiones, aunque algunos con menor intensidad que otros. Finalmente, la participación de las ONG ha sido contundente.

2 Descripción y alcance de los puntos focales

A continuación se describirán y analizarán los aspectos que han suscitado mayor debate en las deliberaciones llevadas a cabo por las representaciones -estatales, corporativas o de la sociedad civil- en los dos primeros períodos de sesiones del

²⁸⁶ Se estableció que los dos períodos de deliberaciones se celebren entre el 6 y 10 de julio de 2015 y entre el 24 y 28 de octubre de 2016, respectivamente. La tercera sesión deberá celebrarse en octubre de 2017; y, en esta, se definirán los elementos para elaborar un proyecto del instrumento.

²⁸⁷ Ver Lista de Participantes de los Informes 31/50 y 34/47 del CDH. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>, y en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>, respectivamente.

GTI. Ello nos permitirá observar cuáles son los puntos focales sobre los que se desarrollarán las negociaciones sustantivas, las cuales definirán el alcance del futuro instrumento. Con ello podremos determinar, jurídicamente, qué es lo que se quiere regular y cómo es que se pretende hacerlo. Pero, más importante aún -como veremos- es que el análisis del debate contiene un trasfondo mayor, el cual será explicado a partir de la dinámica de las relaciones internacionales.

2.1 Principios para el instrumento internacional

En primer lugar, es importante señalar que los participantes han estado de acuerdo en que el futuro instrumento tiene que fundamentarse en ciertos principios generales, los cuales deben reflejar la orientación que se aspira tenga el tratado: es decir, que este esté orientado a las víctimas.²⁸⁸

¿Qué derechos humanos?

Al respecto, ha surgido una primera interrogante sobre qué derechos deberá salvaguardar el instrumento. Básicamente, existen dos posturas: por un lado, hay quienes han anunciado que el futuro tratado deberá incluir todos los derechos humanos, ya que estos son genuinamente universales, indivisibles e interdependientes²⁸⁹, y no debe avalarse el hecho de que una ETN hubiese construido una filial en determinada jurisdicción para eludir su responsabilidad²⁹⁰; por otro lado, contrariamente a lo que plantea la primera posición, está el hecho de que no todos los Estados han ratificado todos los instrumentos, y no todos los derechos humanos están reconocidos en todas las jurisdicciones.

Principio de responsabilidad directa de las ETN

El principio de responsabilidad directa de las empresas también es uno de los puntos sobre los cuales diversos participantes²⁹¹ han concluido debe negociarse el futuro tratado. Este principio reconoce que, la responsabilidad de las ETN por las afectaciones de los derechos humanos en el marco de sus operaciones, no debe

²⁸⁸ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 10

²⁸⁹ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 11

²⁹⁰ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 13

²⁹¹ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 11

circunscribirse a la realidad económica y jurídica de sus filiales y/o sucursales; sino que, por el contrario, debe extenderse hasta la casa matriz; considerando a la ETN de manera integral. Ello, evidentemente, traería consigo una extensión de la responsabilidad pecuniaria en materia de reparaciones, ajustándose a criterios de proporcionalidad “más justos” en relación al daño causado.

La inversión de la carga de la prueba

Otro aspecto importante que se ha debatido en los períodos de sesiones, tiene que ver con que el tratado contemple que la responsabilidad de las ETN se base en hechos y pruebas, pero con la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas.²⁹² Es decir, en lugar de que sea la víctima quien tenga que probar que la ETN vulneró sus derechos, será la ETN quien tenga que demostrar en principio su inocencia.

El concepto de la inversión de la carga de la prueba podría encontrar cabida respecto de los procesos de debida diligencia que las ETN implementen antes de desarrollar sus operaciones. No obstante, también han existido advertencias respecto de invertir la carga de la prueba, argumentando que no se respetarían las garantías procesales, debido a que muchas de ellas se fundamentan en la presunción de inocencia.²⁹³

No exclusión de responsabilidades

La responsabilidad jurídica corporativa no debe excluir la responsabilidad jurídica de los directores o gerentes de las empresas.²⁹⁴ Estos se encontrarían afectos, de manera complementaria, tanto a la jurisdicción del Estado en donde sus filiales hayan desarrollado operaciones, como a la jurisdicción de los Estados de origen en donde se encuentren registradas sus sedes o casas matrices.

Principios de buena gobernanza

²⁹² CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 11

²⁹³ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 11

²⁹⁴ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 19

Existe consenso en que el futuro instrumento deberá incluir principios de buena gobernanza, por lo que deberá elaborarse en base a los fundamentos del Estado de Derecho: democracia, transparencia, inclusión, y libre consentimiento previo e informado de la población afectada.²⁹⁵ La institucionalidad estatal resultará clave para desarrollar y fortalecer estos aspectos.

En esa línea, por ejemplo, ha suscitado que, cuando un inversor ha sometido una reclamación relativa a un tratado de inversiones (o a un acuerdo con un gobierno de acogida) a un arbitraje internacional vinculante -según cuáles sean las normas previstas en los acuerdos-, muy pocos elementos de la causa, o ninguno, se han hecho públicos.²⁹⁶ Esta práctica sería contraria a los principios de transparencia y buen gobierno.

Otro elemento que debe ser considerado en el futuro instrumento respecto de los principios de buena gobernanza y transparencia, es la obligación de las ETN de indicar, entre otras cosas, la composición de sus agentes, así como las filiales y las cadenas de suministro con las que cuentan para sus operaciones.²⁹⁷ Con esto se estaría buscando un mejor monitoreo, seguimiento y fiscalización de las ramificaciones operacionales de las ETN en todos sus niveles y horizontes.

Cooperación internacional

Dada la naturaleza de la relación que se intenta regular, resulta fundamental que exista un amplio margen de cooperación internacional, lo suficientemente dinámico para implementar de manera realmente práctica y funcional las disposiciones del tratado. El intercambio de información y los reconocimientos mutuos de las sentencias extranjeras, así como la existencia de mecanismos de reparación con características transnacionales y procedimientos efectivos, dependerán de ello.

²⁹⁵ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 22

²⁹⁶ LA NACIÓN. *El procurador del Tesoro cuestionó la falta de transparencia del CIADI*. Publicado el: 01/12/2014. En: <http://www.lanacion.com.ar/659132-el-procurador-del-tesoro-cuestiono-la-falta-de-transparencia-del-ciadi>

²⁹⁷ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 17

Flexibilidad en la adecuación normativa

Tratándose de una regulación que aborda el tema de los derechos humanos de manera marco, los participantes han advertido que la adecuación normativa estatal deberá observar las características específicas de cada país (ordenamiento jurídico, normas sociales, tradicionales, culturales e históricas).²⁹⁸ Así, por ejemplo, las disposiciones normativas de algunos Estados podrían tener un enfoque intercultural en su legislación, desarrollando herramientas propias que sirvan para abordar las realidades culturales que forman parte integral de su territorio y jurisdicción. Otros Estados, por el contrario, podrían no contemplar este enfoque, ello debido a la homogeneidad de su población.

A menos que se establezca lo contrario, se propone que todo lo siguiente se logre mediante la reforma del derecho interno de los Estados ratificantes, o mediante la aplicación directa de las disposiciones del tratado²⁹⁹, dependiendo cual sea el sistema legal que contemple cada Estado.

Bajo el sistema legal monista, las disposiciones de los tratados autoejecutivos suficientemente claros normalmente crean obligaciones legales inmediatamente vinculantes que son exigibles dentro del ordenamiento jurídico interno y que pueden ser invocadas en los procesos judiciales. En efecto, el sistema legal monista contempla que la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno, una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, no requieran ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna para consolidar que la norma internacional está en vigor a nivel interno.³⁰⁰

Por otro lado, bajo el sistema dualista, para que las normas internacionales vinculen en el orden interno, sí se requiere algún tipo de procedimiento interno, con independencia del que se exija para la entrada en vigor internacional del

²⁹⁸ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 11

²⁹⁹ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 70

³⁰⁰ Fabián NOVAK & Luis GARCÍA-CORROCHANO. (2003). *Derecho Internacional Público*. Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima, Perú; Fondo Editorial PUCP. p. 325

tratado.³⁰¹ Según este sistema, la ratificación normalmente tiene un efecto menor dentro del ordenamiento jurídico interno, que generalmente requiere la promulgación de legislación de implementación o una reforma política pertinente.³⁰²

En definitiva, tomando en cuenta las circunstancias particulares que conforman la realidad de cada país, y dado que no existe uniformidad respecto de los sistemas legales para la incorporación de normas internacionales al derecho interno entre los distintos Estados, debe existir un criterio de flexibilidad en la adecuación normativa interna, por lo que se entiende que el instrumento contendrá lineamientos y/o criterios amplios, y evitará normar en profundidad las acciones estatales.

Aplicación progresiva

Otro tema importante que ha sido centro de atención tiene que ver con que el futuro instrumento sea de aplicación progresiva para los Estados³⁰³; ya que, al no contar muchos de estos con la capacidad necesaria para cumplir con sus obligaciones en este ámbito, la exigibilidad de aquellas obligaciones no les podría ser aplicable de manera inmediata, sino que, bastaría con una constatación de que efectivamente los Estados se encuentran desarrollando políticas públicas al respecto. Las políticas públicas sirven como base para una implementación eficaz de las disposiciones que se desprenderían del instrumento.

Además, el criterio de progresividad, deberá ser entendido como contrario a la regresividad, en el sentido de que no se podrá utilizar el tratado para alegar el incumplimiento de sus obligaciones cuando los Estados no hayan tenido tiempo suficiente para desarrollar sus capacidades institucionales; y, con ello, garantizar el marco normativo del instrumento. En otras palabras, lo que se pide con la progresividad es más tiempo para la implementación de las capacidades estatales, basándose en un criterio de racionalidad.

³⁰¹ Fabián NOVAK & Luis GARCÍA-CORROCHANO. Opt. Cit. p. 325

³⁰² Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 71

³⁰³ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 10

2.2 Posibles formas del tratado

Respecto de la posible forma que tendría el tratado, si bien este factor aún no se ha definido, se han propuesto las siguientes alternativas:

- a) El tratado puede adoptar una sección dedicada al cumplimiento mejorado, otra dedicada a la diligencia debida y una plataforma jurídica funcional de apoyo a los sistemas jurídicos nacionales.
- b) Podría ser un tratado pormenorizado semejante al Estatuto de Roma que expusiera cuestiones sustantivas y de procedimiento.
- c) Podría ser un tratado marco en el que se expusieran los principios y enfoques esenciales, como ocurre en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
- d) Podría ser un tratado básico acompañado de una serie de anexos que se ocuparan de los mecanismos de supervisión y de la evolución de la situación, como la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.
- e) Podría ser un protocolo facultativo a tratados sobre derechos humanos ya existentes.³⁰⁴

2.3 Objeto y alcance del instrumento: la “nota a pie de página”

El objeto y alcance del futuro tratado no ha estado libre de discusiones. Si bien es cierto que la Resolución 26/9 señala cual es la función que debe cumplir este instrumento (“regular las actividades de las empresas transnacionales y *otras empresas* en el derecho internacional de los derechos humanos”), en un principio no estuvo claro el alcance que tendría tal regulación. Esto se debió principalmente al término “*otras empresas*” que recoge la citada Resolución.

Al respecto, la UE interpretó el término “*otras empresas*” de manera que el tratado no sólo regule las actividades de las ETN, sino también las de las pequeñas empresas y las empresas locales. Argumentaba que no se trataba de una cuestión

³⁰⁴ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 18

de tamaño, sino de las repercusiones de las actividades empresariales en los derechos humanos.³⁰⁵

La posición mayoritaria, sin embargo, sostuvo que no era viable comparar las ETN con las empresas locales, pues la legislación nacional puede exigir a estas últimas que rindan cuentas. Se señaló que las empresas del ámbito interno que están sujetas a las regulaciones nacionales no tienen la misma posibilidad de elusión de responsabilidades, por lo que no podría dárseles el mismo trato que las ETN (incluyendo a sus filiales, sus órganos decisorios y su cadena de suministro).³⁰⁶ Además, se consideró que el carácter de las operaciones de las ETN, así como el tamaño y la estructura orgánica de estas, hace que tengan una especial incidencia en los derechos humanos.³⁰⁷

Bajo esa línea, centrar el tratado en las ETN no supondría discriminación alguna,³⁰⁸ pues el trato diferenciado estaría justificado en la naturaleza propia de las ETN, la cual les posibilitaría tener mayor margen de maniobra, si lo que quieren es esquivar sus responsabilidades por las afectaciones a los derechos humanos.

Otro punto importante a favor de restringir el alcance del instrumento únicamente a las ETN, fue su viabilidad práctica para efectos de reglamentación, supervisión y sanción. Según la Conferencia de las NU sobre Comercio y Desarrollo, de un total de 200 millones de empresas registradas en todo el mundo, solo 3 200 tienen operaciones de carácter transnacional; menos del 1%. El 99% restante está integrado por pequeñas y medianas empresas locales.³⁰⁹ Las ETN, entonces, estarían conformando un grupo claramente diferenciado dentro del grupo de empresas comerciales.

³⁰⁵ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 10

³⁰⁶ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 19

³⁰⁷ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 13

³⁰⁸ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 18

³⁰⁹ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 17

Finalmente, luego de un intenso debate, se observó que el carácter subjetivo del tratado se define con claridad en la nota a pie de página ubicada en la Resolución 26/9:³¹⁰

“El término “otras empresas” se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

2.3.1 Buscando una definición de ETN

Como hemos observado,³¹¹ no existe una definición consensuada a nivel internacional del término ETN. Frente a esta situación, el instrumento puede abordar la problemática desde dos enfoques: por un lado, puede no establecer una definición precisa, dejando que sean los Estados quienes recurran a la jurisprudencia o legislación nacional; por otro lado, puede optar por desarrollar una definición propia y consensuada.

El consenso en la definición, le daría mayor legitimidad al término (ETN). No obstante, los consensos multilaterales rara vez suelen ser realmente precisos, especialmente cuando se ha tratado de desarrollar conceptualmente términos polémicos, como “inversión” o “terrorismo”. Sin embargo, tal y como ha sucedido con otros instrumentos -los cuales abordan el tema de inversión-, para determinar las normas no ha hecho falta que el concepto sea unívoco.³¹²

2.4 Tipos de responsabilidad y conductas punibles

A propósito de las obligaciones que generaría la aplicación del instrumento internacional, se ha mencionado que las ETN deberán estar sujetas a sanciones de ejecución administrativa, así como a responsabilidad civil privada y responsabilidad penal.³¹³ Los participantes han señalado que el instrumento debe

³¹⁰ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 18

³¹¹ Supra Capítulo I: 1.2.1

³¹² CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 17

³¹³ En cuanto a la responsabilidad penal, se ha señalado que el instrumento vinculante podría corregir la deficiencia histórica, responsabilizando a personas jurídicas conforme a lo previsto en el artículo 25 del Estatuto de Roma, y atribuyendo responsabilidad penal a las empresas. Ver más

incluir la obligación de los Estados de definir claramente -e incorporar en la legislación penal³¹⁴ nacional- las formas de conducta que atentan contra los derechos humanos.³¹⁵ De igual manera, el futuro tratado debe incluir sanciones por vulneraciones de los derechos humanos que no estuvieran tipificadas como delitos en las legislaciones nacionales, así como niveles de complicidad o conspiración.³¹⁶

Respecto de los alcances de la responsabilidad de las ETN, se ha señalado que estas no solo deben rendir cuentas por su conducta, sino también por la de sus filiales y asociados en la cadena de suministro.³¹⁷ Los principios de personalidad jurídica distinta y personalidad jurídica limitada recogidos en el derecho mercantil a menudo se aplican juntos en relación con las acciones de filiales, con lo que la empresa matriz puede eludir la responsabilidad.

Finalmente, y en línea con lo anterior, debe permitirse a las jurisdicciones que examinen la responsabilidad complementaria de diversos agentes empresariales, aun cuando los domicilios de los agentes sean distintos.³¹⁸ Como se deduce, el principio de cooperación internacional resultará fundamental en este extremo.

2.5 Extraterritorialidad

Un tema central en las deliberaciones ha sido la aplicación del principio de extraterritorialidad. Lo que se estaría buscando con este principio, es que, mediante la eliminación de la doctrina del *forum non conveniens*,³¹⁹ se permita a las víctimas acceder a los tribunales -es decir, iniciar acciones- en los Estados de

en: David BAIGÚN. *El Estatuto de Roma y la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/4.pdf>

³¹⁴ En la legislación penal nacional también deberán estar contemplados los niveles de complicidad o conspiración en los que podría incurrir la ETN para la comisión de algún delito.

³¹⁵ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 19

³¹⁶ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 20

³¹⁷ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 19

³¹⁸ CDH. Informe 31/50 Opt. Cit. p. 15

³¹⁹ *Forum non conveniens* es el nombre con el cual se ha denominado a la doctrina que permite a una corte declinar su competencia por considerar que los intereses de las partes y la justicia estarían mejor atendidos si la controversia se decidiera en otro foro que también tiene jurisdicción para conocer el mismo asunto. Ver más: *Forum non conveniens: los casos Spainair y Air France*. en: <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=62343>

origen de los inversores; que es en donde suelen estar ubicados los activos de las ETN.

Al respecto, algunos Estados y varias ONG han hecho hincapié en la necesidad de un foro adecuado para responder a las reclamaciones de las víctimas y facilitar el acceso a la justicia y a la reparación. En ese sentido, se ha señalado que las obligaciones relativas a la debida diligencia conllevan obligaciones extraterritoriales de los Estados respecto de sus ETN que operan en el extranjero.³²⁰ En esa línea, se sostiene que las presuntas víctimas, podrían tener acceso a los tribunales de los Estados de origen³²¹ de las ETN, con la finalidad de acceder a reparaciones justas y proporcionales con el daño causado.

Otra dimensión del principio de extraterritorialidad, es que este generaría obligaciones relativas a la diligencia debida, pero para los Estados de origen respecto de sus ETN que operen en el extranjero. En efecto, se alega que el derecho internacional no ha resuelto el problema de la obligación estatal de proteger los derechos humanos respecto de la dimensión extraterritorial. Actualmente los organismos internacionales que se ocupan de los derechos humanos tienden a pensar que los Estados no están obligados a regular las actividades extraterritoriales de las ETN registradas en su jurisdicción, ni se les suele prohibir que lo hagan a condición de que exista una base de jurisdicción reconocida, y se cumplan las condiciones generales en cuanto al carácter razonable de estas exigencias.³²²

Por consiguiente, se sostiene que, para la aplicación eficaz del principio de extraterritorialidad por parte de los Estados, se deberán crear requisitos de

³²⁰ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 14

³²¹ Entiéndase como Estado de origen a aquel en donde está constituida legalmente la casa matriz de las ETN.

³²² Dentro de esos límites, algunos órganos creados en virtud de tratados alientan a los Estados a tomar medidas para impedir los abusos cometidos en el extranjero por empresas pertenecientes a su jurisdicción. Ver: Informe (parcial) del RE del SG sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. (2009). En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/91/PDF/G0912891.pdf?OpenElement>

prevención, divulgación y presentación de informes³²³, con el propósito de que los Estados de origen puedan monitorear las actividades de sus ETN. En ese sentido, se propone que el instrumento aclare la responsabilidad del Estado de origen a efectos de imponer a las ETN la obligación de cumplir determinadas normas donde operen. Estas normas se traducirían en requisitos para la elaboración de procesos de debida diligencia, así como en materia de divulgación y notificación de los procedimientos y resultados de dichos procesos. No obstante, en principio, los Estados de origen no responderían por las afectaciones a los derechos humanos producidas por sus ETN, pero sí lo harían respecto del incumplimiento de sus obligaciones que deriven de la creación de requisitos para los procesos de debida diligencia, en el caso que no hayan estado cumpliendo con las mismas.

Se sostiene también que, para aplicar el principio de extraterritorialidad, es necesario que las vulneraciones cometidas por las ETN estén sujetas a la legislación del país en que las ETN operen, o de aquel en que estuviese su sede principal, indistintamente.³²⁴ Además, se debe facilitar la cooperación transfronteriza en las investigaciones y reconocer mutuamente las sentencias de los tribunales nacionales. Así, el instrumento vinculante permitirá tanto a los Estados de origen como a los Estados anfitriones proteger los derechos humanos y reparar las violaciones perpetradas por las ETN.³²⁵

Por último, los participantes en las deliberaciones señalaron que la dimensión extraterritorial puede abordarse a la luz de la práctica de los órganos creados en virtud de tratados, que habían afirmado que los Estados de origen tienen deberes en relación con las operaciones extraterritoriales de las ETN, y que esos deberes no menoscaban la soberanía de los Estados de origen.³²⁶

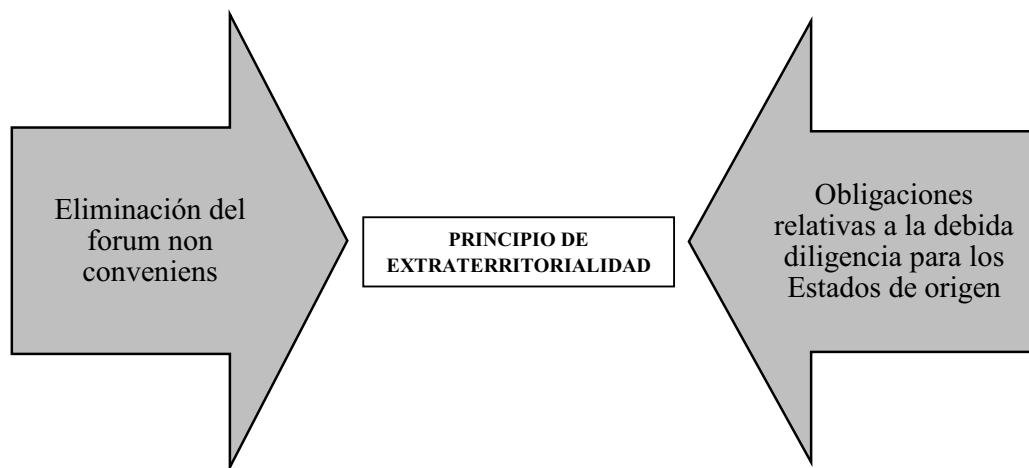
³²³ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 11

³²⁴ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 15

³²⁵ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 10

³²⁶ Al respecto, se hizo mención al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que había establecido obligaciones extraterritoriales aplicables a los actos de las empresas nacionales que operaban fuera del territorio nacional. Ver más en: CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 10-11

Gráfico 3. Dimensiones del principio de extraterritorialidad



2.6 Mecanismos de reparación

En lo concerniente a los mecanismos de reparación, se ha señalado que, la falta de vías de recurso en el Estado de origen de la empresa se considera como una barrera para el acceso a la justicia, por lo que debería incluirse el principio de complementariedad -el cual deriva del principio de extraterritorialidad- entre la jurisdicción del Estado de origen y la del Estado huésped.³²⁷

Otros obstáculos que han sido identificados y que también deberán ser abordados por el futuro instrumento, son los relativos a los principios de buena gobernanza: las limitaciones jurisdiccionales; la falta de acceso a los documentos por parte de las víctimas (el velo corporativo y los impedimentos a la divulgación de documentos); la prescripción; las costas judiciales y las limitaciones de los procedimientos de acción colectiva. Sin embargo, el principal obstáculo práctico que han identificado los participantes es de carácter socioeconómico: la falta de fondos para la asistencia letrada por parte de las víctimas.³²⁸

³²⁷ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 22

³²⁸ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 23

A propósito de la oferta con la que podría contar la víctima respecto de una oportunidad razonable de obtener reparación, se han identificado como posibles escenarios, los siguientes niveles:

1. Los mecanismos de reparación internos de las ETN y los sistemas extrajudiciales.
2. Los sistemas nacionales judiciales.
3. Un ombudsman internacional o regional que interviniera en nombre de los querellantes más débiles frente a las ETN.
4. Correspondería al Estado de origen o a algún país en que hubiera una presencia destacada de activos de la ETN.
5. Se asignaría una función a un tribunal internacional que se ocuparía de esta materia.³²⁹

Asimismo, se ha propuesto que se asignen obligaciones a los agentes no estatales en este ámbito, a partir de las obligaciones impuestas a los propios Estados. De este modo, resultaría más fácil a las víctimas acceder a vías de recurso sin ayuda de organismos del Estado, y negociar acuerdos extrajudiciales. Con ello, se busca que las ETN tengan la obligación de contemplar a nivel interno mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos.³³⁰ Para ello, en el instrumento se deberá mencionar los mecanismos de denuncia y reparación, no solo jurídicos, sino también de otro tipo.³³¹ Sin embargo, también se ha señalado que, el tratado deberá incluir una garantía expresa de que la aplicación de todo acuerdo o mecanismo no judicial no deberá interferir en el derecho al recurso judicial.³³²

Finalmente, las vías del recurso deben ser apropiadas desde el punto de vista cultural, y tener en cuenta la dimensión de género. La reparación, por su parte, deberá ser integral.³³³

³²⁹ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 12

³³⁰ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 14

³³¹ Son mecanismos extrajudiciales los siguientes: el arbitraje, la conciliación y la mediación.

³³² CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 24

³³³ Deberá incluir elementos más allá del carácter pecuniario: restitución de derechos, medidas cautelares, disculpas públicas, entre otros.

2.7 Mecanismos de supervisión y ejecución: ¿hacia un tribunal internacional?

Las negociaciones sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante han suscitado discusiones de larga data sobre el diseño de una entidad internacional encargada de hacer cumplir las obligaciones de los derechos humanos de las ETN. Como hemos observado líneas arriba, una de las alternativas que se baraja como garantía de cumplimiento de las disposiciones del futuro tratado, es la creación de un tribunal internacional que vele por él y que haga efectiva la reparación judicial.

Durante las sesiones de deliberación en el GTI, se hicieron llamamientos a favor de crear un órgano encargado de recibir e investigar las denuncias presentadas por las personas o comunidades afectadas (o sus representantes) por los abusos cometidos por las ETN.³³⁴ No obstante, al tiempo que la propuesta del tribunal internacional empezaba a encontrar eco, se identificaron algunos problemas que podrían surgir tanto en la etapa de implementación como en la etapa procedimental, una vez instaurado éste. Así, por ejemplo, se reconoció que el cumplimiento de las sentencias emitidas por el posible tribunal, podría encontrar dificultades para su ejecución tras el cierre de algunas operaciones empresariales o su reubicación.³³⁵ No obstante, y reconociendo los problemas que originaría la deslocalización de las filiales/sucursales de las ETN, este podría sortearse -en cierta medida- aplicando las medidas cautelares del caso o con la creación de un fondo provisional a modo de fianza o garantía.

Otro tema importante materia de debate está relacionado con los problemas que podría encontrar el tribunal para su financiación.³³⁶ Ello tiene particular relevancia si tenemos en cuenta que los Estados son recelosos de ceder facultades soberanas

³³⁴ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 10

³³⁵ CDH. Informe 34/47. Ibid.

³³⁶ Luis GALLEGOS & Daniel URIBE. (2016). *The Next Step Against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?* Harvard International Law (Vol. 57 Online Symposium) En: <http://www.harvardilj.org/2016/07/the-nextstep-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>

y jurisdiccionales, lo que los podría motivar no solo a cortar el flujo de recursos destinado al financiamiento del tribunal -en caso un fallo incida en su capacidad de atracción de IED-, sino que, podría, incluso, llevarlos a desconocer la competencia del tribunal o, peor aún, denunciar el tratado. Tal ha sido el caso de la Corte Penal Internacional y los efectos que sus fallos han generado, y que se han materializado en una serie de denuncias del Estatuto de Roma por parte de algunos Estados africanos.³³⁷

Finalmente, se sugirió también que una opción viable para atender las denuncias de las víctimas es que se emplee el sistema de seguimiento establecido por los órganos creados en virtud de tratados, que pueden recibir denuncias e interpretar con legitimidad las normas del tratado mediante recomendaciones generales.

2.8 Tratados de inversión vs tratados de derechos humanos: ¿una cuestión de subordinación?

Uno de los temas que ha generado mayor interés es el referido al tipo de relacionamiento que debe existir entre los tratados orientados a las inversiones y los tratados de derechos humanos. La iniciativa pretende regular de manera marco la relación entre ambos tipos de instrumentos y, para ello, es importante establecer principios. El principio de subordinación resulta clave en este relacionamiento.

Al respecto, la posición mayoritaria está de acuerdo en que el instrumento vinculante deberá afirmar que las normas sobre derechos humanos prevalecen sobre el derecho mercantil.³³⁸ De hecho, hay quienes sostienen la conveniencia de

³³⁷ En la vigésimo sexta reunión de la Unión Africana, celebrada en enero de 2016 en Etiopía, el Presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta, propuso una retirada colectiva de los 34 Estados africanos que han firmado el Estatuto de Roma, la carta fundacional de la CPI. Kenyatta argumentó que los líderes del continente ya tenían bastante con las amenazas terroristas, los retos económicos y los procesos de paz, como para tener que enfrentar juicios “politizados e infundados de la CPI”. Posteriormente, Namibia anunció su retirada unos meses después. En octubre de 2016, Sudáfrica, Gambia y Burundi tomaron la decisión conjunta de denunciar el Estatuto de Roma. Kenia, Chad, Costa de Marfil, República Democrática del Congo y República Centroafricana han aprobado una moción interna para abandonarla. Ver más en: <http://www.proceso.com.mx/461450/africa-pone-en-vilo-a-la-corte-penal-internacional>

³³⁸ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 12 y CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 8

incorporar una “cláusula jerárquica” por la que se establecería la primacía de los derechos humanos frente a los acuerdos de inversión.³³⁹

Sumado a lo anterior, se ha mencionado que las ETN hacen uso de los tratados de inversión, o de los capítulos de inversión de los acuerdos comerciales, para generar la posibilidad de presentar demandas contra los Estados huéspedes cuando estos llevan a cabo acciones que perjudican sus inversiones. Se sostiene que las ETN le han dado poca importancia al hecho de que las acciones estatales que hayan podido afectar sus inversiones hayan estado relacionadas a salvaguardar el interés público, proteger los derechos humanos o cumplir con la legislación nacional.³⁴⁰ Además, se considera que los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados entrañan un desequilibrio de poder, en la medida que solo ofrecen una vía de recursos a la parte interesada corporativa, y, se cree que tal situación, podría subsanarse mediante la creación de un tribunal internacional, que hiciera posible que los Estados puedan responsabilizar a las ETN por las violaciones de los derechos humanos en su territorio.³⁴¹

2.8.1 Mecanismos internacionales para la protección de la IED

Efectivamente, para poder captar la IED de las ETN, los Estados insertan cláusulas arbitrales en los acuerdos de libre comercio (TLC) y en los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de las inversiones (tratados bilaterales de inversión – TBI). Estas cláusulas representan una garantía para los inversionistas en caso los Estados no cumplan con sus obligaciones o no se respeten sus derechos. A través de las mismas, tribunales internacionales de arbitraje han admitido reclamos por cambios normativos o por el ejercicio “inapropiado y abusivo” de las facultades de los Estados receptores, el cual contraviene a lo pactado previamente en los acuerdos señalados.

³³⁹ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 9

³⁴⁰ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 20 y CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 8

³⁴¹ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 20

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones: CIADI

En la actualidad, el tribunal internacional de arbitraje más utilizado es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). El CIADI fue establecido en el año 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.³⁴² El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en aras de cumplir el objetivo del Banco de promover la inversión internacional.³⁴³

El Estado Peruano -según el MEF- cuenta en la actualidad con cuatro arbitrajes en trámite y doce concluidos a través del CIADI.³⁴⁴ De los arbitrajes en trámite, las denuncias al Estado ascienden a US\$ 2 800 millones de dólares, mientras que, por concepto de defensa, el MEF ha tenido que pagar más de US\$ 53 millones de dólares a estudios de abogados.³⁴⁵

Sin embargo, los resultados para el Perú no han sido adversos respecto de los arbitrajes concluidos. El Perú ha logrado éxito total en diez casos, por medio de laudos y soluciones favorables, y éxito parcial en los dos casos restantes. En total, el Perú ha evitado pagar demandas en contra por un monto mayor a los US\$ 50

³⁴² El Perú suscribió el Convenio del CIADI el 4 de septiembre de 1991, y lo ratificó el 9 de agosto de 1993, con lo cual el Convenio entró en vigor el 8 de septiembre de 1993.

³⁴³ CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones. Página web: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

³⁴⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Portal: https://www.mef.gob.pe/en/?option=com_content&view=article&id=379&Itemid=101183 **Casos en trámite:** DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú; The Renco Group, Inc. c. República del Perú; Exeteco Internacional Company S.L c. República del Perú; Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú. **Casos concluidos:** Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S.A.; Anulación de Laudo de Tza Yap Shum c. República del Perú; Renée Rose Levy and Grencitel S.A. c. República del Perú; Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú; Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. República del Perú; Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú; República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.; Convia Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú; Tza Yap Shum c. República del Perú; Aguaytia Energy, LLC c. República del Perú; Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú; Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú; Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú.

³⁴⁵ DIARIO GESTIÓN. *Perú gasta más de US\$ 53 millones en defensa de arbitrajes internacionales.* Noticia publicada el 18/01/2016. <http://gestion.pe/multimedia/imagen/2152866/128186>

000 millones de dólares y, adicionalmente, ha logrado decisiones en su favor por un monto de US\$ 110 millones de dólares.³⁴⁶

Parte del éxito del Perú en el CIADI se explica por la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI).³⁴⁷ A través del SICRECI, el Estado ha desarrollado una política diligente para la atracción de inversiones, la cual incluye un plan de acción que le permite identificar y solucionar potenciales disputas, así como asegurar una respuesta coordinada y eficiente en caso de controversias con inversionistas. Lo que se busca con este sistema, básicamente, es neutralizar los problemas con los inversionistas antes de que estos sean elevados a tribunales internacionales.

En todo caso, al margen de la creación o no de un tribunal internacional, existe consenso en que el instrumento vinculante sirva de dirección para la elaboración de acuerdos sobre comercio e inversiones, en particular imponiendo el requisito a las ETN de realizar evaluaciones ex ante y a posteriori de los efectos para los derechos humanos, y estableciendo las obligaciones apropiadas de los inversores.³⁴⁸

Se ha señalado también que entablar un procedimiento internacional de solución de controversias entre inversionistas y Estados en esta materia podría tener un efecto inhibitorio en los países en desarrollo en lo que hace a las medidas de regulación,³⁴⁹ dejando con ello que las futuras afectaciones a los derechos humanos que cometan las ETN en los territorios de estos países caigan fácilmente en la competencia del futuro tribunal internacional. A propósito de ello, habría que tener en cuenta que, si de lo que se trata es de uniformizar los estándares de protección a nivel marco, ignorar la falta de capacidad de algunos países para

³⁴⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Tribunal internacional decide a favor del Perú en arbitraje sobre La Oroya*. Publicado el 18/07/2016. En: <https://www.mef.gob.pe/es/comunicados-y-notas-de-prensa/100-notas-de-prensa-y-comunicados/4561-tribunal-internacional-decide-a-favor-del-peru-en-arbitraje-sobre-la-oroya>

³⁴⁷ El SICRECI fue creado mediante Ley N° 28933, promulgada el 15 de diciembre de 2006.

³⁴⁸ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 8

³⁴⁹ CDH. Informe 31/50. Opt. Cit. p. 11

garantizar sus obligaciones de protección de los derechos humanos, podría hacer que ese efecto inhibitor sea aún mayor.

Finalmente, se ha observado la paradoja consistente en que algunos Estados proclaman que el principio de subordinación a favor de los derechos humanos interferiría en su soberanía, a la vez que siguen dispuestos a firmar tratados de inversión que protejan los derechos de las ETN, interfiriendo con ello directamente en su soberanía.³⁵⁰ Bajo esa misma lógica, y previendo las posibles consecuencias que tendría una normativa vinculante en la capacidad estatal de captar inversiones, algunas voces han señalado que, en un contexto de competencia desenfrenada a nivel mundial, las empresas podrían trasladar sus operaciones a Estados que impongan una protección menor -o en todo caso menos gravosa para las empresas- a los derechos humanos.³⁵¹

³⁵⁰ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 9

³⁵¹ CDH. Informe 34/47. Opt. Cit. p. 12

Tabla 11. Principales economías receptoras e inversoras de IED en 2015-2016

ECONOMÍAS	Principales inversores		Principales receptores		Enfoque que defienden	
	Puesto	Monto (en miles de millones)	Puesto	Monto (en miles de millones)	PR	Tratado
Estados Unidos*	1	\$ 300	1	\$ 380	X	
Japón*	2	\$ 129			X	
China*	3	\$ 128	3	\$ 136		X
Países Bajos*	4	\$ 113	5	\$ 73	X	
Irlanda*	5	\$ 102	4	\$ 101	X	
Alemania*	6	\$ 94	13	\$ 32	X	
Suiza*	7	\$ 70	6	\$ 69	X	
Canadá*	8	\$ 67	9	\$ 49	X	
Hong Kong*	9	\$ 55	2	\$ 175		
Luxemburgo*	10	\$ 39	16	\$ 25	X	
Bélgica*	11	\$ 39	14	\$ 31	X	
Singapur*	12	\$ 35	7	\$ 65	X	
Francia*	13	\$ 35	11	\$ 43	X	
España*	14	\$ 35			X	
República de Corea*	15	\$ 28			X	
Italia*	16	\$ 28	18	\$ 20	X	
Federación de Rusia*	17	\$ 27				X
Suecia*	18	\$ 24			X	
Noruega*	19	\$ 19			X	
Chile*	20	\$ 16	19	\$ 20		
Brasil*			8	\$ 65		
India*			10	\$ 44		
Reino Unido*			12	\$ 40	X	
México*			15	\$ 30		
Australia*			17	\$ 22	X	
Turquía*			20	\$ 17		
Ecuador**				\$ 1		X
Perú**				\$ 6.8	X	X
Venezuela**				\$ 1.3		X
Cuba**						X
Bolivia**				\$ 0.5		X
Nicaragua**				\$ 0.8		X
Sudáfrica***				\$ 7		X
Kenia***				\$ 1.1		X
Marruecos***				\$ 6.6		X
Argelia***				\$ 7.4		X
Etiopía***				\$ 6.8		X

Fuentes:
*UNCTAD En: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_es.pdf
**CEPAL En: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40213/7/S1600664_es.pdf
***ANALYZE AFRICA. En: <http://forms.fdiintelligence.com/africainvestmentreport/>
(Elaboración propia)

3 Posiciones en contra y críticas al tratado

Uno de los principales opositores a la iniciativa de la elaboración del tratado ha sido John Ruggie; el arquitecto de los PR. Él básicamente describe cuatro grandes problemas que encontraría una normativa vinculante sobre empresas y derechos humanos.

En primer lugar, el RE sostiene que la cuestión de las empresas y los derechos humanos es un tema relativamente nuevo para los gobiernos, por lo que hay muy poco consenso alrededor de él. El RE menciona que, anteriormente, para afrontar el problema, se hubiesen formado coaliciones estatales alrededor de los paradigmas Norte-Sur o Este-Oeste; sin embargo, debido al rápido aumento del número de ETN en países emergentes como Brasil, China, India, Indonesia, Rusia o Sudáfrica, esta estrategia se ha visto desestructurada y es nada funcional.

En segundo lugar, el RE sostiene que, en la práctica, la manera cómo se ha abordado la relación entre las ETN y los DDHH, ha sido contraria a cualquier iniciativa vinculante. Ruggie considera que, este proceder ha sido totalmente intencional, ya que los Estados se encontrarían entrampados en una “política horizontal incoherente”; teniendo que promover la captación de IED, por un lado, y la protección de los derechos humanos, por el otro. A la luz de tales realidades, el RE cree que sería muy probable que el proceso de negociación de un tratado sobre ETN y DDHH bloquearía el interés comercial a expensas de los derechos humanos, dificultando con ello la atracción de inversiones para los Estados.

En tercer lugar, el RE observa que, un proceso de elaboración y negociación del futuro instrumento vinculante, traería como consecuencia que los Estados tiendan a invocar las negociaciones en curso como un pretexto para no tomar otras medidas significativas en materia de protección de DDHH -como puede ser el cambio de las leyes domésticas a favor de grupos vulnerables a nivel interno- argumentando que no desean obstaculizar el objeto y fin del futuro instrumento vinculante.

Finalmente, el RE cree que imponer un amplio rango de obligaciones internacionales en derechos humanos a las ETN, disminuirá el rol esencial de los Estados y los deberes que este tiene respecto de sus obligaciones contraídas internacionalmente en esta materia.³⁵²

En definitiva, el RE cree que sería inapropiado embarcarse en una iniciativa tan compleja, la cual consumiría tiempo y energía, trayendo consigo muy pocos efectos positivos.

Ciertamente, una de las cuestiones que más se le ha objetado al futuro instrumento, es que los tratados sobre derechos humanos tienden a tomar un largo tiempo para su elaboración. De hecho, se considera que, mientras más amplio pretenda ser su alcance y más controversiales sean los temas que abarque, más largo será el tiempo que requiera para su creación. Esto es una realidad incluso en los casos en los que se ha querido abordar la cuestión a través de instrumentos de *soft law*.³⁵³ No obstante, y sin perjuicio de ello, fue la propia Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour,³⁵⁴ quien señaló, en el año 2008, que el factor “tiempo” no debía representar un impedimento para iniciar el proceso de elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante, anunciando con ello un enfoque de complementariedad entre el corto y largo plazo:

“Sería francamente muy ambicioso promover únicamente normas vinculantes considerando el largo tiempo que llevaría la elaboración de las mismas, así como el riesgo al que estarían expuestas las posibles víctimas mientras tanto. Pero, ¿por qué no empezar tal proceso de elaboración de normas vinculantes, mientras, simultáneamente, implementamos pasos prácticos al corto plazo?”³⁵⁵

³⁵² John RUGGIE. Opt. Cit. p. 60-62

³⁵³ La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –un instrumento de *soft law*- tardó veintiséis años en negociaciones, y esta solo incluye uno de los tantos temas que pueden ser abordados desde la cuestión de las ETN y los derechos humanos.

³⁵⁴ Louise Arbour fue la Alta Comisionada de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos durante los años 2004 y 2008.

³⁵⁵ John RUGGIE. Opt. Cit. p. 57

4 Complementariedad con los Principios Rectores: ¿hacia un tercer enfoque?

Uno de los temores expresado en la etapa inicial del proceso de elaboración del tratado es que este podría ralentizar o desplazar el trabajo realizado a nivel internacional para la implementación de los PR.³⁵⁶ Sin embargo, esto no parece haber ocurrido. Por el contrario, se ha evidenciado que los procesos de producción de los PAN -que surgen de los PR- se han acelerado a medida que el proceso de elaboración del tratado se ha puesto en marcha.³⁵⁷

En esa línea, durante el cuarto Foro sobre Empresas y Derechos Humanos del GTEDH-PR -en el año 2015- se respaldó ampliamente la opinión de que el proceso de implementación de los PR y el futuro tratado deberían ser complementarios. De hecho, se señaló que, el proceso de elaboración del instrumento vinculante debería basarse en el marco de referencia de los PR: “proteger, respetar y remediar”. En dicha sesión, los participantes también hicieron hincapié en que el proceso de elaboración del tratado ofrecía la oportunidad de aclarar cuestiones como el principio de responsabilidad de la casa matriz, los requisitos obligatorios de los procesos de debida diligencia y el principio de extraterritorialidad.³⁵⁸

Igualmente, durante el segundo período de sesiones del GTI, varias delegaciones manifestaron su apoyo a los PR y reiteraron la necesidad de complementariedad entre los PR y el instrumento vinculante.³⁵⁹

³⁵⁶ John RUGGIE. *Ibíd.*

³⁵⁷ Daniel BLACKBURN. *Opt. Cit.* p. 63

³⁵⁸ Cuarta sesión del Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de los Principios Rectores. Resumen de las deliberaciones. Ver en: A/HRC/FBHR/2015/2

³⁵⁹ CDH. Informe 34/47. *Opt. Cit.* p. 21

Tabla 12. Comparación de los aspectos más relevantes de los PR y del futuro tratado

Aspectos	PRINCIPIOS RECTORES	TRATADO
Origen (fecha)	Resolución 17/4/CDH (2011)	Resolución 26/9/CDH (2014)
Base	Informe Final del RE del SG de UN	Negociaciones intergubernamentales
Naturaleza	No vinculante (<i>soft law</i>) Distribuye responsabilidades	Jurídicamente vinculante Genera obligaciones
Alcance	Todas las empresas (incluyendo pymes y empresas locales)	ETN
Implementación	PAN sobre Empresas y Derechos Humanos	Adecuación normativa interna (dependiendo del sistema legal: monista / dualista)
Fiscalización y monitoreo	Procesos de debida diligencia: auditorías internas a las ETN	A cargo del Estado huésped y del Estado de origen (Principio de Extraterritorialidad:)
Relación casa matriz – filiales	Responsabilidad limitada y personalidad jurídica distinta	Responsabilidad directa e ilimitada
Mecanismos de reparación y sanción	Mecanismos judiciales nacionales y extrajudiciales (mediación, conciliación y arbitraje)	Mecanismos judiciales nacionales y extrajudiciales Eliminación del <i>forum non conveniens</i> (Principio de complementariedad) Posibilidad de tribunal internacional

4.1 Apuntando al tercer pilar: “Remediar”

Existe una serie de problemas estructurales que aún se encuentran lejos de ser subsanados respecto del acceso a los mecanismos de reparación por parte de las víctimas. Estos problemas tienden a repetirse en todas las jurisdicciones, principalmente en aquellas de países en desarrollo y, aparentemente, los PR no podrían cerrar estas brechas con tanta celeridad. El poder desigual de las partes (grupos vulnerables, pueblos indígenas y agricultores rurales frente a ETN), las normas sobre el acceso a la información, la representación de las víctimas, la carga de la prueba y la complejidad de las estructuras corporativas transnacionales, serían algunos de los obstáculos para el acceso a mecanismos de reparación justa e integral.

Los intentos de articular la relación entre los PR y la necesidad de un futuro tratado han tendido a centrarse fuertemente en el “tercer pilar”, el cual requiere que las víctimas de las actividades empresariales tengan acceso a recursos efectivos de reparación.³⁶⁰ La posibilidad de un futuro tratado abre una baraja de opciones a favor de las víctimas -tal como detalla la **Tabla 12-** en ese sentido, reafirmando la orientación del instrumento. En ese sentido, las estrategias de reforma que el tratado podría adoptar, incluirían revertir la carga de la prueba, exigir la divulgación de información por parte de las ETN, y hacer provisiones adecuadas para los demandantes y sus representantes para asegurar una audiencia y financiar sus casos.³⁶¹

4.2 ¿Re-posicionamiento de la UE?

La UE participó activamente ayudando a desarrollar el marco de los PR sobre relaciones empresariales y derechos humanos de las NU. Al hacerlo, estaba respondiendo a la creciente presión del Parlamento Europeo y de las organizaciones europeas de la sociedad civil. Consecuentemente, adoptó su propio programa de responsabilidad social corporativa, e incorporó el concepto de empresas y derechos humanos en su política exterior como componente esencial del Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia.³⁶² No obstante, luego de su apoyo a los PR, se mostró escéptica con respecto a la iniciativa de NU para la elaboración de un tratado, y declinó su participación en el primer período de sesiones argumentando que se necesitaba más trabajo para la implementación y difusión de los PR.

Durante el segundo período de sesiones del GTI -celebrado en octubre de 2016- la UE tuvo una participación bastante cauta, con una representación limitada y focalizada en puntos muy concretos. Una de sus principales preocupaciones fue que la elaboración del tratado no detenga el proceso de implementación de los PR a nivel internacional. Sin embargo, posteriormente reconoció de manera

³⁶⁰ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 63

³⁶¹ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 11

³⁶² Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 65

significativa que el programa de trabajo en la elaboración del tratado³⁶³ no socavaba la implementación de los PR.³⁶⁴

Posteriormente, en el año 2017, el Director General de Políticas Externas de la UE para la Implementación de los PR, señaló que la división inicial entre los partidarios del proceso del tratado y aquellos que desean permanecer centrados solo en los PR se estaba reduciendo:

“Con el paso del tiempo, esas posiciones polarizadas parecen ablandarse, con más voces argumentando que no hay competencia inherente entre los dos procesos, y que, en su lugar, se beneficiarían fuertemente uno del otro”.³⁶⁵

Actualmente, incluso se ha llegado a considerar que el aporte de la UE a la elaboración del tratado podría ser sustancial, particularmente para la determinación de cuestiones jurisdiccionales de foro y opciones de ley. En este aspecto, los regímenes de Bruselas³⁶⁶ y Roma³⁶⁷ servirían para orientar sobre las características clave del régimen europeo sobre la cuestión, especialmente en lo que refiere al derecho de las víctimas a elegir la ley del Estado de origen.³⁶⁸

5. Lineamientos y coherencia de la política exterior peruana

La política exterior es el conjunto de decisiones que toma el gobierno de un Estado, a través de las instancias encargadas de ello, en función de los intereses

³⁶³ En el primer período de sesiones del GTI se decidió incluir una primera mesa redonda de diálogo titulada “Aplicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: un compromiso renovado de todos los Estados”. En dicha mesa participó el Presidente del GTEDH-PR, Michael Addo.

³⁶⁴ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 67-68 / CDH. Informe (34/47) Opt. Cit. p. 5

³⁶⁵ Departamento del Director General para Políticas Exteriores de la Unión Europea. (2017). *Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*. En: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf)

³⁶⁶ Tratado de Bruselas de 1965: Tratado por el que se constituye un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas.

³⁶⁷ Tratados de Roma de 1957: Son dos tratados que dieron origen a la UE. El primero estableció la Comunidad Económica Europea (CEE), y el segundo estableció la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CECA).

³⁶⁸ Daniel BLACKBURN. Opt. Cit. p. 69

nacionales y en relación con los demás actores del sistema internacional.³⁶⁹ En ese sentido, la política exterior peruana no se encuentra a la deriva, sino, por el contrario, responde a un planeamiento estratégico que se debe consolidar a través de políticas de Estado y acciones concretas.

A continuación, definiremos cuales son los objetivos y lineamientos que nuestra política exterior persigue respecto de la protección de los derechos humanos, el trato a la IED, y, consecuentemente, el posicionamiento del Perú a nivel internacional. Hemos considerado esta última dimensión debido a que resulta fundamental para entender las implicancias del relacionamiento de las dos dimensiones anteriores. En ese sentido, debemos comprender que, los objetivos en materia de derechos humanos e inversiones, a los que aspira nuestra política exterior, sirven para apuntalar -a la vez- un mejor posicionamiento internacional del Estado peruano; pero, de igual manera, un mejor posicionamiento internacional, fomentará la adecuación de mejores estándares a nivel nacional en materia de protección de los derechos humanos y promoción de inversiones, entre muchos otros ámbitos.

En las siguientes tablas, observaremos los principales lineamientos de la política exterior peruana, los cuales están guiados por los 5 Objetivos Estratégicos del PESEM 2015-2021 del Sector de Relaciones Exteriores, así como, por las 31 Políticas de Estado del Acuerdo Nacional; con especial énfasis en los objetivos establecidos en la Sexta Política.³⁷⁰ A partir de lo que detallan estos instrumentos, compararemos qué objetivos y acciones concretas de nuestra política exterior se encuentran alineadas con cada uno de los enfoques que hemos desarrollado a lo largo de la investigación.

³⁶⁹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Plan Estratégico Institucional 2016-2018*. En: <https://transparencia.rree.gob.pe/index.php/2-planeamiento-y-organizacion/22-planes-y-politicas/222-documentos-de-planificacion/plan-estrategico-institucional-pei/8899-pei-mre-2016-2018-agosto-2016/file> p. 80

³⁷⁰ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. En: <http://www.rree.gob.pe/politicaexterior/Paginas/Home.aspx>

Tabla 13. Objetivos Estratégicos del PESEM 2015-2021³⁷¹

<i>PESEM 2015 – 2021</i>				
Objetivos Estratégicos del MRE	Acciones	Enfoques de regulación internacional		Dimensión
		PR	Tratado	
1. Posicionar al Perú a nivel regional y global, como potencia regional emergente en los ámbitos bilateral y multilateral	Fortalecer la defensa y la protección de los derechos humanos en todas las instancias internacionales	X	X	Protección de DDHH
	Fortalecer el relacionamiento con los países europeos, así como con la UE	X		Posicionamiento internacional
	Coordinar e impulsar el proceso de adhesión del Perú a la OCDE	X		Posicionamiento internacional
2. Contribuir al fortalecimiento de la competitividad e imagen del país en el exterior a través de la promoción económica	Articular la promoción de las inversiones a través de mecanismos público privados	X		Favorece (o no impacta negativamente) el trato a la IED
4. Crear, ampliar y fortalecer lazos de intercambio, asociación y cooperación internacional a nivel regional y global para el desarrollo sostenible e inclusivo del país	Promover la promoción de inversiones y el fomento de las PYMES	X		Favorece (o no impacta negativamente) el trato a la IED

³⁷¹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Plan Estratégico Sectorial Multianual 2015-2021*. En: <https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/PESEM-RRREE-FINAL-31-dic-2015.pdf>

Como podemos observar, en la **Tabla 13** se detallan los objetivos estratégicos del PESEM 2015-2021 que guardan relación con las dimensiones de nuestra política exterior analizadas en el presente trabajo. Se han escogido los objetivos y las acciones específicas que se encontrarían impulsadas -en alguna medida- por los enfoques de regulación internacional sobre ETN y DDHH que a la fecha se discuten.

Por otra parte, la Sexta Política del Acuerdo Nacional reafirma el compromiso de llevar a cabo una política exterior al servicio de la paz, la democracia y el desarrollo, que promueva una adecuada inserción del país en el mundo y en los mercados internacionales, a través de una estrecha vinculación entre la acción externa y las prioridades nacionales de desarrollo. Además, señala que, se debe consolidar la firme adhesión al Perú a las normas y principios del Derecho Internacional, con especial énfasis en los Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano. Finalmente, busca garantizar una política basada en el diálogo entre las instituciones del Estado, las organizaciones políticas y las demás organizaciones de la sociedad.³⁷²

³⁷² ACUERDO NACIONAL. En: <http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/6-politica-exterior-para-la-paz-la-democracia-el-desarrollo-y-la-integracion/>

Tabla 14. Sexta Política del Acuerdo Nacional³⁷³

Sexta Política de Estado del Acuerdo Nacional: “Política exterior para la paz, la democracia, el desarrollo y la integración”			
Objetivos	Enfoques de regulación internacional		Dimensión
	PR	Tratado	
<u>Promover un clima de paz y seguridad a nivel mundial, regional y subregional, con el objeto de crear un ambiente de estabilidad política y de fomento de la confianza, necesario para facilitar el desarrollo de nuestros países y la erradicación de la pobreza.</u>	X	X	Protección de DDHH
<u>Promover el respeto a los derechos humanos, los valores de la democracia y el Estado de derecho, así como fomentar la lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo.</u>	X	X	Protección de DDHH
<u>Participar activamente en los procesos de integración política, social, económica y física en los niveles subregional, regional y hemisférico, y desarrollar una política de asociación preferencial con los países vecinos, a fin de facilitar un desarrollo armónico, así como para crear identidades y capacidades de iniciativa, negociación y diálogo, que permitan condiciones más equitativas y recíprocas de participación en el proceso de globalización.</u>	X	X	Protección de DDHH
Impulsar activamente el desarrollo fronterizo de las regiones fronterizas del país y su integración con espacios similares de países vecinos.			
<u>Fortalecer una diplomacia nacional que promueva y defienda los intereses permanentes del Estado, proteja y apoye sistemáticamente a las comunidades y empresas peruanas en el exterior, y sea instrumento de los objetivos de desarrollo, expansión comercial, captación de inversiones y de recursos de cooperación internacional.</u>	X	X	Protección de DDHH Favorece (o no impacta negativamente) el trato a la IED Posicionamiento internacional
Impulsar políticas migratorias globales que incorporen la promoción de oportunidades laborales.			
<u>Respetar la soberanía de los Estados y el principio de no – intervención</u>	X	X	Protección de DDHH

³⁷³ ACUERDO NACIONAL. *Ibíd.*

A propósito de las comparaciones realizadas, resulta interesante observar que, mientras los PR inciden de manera más distributiva y equitativa sobre los objetivos estratégicos de la política exterior peruana -apuntalando acciones concretas o mitigando los efectos adversos de su propia implementación (por su calidad “no vinculante”)-, la iniciativa de elaboración del tratado focaliza su aporte a la consecución de tales objetivos únicamente en la dimensión de protección de los derechos humanos, y no así en las dimensiones de posicionamiento internacional o de trato promotor de IED.

Las tablas anteriores nos han permitido comparar los lineamientos de la política exterior peruana con las posturas respecto de la regulación internacional sobre empresas (ETN) y DDHH. A continuación, observaremos por dónde es que se encamina nuestra política exterior en las dimensiones bajo análisis.

5.1 En materia de derechos humanos

El Perú se define como un Estado firmemente comprometido con la promoción y protección de los derechos humanos, en virtud de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los mismos. En ese sentido, el Estado peruano reconoce la observancia y plena vigencia del DIDH como pilar fundamental del funcionamiento y construcción de una sociedad democrática y pacífica que consagre a la dignidad humana como fin supremo de la actuación del Estado.³⁷⁴

En ese escenario, el Perú, a nivel del Sistema Universal de NU es parte de los principales tratados de derechos humanos y sus respectivos protocolos facultativos. Por otro lado, a nivel regional, el Estado peruano está adscrito al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y reconoce la competencia y jurisdicción de la Corte IDH. De igual forma, el Perú ha suscrito y ratificado los

³⁷⁴ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. En: <http://www.rree.gob.pe/SitePages/multi.aspx>

principales instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de los Estados Americanos.³⁷⁵

³⁷⁵ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Ibid.*

Tabla 15. Instrumentos de derechos humanos que vinculan al Perú³⁷⁶

Organización	Nombre	Entrada en vigor
Organización de Naciones Unidas	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1976
	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1976
	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1976
	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	1981
	Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	1987
	Convención sobre los Derechos del Niño	1990
	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados	2002
	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	2003
	Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas	2003
	Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares	2003
	Convención contra la Corrupción	2005
	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2008
Organización de Estados Americanos	Convención Americana sobre Derechos Humanos	1978
	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	1987
	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	1996
	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1999
	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer	1999
	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	2001
Organización Internacional del Trabajo	Convenio sobre las horas de trabajo (C1)	1919
	Convenio sobre el trabajo forzoso (C29)	1932
	Convenio sobre la libertad sindical (C87)	1950
	Convenio sobre el derecho de sindicación (C98)	1951
	Convenio sobre igualdad de remuneración (C100)	1953
	Convenio sobre la seguridad social (C102)	1959
	Convenio sobre la discriminación (C111)	1960
Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (C169)	1991	
CPI	Estatuto de Roma	2002

³⁷⁶ SOCIOS PERÚ. *Informe del país. Agosto 2014*. En: <http://sociosperu.org/wp-content/uploads/2015/02/Gu%C3%Ada-Pa%C3%ADs.pdf>, p. 123

5.2 En materia de inversiones

El Estado peruano viene implementando una estrategia de inserción en el espacio global a partir de la visión de una economía emergente de medianos ingresos, abierta al mundo y competitiva.³⁷⁷ Su política en materia de inversiones tiene, entre sus fundamentos más importantes, la creación de un marco jurídico estable que promueva el crecimiento de la IED; y, para ello, se vale de una serie de mecanismos e instrumentos que han sido creados en función de las necesidades y expectativas de los potenciales inversores. En ese sentido, ha negociado amplios acuerdos de libre comercio con sus principales socios comerciales. Estos acuerdos, entre otras cosas, representan instrumentos importantes para atraer IED, ya que brindan garantías al inversionista extranjero y a sus inversiones en nuestro país.³⁷⁸

Los TLC suscritos por el Perú a enero de 2017 sumaban veinte e involucraban a cincuenta y cuatro países.³⁷⁹ Adicionalmente, el Perú mantiene Tratados Bilaterales de Inversión (llamados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) con treinta y cuatro países.³⁸⁰ Estos instrumentos contienen disposiciones respecto al nivel de trato, la protección a riesgos no comerciales y los mecanismos adecuados de solución de controversias.

Por otra parte, al observar las labores que desempeña la Dirección General de Promoción Económica del MRE -particularmente la Dirección de Promoción de Inversiones-, veremos que estas delimitan cual es la política que se sigue respecto

³⁷⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Asuntos económicos y globales*. En: <http://www.rree.gob.pe/SitePages/globales.aspx#economicos>

³⁷⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. En: <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/acuerdos-internacionales-de-inversion>

³⁷⁹ TLC suscritos por el Perú: CAN, Cuba, MERCOSUR, Chile, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Singapur, China, Corea, Tailandia, México, Japón, Panamá, EFTA (*European Free Trade Area*), Unión Europea, Costa Rica, Venezuela, Honduras, Alianza del Pacífico.

³⁸⁰ Tratados Bilaterales de Inversión que ha suscrito el Perú: Australia, China, Corea, Malasia, Singapur, Tailandia, Japón, Canadá, Estados Unidos, Cuba, El Salvador, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Suiza. Ver más en: <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/estadisticas/197-inversion-privada/acuerdos-y-convenios-de-promocion-y-proteccion-rec/343-listado-de-acuerdos-y-convenios-de-promocion-de-inversiones>

del trato a la IED y el horizonte que se busca. Dentro de las acciones más relevantes se encuentran:

- Apoyar a misiones de inversionistas.
- Organizar eventos (en coordinación con ProInversión) para difundir los proyectos en cartera entre los principales inversionistas del mundo.
- Difundir material informativo sobre oportunidades de inversión a través de nuestras embajadas y consulados.
- Participar en la negociación de acuerdos de inversión.
- Promover las inversiones a través de la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y de los Capítulos de Inversión de los TLC.³⁸¹

5.3 En materia de posicionamiento internacional

El 26 de noviembre de 2012, el Perú solicitó el ingreso a la OCDE. La organización propuso la implementación de un “Programa País” de carácter bienal, con el fin de identificar los obstáculos que frenan el desarrollo del país y obtener las recomendaciones que sirvan de guía para el diseño de políticas públicas más eficaces.³⁸²

Al respecto, el “Programa País” recomienda, entre otras cosas:

“Desarrollar evaluaciones ambientales de los acuerdos de inversión para determinar los impactos adversos de sus proyectos (...), continuar con las actividades de cooperación internacional, en particular las orientadas a evitar los efectos nocivos sobre el medio ambiente de las actividades extractivas de exportación (...), y promover el cumplimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y de las Directrices de la OCDE sobre la Diligencia Debida para la Gestión Responsable de las Cadenas de Suministro de

³⁸¹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Dirección General de Promoción Económica*. En: <http://www.rree.gob.pe/SitePages/globales.aspx#promocion>

³⁸² MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Asuntos económicos y globales*. En: <http://www.rree.gob.pe/SitePages/globales.aspx>

Minerales Procedentes de Zonas Afectadas por Conflictos y Zonas de Alto Riesgo”.³⁸³ (Subrayado propio)

En lo que concierne a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, estas señalan de manera expresa que, el marco en el que se inscriben las recomendaciones específicas relativas al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, se inspira en el marco de las NU para las Empresas y los Derechos Humanos para “Proteger, Respetar y Remediar”, y es conforme con los Principios Rectores para su puesta en práctica.³⁸⁴ Por otra parte, las Directrices de la OCDE sobre Diligencia Debida también hacen mención al marco de los PR como fundamento de sus disposiciones.³⁸⁵

Finalmente, es importante señalar que el Perú declaró de interés nacional las acciones, actividades e iniciativas desarrolladas en el marco del proceso de vinculación del Perú con la OCDE a través del D.S. 086-2015-PCM³⁸⁶, y, a la vez, creó la Comisión Multisectorial -de naturaleza permanente- para promover dichas acciones. El Ministerio de Relaciones Exteriores está a cargo de la Secretaría Técnica de dicha comisión,³⁸⁷ por lo que le corresponde cumplir con un rol propositivo e innovador.

Como se ha podido constatar en líneas precedentes, el Estado peruano no solo mantiene objetivos estratégicos, sino que, además, apunta a acciones concretas que sirvan de lineamiento para la ejecución de su política exterior. Los efectos que tendrían los enfoques sobre la regulación internacional de las empresas (ETN) y los DDHH respecto de las tres dimensiones de la política exterior peruana bajo

³⁸³ Programa País OCDE-Perú. *Resúmenes ejecutivos y principales recomendaciones*. En: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/PueblosAndinosEcologia/files/1._programa_pais_ocde-peru.pdf, p. 19-20

³⁸⁴ OCDE. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Revisión 2011. En: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>, p. 35

³⁸⁵ OCDE. *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o Alto Riesgo*. 2013. En: https://www.telefonica.com/documents/364672/374863/LIBRO_DEBIDA_DILIGENCIA_FINAL.pdf, p. 18 y 55

³⁸⁶ DIARIO EL PERUANO. D.S. 086-2015-PCM. Publicado el: 16/12/2015. En: <http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2015/12/16/1323664-3.html>

³⁸⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Ibid.*

análisis, tendrían una repercusión -sobre todo positiva- en la consecución de tales objetivos.

CONCLUSIONES

- La globalización, que ha dinamizado exponencialmente el flujo de los factores de producción (bienes, personas y capital) a nivel mundial, y, consecuentemente, ha acelerado la investigación (impulsando el desarrollo de nuevas tecnologías) en nuevos campos del saber humano, tiende a tensar cada vez con más fuerza la relación entre las ETN y los derechos humanos. Esta coyuntura, ha propiciado que el debate sobre la responsabilidad internacional de las ETN, se encuentre, hoy en día, más vigente que nunca.
- La formación de las ETN, y su posterior expansión, por un lado; y la aparición y el desarrollo progresivo de la corriente de los derechos humanos, por el otro, responden a fenomenologías globales diferenciadas, pero paralelas en el tiempo, que encuentran su justificación a través de particulares procesos de formación. Estos procesos corresponden a circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales concretas. Así, es posible explicar a las ETN a partir de la teoría transnacionalista, mientras que, el enfoque más adecuado para entender la acogida de los derechos humanos a nivel internacional - consideramos- es el liberalismo institucional. Esta afirmación, debe ser entendida, sin perjuicio de que otras teorías internacionales puedan resultar pertinentes o brindar herramientas útiles para el análisis de ambos fenómenos y la manera cómo estos se relacionan.
- Han sido muchos los intentos por regular la relación entre las ETN y los derechos humanos, y distintas las plataformas de donde han surgido las iniciativas, pero, lo que han tenido en común todos estos instrumentos en su elaboración, es la premisa de no haber generado obligaciones internacionales para las ETN. En ese sentido, desde la perspectiva de las teorías de las relaciones internacionales, el relacionamiento entre las ETN y los derechos humanos, ha estado regido -casi en su totalidad- por la corriente neorrealista. Haber abordado esta relación a partir de instrumentos de *soft law* es evidencia

de ello, ya que ha permitido blindar de obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes a las ETN. En esa línea, la cooperación internacional, no ha podido -del todo- diluir los términos de la anarquía, expresados, por ejemplo, en la asimetría de poder entre los Estados.

- Por un lado, los PR han pretendido abordar la relación entre las ETN y los DDHH de manera que esta no genere responsabilidad internacional para las ETN. Este instrumento ha tenido particular acogida entre las ETN y los países desarrollados que cuentan con mayor número de ellas. La posición de estos actores se encuentra empoderada por contar con capacidades en términos de inversión, las cuales influyen en la asimetría de poderes entre ambos enfoques, y son un elemento fundamental para explicar el posicionamiento internacional y la correlación de fuerzas entre ambas posturas.
- La inserción de las disposiciones contenidas en los instrumentos de *soft law* (PR) en la política exterior de los organismos internacionales como la OCDE o la UE, representan un mecanismo de *soft power*, que, de alguna manera, intenta condicionar la acción de los Estados que con ellos busquen relacionarse, incitándolos a alinearse con su postura. Así, por ejemplo, la implementación de los PR a nivel nacional, apuntalaría la consecución de las recomendaciones detalladas en el “Programa País” y, por ende, aportaría a la posible adhesión del Perú a la OCDE; organismo que ha interiorizado los PR a través de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales.
- La implementación de los PR no implica la creación de nuevas obligaciones para los Estados en materia de protección y respeto de los derechos humanos. Tampoco implica la creación de nuevos derechos para las personas y comunidades bajo su territorio y jurisdicción. Los PR suponen una guía práctica, que propone lineamientos para una apropiada actuación, enfocándose en la relación Estado- empresas -derechos humanos.

- Los Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN) son las herramientas básicas para desarrollar los PR a nivel nacional. Estos resultan útiles para la elaboración de políticas públicas y para la producción de instrumentos adecuados y eficaces que correspondan a la protección y promoción de los derechos humanos en las prácticas empresariales. Establecer un PAN en Empresas y Derechos Humanos es fundamental para incorporar un modelo de negocios en el respeto a los derechos humanos.
- La iniciativa de la elaboración del tratado internacional supone un rompimiento con la tendencia internacional sobre cómo es que se debe abordar la relación entre las ETN y los DDHH. De hecho, la generación de obligaciones internacionales para las ETN, a esa escala, representaría un cambio de paradigma respecto del relacionamiento de la totalidad de los actores internacionales (Estados, ETN, organizaciones internacionales, individuos, pueblos indígenas, ONG, etc).
- La irrupción de un instrumento jurídicamente vinculante en la escena internacional respecto de la relación de las ETN con los DDHH, amplía el margen de negociación de los países en desarrollo (que no cuentan con una cantidad importante de ETN, pero sí de recursos naturales y mano de obra). La propia existencia del tratado supone la existencia de una alternativa normativa fiscalizadora y sancionadora; la cual antes no existía, y de la cual se pueden valer los Estados, siempre que sientan que la IED no está respetando los derechos humanos de las personas y comunidades en su territorio. En todo caso, la “sombra” del tratado podría generar el efecto de que los países desarrollados se tomen muy en serio los PR.
- La emisión de la Resolución 26/9 del CDH (que contiene el mandato de elaboración del tratado), así como la dinámica y acogida que ha tenido este proceso en la sociedad civil, ha producido el efecto de acelerar la difusión e implementación de los PR a nivel internacional. La acelerada producción de

PAN sobre Empresas y Derechos Humanos por parte de los países desarrollados a partir del año 2014, podría encontrar su justificación ante la “amenaza” de un enfoque más rígido y vinculante sobre la cuestión, la cual podría materializarse de facto con el tratado.

- El sector minero peruano representa, a nivel nacional, la industria que mejor refleja la tensión entre los dos fenómenos que se intentan regular. Por un lado, este sector, es referente de crecimiento económico y de desarrollo nacional; pero, por el otro, también lo es de conflictividad social y afectación de derechos humanos. Consiguientemente, la manera cómo la política exterior peruana logre conciliar sus intereses, tanto en una u otra dimensión, resulta de particular importancia para el futuro social y económico del país.
- El Estado peruano tiene intereses determinados y objetivos concretos a nivel internacional, y, para apuntalar tales objetivos y cautelar dichos intereses, plantea una política exterior coherente y consecuente con su realidad nacional. En efecto, la política exterior peruana, tanto en función de sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, como en relación al trato que brinda a la IED, no se encuentra a la deriva, y contempla líneas de acción y objetivos estratégicos sobre los que se asienta y orienta. Estos lineamientos se encuentran recogidos en el PESEM 2015-2021 del Sector de Relaciones Exteriores, como en el Acuerdo Nacional (especialmente en la Sexta Política de Estado).
- En la dimensión de la protección de los derechos humanos, el carácter vinculante del futuro tratado fortalecería la protección del marco regulatorio internacional sobre derechos humanos, a la vez que ayudaría enérgicamente a promover los objetivos estratégicos nacionales en esa línea.

- En la dimensión de la política económica respecto del trato a la IED, los PR representan la opción más conciliadora frente a los intereses estatales y privados. La responsabilidad pecuniaria propia de una posible sanción internacional, suele ser considerada como un factor de “riesgo” para la IED al momento de elegir donde establecerse.
- En la dimensión de la política exterior peruana respecto del posicionamiento internacional, los PR también resultan ser bastante más útiles para la consecución de los objetivos estratégicos. En esa línea, la elaboración de un PAN sobre Empresas y Derechos Humanos resultará esencial para el cumplimiento de las recomendaciones que la OCDE hiciera al Perú en el marco del “Programa País”, a propósito del interés que el Estado peruano tiene por adherirse a esta organización internacional.
- Tanto uno como otro proceso -ya sean los Principios Rectores o el futuro instrumento internacional jurídicamente vinculante- fomentan, en su elaboración, desarrollo y aplicación, la consecución de ciertos objetivos de la política exterior peruana, a través de acciones concretas. Así, por ejemplo, la implementación de los PR a nivel nacional, promovería el respeto de los derechos humanos, a la vez que fortalecería el relacionamiento con los países europeos (y con la UE) e impulsaría el proceso de adhesión del Perú a la OCDE. Por otro lado, acompañar en el proceso de elaboración del futuro tratado, también se encuentra en línea con los objetivos de nuestra política exterior, a la vez que ello fortalece la defensa y protección de los derechos humanos en instancias internacionales, y crea un ambiente de estabilidad política y de fomento de la confianza.
- Si bien existen aún posiciones antagónicas respecto de uno u otro proceso -las cuales sostienen que, por su naturaleza, son excluyentes- con el transcurrir del tiempo, estas se han ido acercando, al punto que, en la actualidad, la tesis de la

complementariedad ha ido sumando más adeptos, especialmente dentro de la sociedad civil, los grupos vulnerables y las organizaciones de base.

RECOMENDACIONES

- De acuerdo a los objetivos estratégicos y lineamientos que la política exterior del Estado peruano contempla -tanto en el PESEM 2015-2021 del Sector de Relaciones Exteriores como en el Acuerdo Nacional- se puede constatar que, ambos enfoques respecto de la regulación internacional de las ETN y los DDHH, ayudan a consolidar las acciones pertinentes para alcanzar la consecución de los mismos. Por lo tanto, resulta coherente y consecuente con los lineamientos de la política exterior peruana, optar por un posicionamiento sobre la cuestión basado en la tesis de la complementariedad.

Según esta tesis, el Estado peruano debería, por un lado, acoger e implementar los PR a nivel nacional, y; por otro lado, acompañar y participar del proceso de elaboración del futuro instrumento internacionalmente vinculante, pretendiendo -en la medida de lo posible- que éste resguarde sus intereses y amplíe sus capacidades de negociación con las ETN y los países (desarrollados) en los que estas tienen su sede.

En todo caso, se recomienda al Estado peruano no mantener una perspectiva excluyente entre ambos enfoques, puesto que no guardan incompatibilidad con los lineamientos de nuestra política exterior, salvo en el supuesto de que se cree un tribunal internacional sobre la materia.

- En línea con lo anterior, se recomienda al Estado peruano, mantener una participación activa, tanto en el Foro sobre Empresas y Derechos Humanos del GTEDH-PR, como en los períodos de sesiones del GTI, de manera que, podamos beneficiarnos de las buenas prácticas y experiencias compartidas en las plataformas y mesas de diálogo internacionales, con miras a reforzar nuestra propia institucionalidad.

- Como se ha podido observar, la implementación de los PR a nivel nacional requerirá de la elaboración de un Plan de Acción Nacional en Empresas y Derechos Humanos (PAN). La elaboración de dicho instrumento no solo será una herramienta útil para la coordinación de políticas públicas que sirvan para aterrizar de manera práctica los PR; sino que, también, ayudará a posicionar internacionalmente al Perú, de manera que, se pueda fortalecer el relacionamiento con los países de la UE y coordinar e impulsar el proceso de adhesión del Perú a la OCDE.

En ese sentido, el MRE podría re-dinamizar esta iniciativa: apoyando al grupo intersectorial y ampliando su convocatoria; definiendo el formato de involucramiento con las partes interesadas; colaborando activamente en la fase de diagnóstico y consulta; entre otros. Las capacidades en negociación con las que cuenta el MRE ayudarían a ser bastante más viable la gestación de un PAN sobre Empresas y Derechos Humanos, dado que, al servir este instrumento para desarrollar una normativa no vinculante, requerirá del reconocimiento de estándares consensuados por parte de los actores relevantes (Estado-empresas-sociedad civil).

- El reforzamiento de los procesos de debida diligencia -ya sea a través de instrumentos como los EIA o los procesos de Consulta Previa- y el potenciamiento de la institucionalidad a nivel nacional, trae como resultado un marco normativo interno más creíble y respetuoso de la legalidad, que tiene como consecuencia el empoderamiento de las capacidades soberanas, en la dimensión de autorregulación. El Estado peruano debe fomentar dichas capacidades si desea mantener sus prerrogativas soberanas, y no tener que delegarlas a entidades internacionales que puedan tomar decisiones que probablemente afecten sus intereses. En esa línea, a nivel sectorial, el MRE debe promover, coordinar y gestionar espacios de diálogo intersectoriales y plataformas institucionales en las que pueda canalizar y asumir las demandas

de los actores relevantes (ETN, CONFIEP, MEM, DP, representantes de los pueblos indígenas, entre otros).

- Adentrándonos en lo que será el contenido del futuro instrumento jurídicamente vinculante, y dado el carácter heterogéneo de la realidad peruana, conviene entonces que este sea un instrumento amplio y general, con alta capacidad de adaptación y flexibilidad, y que, contemple, básicamente, lineamientos y criterios de ejecución, así como mecanismos de supervisión, reparación y sanción a nivel internacional.
- Finalmente, respecto de la posibilidad de establecer un tribunal internacional sobre empresas y derechos humanos, esta es una cuestión que debe ser abordada prestando particular atención a la sensibilidad de la IED. La delegación de prerrogativas soberanas (judiciales) a entidades internacionales, puede tener un efecto “rebote” negativo sobre otras dimensiones de nuestra política exterior, afectando otros intereses, más allá de la protección de los derechos humanos.

Conviene, por lo tanto, mantener la gestión judicial de posibles conflictos en el ámbito local (donde opera la empresa), o -de manera complementaria- a través del principio de extraterritorialidad, habilitando foros judiciales en los Estados de origen de las ETN, y apelando al reconocimiento mutuo de sentencias y a las obligaciones de seguimiento y fiscalización que tendrían tales Estados para con sus ETN. En todo caso, lo que debería buscarse es ampliar y hacer más efectivos los canales de reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, manteniendo, a la vez, el mayor margen de maniobra que el tratado pueda otorgarnos.

BIBLIOGRAFÍA:

Artículos, Libros y Tesis

ALCÁNTARA, Javier. (2013). E-boletín legal de Derecho Corporativo. CORP. Año III, N° 13. Iriarte y Asociados. Lima, Perú En: <http://www.iriartelaw.com/sites/default/files/boletin-co-13.pdf>

ALZA BARCO, Carlos. *Conflictividad en el Perú: una lectura desde las políticas públicas*. En: <http://carlosalzarbarco.files.wordpress.com/2009/08/conflictividad-en-el-perc3ba-carlos-alza.pdf>

BANCO MUNDIAL. *Globalization and international Trade*. En: http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondco/beg_12.pdf

BARBE, Ester. (1995). *Relaciones Internacionales*. Madrid, España: Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. En: <file:///C:/Users/home/Downloads/Barbe-Esther-Relaciones-Internacionales.pdf>

BLACKBURN, Daniel. (2017). *Removing Barriers to Justice*. ICTUR - International Center for Trade Union Rights. En: [file:///C:/Users/home/Downloads/Removing_barriers_to_Justice_August_2017%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/home/Downloads/Removing_barriers_to_Justice_August_2017%20(3).pdf)

BUSINESS WEEK (Revista), del 20 de abril de 1962.

CENTRO EUROPA TERCER MUNDO. (2016). *Impunidad de Empresas Transnacionales*. Ginebra, Suiza: CETIM.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. (2013). *Acceso a la justicia: Empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú*. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo11072013-205147.pdf>

CORTÉS CABIESES, Micaela. (2016). *La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el Perú: un análisis del instrumento internacional desde el contexto peruano*. (Tesis para optar el título de abogada). PUCP. Lima, Perú.

DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias & PELLET, Alain. (2009). *Droit International Public*. Octava edición. París, Francia: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

DEVA, Surya. *Global compact: a critique of the UN's "public-private" partnership for promoting corporate citizenship*. En:

<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=34+Syracuse+J.+Int%27l+L.+%26+Com.+107&srctype=smi&srcid=3B15&key=38e5135dae8c4d301ad0e88f4d53d242>

DUNNE, Tim & SCHMIDT, Brian. (2001). *Liberalism. En J. Baylis, & S. Smith, The globalization of World Politics. An introduction to international relations.* New York, US: Oxford University Press.

ELICHA, Paulo & XU, Kangning. (2012). *Attracting Foreign Direct Investment in Developing Countries. Determinants and Policies – A Comparative Study between Mozambique and China.* En: <file:///C:/Users/home/Downloads/1852-5822-1-SM.pdf>

FONSECA, Ruiz & FERNANDO, Andrés. (2001). *Tipos de inversión extranjera.* Publicado el: 29-07-2017, de Gestipolis. En: <http://www.gestipolis.com/tipos-inversion-extranjera/>

GALLEGOS, Luis & URIBE, Daniel. (2016). *The Next Step Against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?* Harvard International Law (Vol. 57 Online Symposium) En: <http://www.harvardilj.org/2016/07/the-nextstep-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/>

HERNÁNDEZ, GONZÁLEZ & RAMIRO. (2012). *Diccionario Crítico de Empresas Transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones.* Editorial Icaria. Madrid, España.

HERRERA, Silvia. *La debida diligencia: empresas y derechos humanos.* En: <http://ridh.org/nes-adn-events/news-articles/la-debida-diligencia-empresas-y-derechos-humanos/>.

HOMBERGER, Kusi. (2011). *Attracting FDI: How much does Investment climate matter?* Publicado como World Bank Group – View point: Public policy for the private sector. En: <http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/327-Attracting-FDI.pdf>

HUMAN RIGHTS WATCH. (2015). “Without Rules: a Failed Approach to Corporate Accountability”. En: <http://corporatejustice.org/statement-2015-csr-forum.pdf>

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS. *Medio ambiente, empresas transnacionales y derechos humanos.* Publicado el: 07/12/2015. En:

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/medio-ambiente-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/>

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS. Socios Perú y Embajada Suiza en el Perú. *Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Seguridad y el Respeto a los Derechos Humanos. Referencia particular al sector extractivo en el Perú.* En: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/12/Diagn%C3%B3stico-Nacional-sobre-la-Situaci%C3%B3n-de-la-Seguridad-y-Respeto-a-los-DDHH>

INSTITUTO DANÉS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *10 Criteria for National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights.* En: [http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/10%20Criteria%20for%20National%20Action%20Plans%20\(NAPs\).pdf](http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/10%20Criteria%20for%20National%20Action%20Plans%20(NAPs).pdf).

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (2017). *El valor agregado de la minería en el Perú.* Lima, Perú. Editado por: Instituto de Estudios Energético Minero.

JUÁREZ CENTENO, Carlos. (2008). *Derechos humanos y relaciones internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales.* Buenos Aires, Argentina: Anuario del CIJS: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29604.pdf>

KALECK & SAAGE Maab. (2008). *Empresas transnacionales ante los tribunales.* En Documentos sobre la Democracia (1-93). Berlín, Alemania: Fundación Heinrich Boll.

KECK, Margaret & SIKKINK, Kathryn. (1999). *Redes Transnacionales de Cabildeo e Influencia.* En: Foro Internacional.

KINDLEBERGER, Charles P. (1969). *American Business Abroad. Six Lectures on Direct Investment.* Yale University Press. New Haven, USA.

LÓPEZ PACHECO, Jairo Antonio. (2015). *Derechos humanos y activismo legal transnacional. Estrategias de las ONG en México y Colombia.* Perfiles Latinoamericanos. DF, México: FLACSO México.

MADURA, Jeff. (2009). *Administración Financiera Internacional.* Florida Atlantic University. Novena Edición. DF, México: Ceage Learning Editores.

MAGUIÑA, Raúl. *Joint Venture: Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú*. Notas Científicas. Vol. (7). Lima, Perú. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/Vol7_n1/pdf/joint.pdf

MILTRANY, David. (1948). *The functional approach to world organization*. International Affairs. Royal Institute of International Affairs. Volume 24, Issue 3.

MÚJICA, Javier. (2010). *Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los derechos humanos*. Revista Derecho PUCP N° 64. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/16120/16547>

NOVAK, Fabián & GARCÍA-CORROCHANO, Luis. (2003). *Derecho Internacional Público*. Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

NYE, Joseph S. (2002) *El coloso estadounidense, en la paradoja del poder norteamericano*. Madrid, España: Taurus.

PAULUS, Andreas L. (2001). *Die internationale emeinschaft in Völkerrecht*. C.H.Beck; Auflage: 1. Germany.

RIPOLL, Alejandra. (2007). *La cooperación internacional: alternativa interestatal en el siglo XXI*. Revista de Relaciones Internacionales. Vol. 1 N° 3 Edición: Enero – Julio. Bogotá, Colombia. En: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/76560/ARIPOLL.pdf>

RUBIO GARCÍA, Leandro. *Un gran tema de actualidad: Las Empresas Transnacionales*. Revista de Política Internacional N° 151

RUGGIE, John Gerard. (2013). *Just Business. Multinational Corporations and human rights*. NY: W.W. Norton & Company, Inc.

SALMÓN, Elizabeth. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial de la PUCP. Primera Edición. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Lima, Perú.

SALOMÓN, Mónica. (2001-2002). *La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones*. Revista CIDOB d'Afers Internacionals. N° 56. Barcelona, España. En: http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/Salomon.pdf

SAMAME Boggio, M. (1974). *Minería Peruana, biografía y estrategia de una actividad decisiva*. Lima, Perú.

SUSTENTIA. (2013). *Cuaderno Guía de los Principios Rectores ONU sobre empresas y derechos humanos*. Madrid, España. En: <http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Informes%20y%20gu%C3%ADas/Cuaderno%20Guia%20Principios%20Rectores%20AECID.pdf>

VAGTS, Detlev Frederick. (1970). *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*. Harvard Law Review. V-83.

Planes, Boletines, estadísticas y encuestas

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2001). Informe Defensorial N° 62. *El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la Provincia de Cajamarca*. En: <file:///C:/Users/home/Downloads/462.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 161 – Julio 2017*. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. En: http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte_mensual_de_conflictos_sociales_n_161_-_jul.pdf

FORTUNE GLOBAL 500: The TOP 10. En: <http://fortune.com/global500>

FRASER INSTITUTE ANNUAL. *Survey of Mining Companies 2016*. En: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2016.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero: Reporte Estadístico – Perú 2016*. (AMRE-2016) En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/ANUARIOS/2016/ANUARIO%20MINERO%202016.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Boletín Estadístico del Subsector Minero. Junio 2017*. Fuente: BCRP – Cuadros estadísticos mensuales. En: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2017/BOLETIN%20JUNIO2017.pdf>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Informe de Auditoría N° 008-2015-2-0054*. En: http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2017/08/LINK_Oficio-N%C2%B0-09-2016-MEM-OCI-informe-omisi%C3%B3n-de-consulta-previa-1-1.pdf

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Plan Estratégico Sectorial Multianual – PESEM 2016-2021*. En:

http://www.ipen.gob.pe/transparencia/transp_doc/plan_org/planes_politicas/PESEM_2016_2021.pdf

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Plan Estratégico Institucional 2016-2018*. En: <https://transparencia.rree.gob.pe/index.php/2-planeamiento-y-organizacion/22-planos-y-politicas/222-documentos-de-planificacion/plan-estrategico-institucional-pei/8899-pei-mre-2016-2018-agosto-2016/file>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Plan Estratégico Sectorial Multianual 2015-2021*. En: <https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/PESEM-RREE-FINAL-31-dic-2015.pdf>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. *Willaqniki N° 4. Informe de diferencias, controversias, y conflictos sociales. “Construyendo el Sistema Nacional de Prevención de Conflictos Sociales”*. Marzo 2013. En: <http://www.pcm.gob.pe/transparencia/willaqniki/willaqniki04.pdf>

Programa País OCDE-Perú. *Resúmenes ejecutivos y principales recomendaciones*.

En: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/PueblosAndinosEcologia/files/1._programa_pais_ocde-peru.pdf

SENACE. *Memoria SENACE 2016*. En: file:///C:/Users/home/Downloads/29-senace-memoria-2016_-_senace.pdf

SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA. Fuente: SUNAT. En: <http://www.snmpe.org.pe/mineria/publicaciones-del-sector-minero/peru-sector-minero.html>. Fecha de consulta: 29/08/2017

SOCIOS PERÚ. *Informe del país. Agosto 2014*. En: <http://sociosperu.org/wp-content/uploads/2015/02/Gu%C3%Ada-Pa%C3%ADs.pdf>

Iniciativas (declaraciones, informes y resoluciones) de Organizaciones Internacionales

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 291. *Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*. En: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can009es.pdf>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement)

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. En: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 35/7. *Las empresas y los derechos humanos: mandato del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. En: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_35_L.11.pdf

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas. *Empresas y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. En: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe (parcial) del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. *La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/91/PDF/G0912891.pdf?OpenElement>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe 31/50. *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, del 5 de febrero de 2016. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe 34/47. *Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, del 4 de enero de 2017. En: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Documento de Montreaux*. En: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0996.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2014). Informe del Grupo de Trabajo de los Principios Rectores sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos (GTEDH-PR). *“Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”*. Resolución A/69/263. En: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=540ee7264>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (2003). *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. En: <http://www.umn.edu/humanrts/links/Snorms2003.html>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Declaración del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos al final de su visita al Perú*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21888&LangID=S>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Pacto Global de las Naciones Unidas*. En: <http://www.unglobalcompact.org>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. En: http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicaexterior/Documents/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros. Documento conceptual sobre la definición de inversión*. WT/WGTI/W/115. 16 de abril de 2002. En: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_113944.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de la Extracción*. En: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Guidance-Extractives-Sector-Stakeholder-Engagement-SP.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. En: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

PRINCIPIOS DEL ECUADOR. *Una referencia al sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos*. En: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_spanish_2013.pdf

Instrumentos Internacionales

1969 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

2006 Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1998. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/caos/articulos/seriec_04_esp.doc.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Caso 270/83 – *Comisión de las Comunidades Europeas vs República Francesa*. Sentencia de 28 de enero de 1986.

Legislación Nacional

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley N° 26887. *Ley General de Sociedades*. Perú. En: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Ley%20No%20-%2026887_SP.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento*. (Ministerio de Ambiente). En: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 662 – *Ley de Promoción de la Inversión Extranjera*. Año 1991. Perú. En: <http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/Per/dl662.pdf>

Noticias

DIARIO GESTIÓN. *Fitch: El grado de inversión de Perú se mantiene estable*. Fecha de publicación: 11/09/2017. En: <http://gestion.pe/noticia/307229/fitch-grado-inversion-peru-se-mantiene-estable>

DIARIO GESTIÓN. *Pobladores bloquean ruta utilizada por minera de cobre, según Defensoría del Pueblo*. Fecha de publicación: 16/08/2017. En: <http://gestion.pe/politica/bambas-pobladores-bloquean-ruta-utilizada-minera-cobre-segun-defensoria-2197859>

DIARIO GESTIÓN. *Perú gasta más de US\$ 53 millones en defensa de arbitrajes internacionales.* Fecha de publicación: 18/01/2016. En: <http://gestion.pe/multimedia/imagen/2152866/128186>

DIARIO GESTIÓN. *Presidente de Buenaventura ya no considera viable el proyecto Minas Conga.* Fecha de publicación: 26/04/2016. En: <http://gestion.pe/empresas/presidente-buenaventura-ya-no-considera-viable-proyecto-minas-conga-2159446>

DIARIO GESTIÓN. *S&P mantiene en BBB+ calificación crediticia del Perú con perspectiva estable.* Fecha de publicación: 14/06/2017. En: <http://gestion.pe/economia/sp-mantiene-calificacion-crediticia-peru-perspectiva-estable-2192562>

EL COMERCIO. *Choropampa. A 15 años del derrame de mercurio de Yanacocha.* Fecha de publicación: 03/06/2015. En: <http://elcomercio.pe/peru/cajamarca/choropampa-15-anos-derrame-mercurio-yanacocha-369123>

EL COMERCIO. *Las Bambas: declaran en emergencia a tres distritos de Apurímac para evitar actos de violencia.* En: <http://elcomercio.pe/peru/apurimac/declaran-emergencia-3-distritos-apurimac-evitar-actos-violencia-noticia-450779>

EL COMERCIO. *Máxima Acuña denunció ataque a balazos por parte de Yanacocha.* Fecha de publicación: 25/04/2016. En: <http://elcomercio.pe/peru/cajamarca/maxima-acuna-denuncio-ataque-balazos-parte-yanacocha-193565>

EL COMERCIO. *Tía María: protestas contra proyecto minero.* En: <http://elcomercio.pe/peru/arequipa/tia-maria-protestas-proyecto-minero-video-360837>

EL PERUANO. *Estado concluyó 34 procesos de Consulta Previa impecables.* Fecha de publicación: 06/09/2017. En: <http://www.elperuano.pe/noticia-estado-concluyo-34-procesos-consulta-previa-impecables-59093.aspx>

EL PERUANO. *Moody's mantiene la calificación del Perú.* Fecha de publicación: 24/08/2017. En: <http://www.elperuano.pe/noticia-moody%E2%80%99s-mantiene-calificacion-del-peru-58719.aspx>

LA NACIÓN. *El procurador del Tesoro cuestionó la falta de transparencia del CIADI.* Publicado el: 01/12/2014. En: <http://www.lanacion.com.ar/659132-el-procurador-del-tesoro-cuestiono-la-falta-de-transparencia-del-ciadi>

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Tribunal internacional decide a favor del Perú en arbitraje sobre La Oroya*. Fecha de publicación: 18/07/2016. En: <https://www.mef.gob.pe/es/comunicados-y-notas-de-prensa/100-notas-de-prensa-y-comunicados/4561-tribunal-internacional-decide-a-favor-del-peru-en-arbitraje-sobre-la-oroya>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD DE ECUADOR. *Propuesta ecuatoriana sobre empresas y derechos humanos logra importante acogida internacional*. En: <http://www.cancilleria.gob.ec/propuesta-ecuatoriana-sobre-empresas-y-derechos-humanos-gana-apoyo-masivo/>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de NU para los Derechos Humanos. *Perú / DDHH: “Urge una nueva visión de la conflictividad relacionada con empresas” – Expertos de la ONU*. Fecha de publicación: 19/07/2017. En: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21894&LangID=S>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad intervino en 169 conflictos sociales en noviembre*. En: <http://www.pcm.gob.pe/2016/12/oficina-nacional-de-dialogo-y-sostenibilidad-intervino-en-169-conflictos-sociales-en-noviembre/>

PROCESO. *África pone en vilo a la Corte Penal Internacional*. En: <http://www.proceso.com.mx/461450/africa-pone-en-vilo-a-la-corte-penal-internacional>

Portales web institucionales

ACUERDO NACIONAL. En: <http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/objetivos-del-acuerdo-nacional/>

CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones. Portal: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Portal: <http://www.defensoria.gob.pe/defensoria.php>

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. *Estudios de Impacto Ambiental*. En: <http://www.ipe.org.pe/content/estudios-de-impacto-ambiental>

MINISTERIO DE CULTURA. *Sobre la Consulta*. Portal: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/por-que-la-consulta-previa/>

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Portal:
https://www.mef.gob.pe/en/?option=com_content&view=article&id=379&Itemid=101183

MMG. Minería para el Progreso. *Proyecto Las Bambas*. Portal:
<http://www.lasbambas.com/acerca-de-las-bambas/proyecto-las-bambas.html>

ProInversión. Agencia de Promoción de Inversión Privada – Perú. Portal:
<http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902>

SENACE. Servicio Nacional de Certificación Ambiental e Inversiones Sostenibles. Portal: <https://www.senace.gob.pe/nosotros/sobre-senace/>

ANEXOS

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Calificaciones de la deuda soberana.....	37
Tabla 2. Posicionamiento del sector minero peruano a nivel internacional.....	62
Tabla 3. Principales ETN que invirtieron en el sector minero peruano en 2016.....	65
Tabla 4. Conflictos socio-ambientales según actividad, Julio 2017.....	71
Tabla 5. Estadísticas de expedientes vinculados al EIA recibidos por el SENACE durante el 2016.....	82
Tabla 6. Tipos de mecanismos de remediación.....	97
Tabla 7. Obstáculos al acceso a la justicia en el Perú.....	100
Tabla 8. Características de los mecanismos de reclamación extrajudiciales según los PR.....	102
Tabla 9. Situación de los PAN sobre Empresas y Derechos Humanos respecto de algunos países.....	108
Tabla 10. Resultado de la votación que aprobó la Resolución 26/9.....	121
Tabla 11. Principales economías emisoras y receptoras de IED en 2015 – 2016.....	142
Tabla 12. Comparación de los aspectos más relevantes de los PR y el futuro tratado.....	146
Tabla 13. Objetivos estratégicos del PESEM 2015-2021.....	150
Tabla 14. Sexta Política del Acuerdo Nacional.....	152
Tabla 15. Instrumentos de derechos humanos que vinculan al Perú.....	155